

# LE TTIP À L'ÉPREUVE DES CRAINTES LÉGITIMES DE L'OPINION PUBLIQUE ALLEMANDE

Elvire Fabry | Chercheur senior à l'Institut Jacques Delors

L'Allemagne est l'un des États membres dans lequel l'opinion publique se montre la plus inquiète à l'égard des négociations du Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP) lancées il y a plus de deux ans et demi. La coopération réglementaire envisagée et l'enjeu du règlement des différends entre investisseurs et États suscitent notamment de vives craintes. Cette synthèse reprend les principaux éléments du débat organisé dans la capitale allemande le 28 septembre 2015 par le Jacques Delors Institut - Berlin, pour tenter de clarifier à la fois les objectifs poursuivis par l'UE, la méthode adoptée et les conditions d'un contrôle démocratique.

## Introduction

Les opinions publiques européennes réagissent de manière très différente au projet de Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP). Alors que le commerce est une compétence européenne exclusive depuis le Traité de Rome de 1957, l'impact des accords commerciaux sur l'emploi et la croissance suscitent des débats en Europe - comme d'ailleurs aux États-Unis. Mais la grande surprise du projet de TTIP vient de la réaction de l'opinion publique allemande. Si tous les États membres n'ont pas toujours soutenu l'ouverture du commerce international, l'Allemagne y a toujours été favorable. Or c'est aujourd'hui l'État membre dans lequel l'opinion publique se montre la plus sceptique sur ces négociations.

Le manque d'information sur le contenu du projet lors du lancement des négociations il y a plus de deux ans a suscité partout une forte mobilisation des opinions publiques, mêlant à la fois la peur de risques fantaisistes et des craintes légitimes, qui appellent des réponses. Puisqu'à la différence des précédents accords commerciaux, le projet de TTIP concerne les normes européennes et avec elles le

mode de vie européen, il exige un débat à la fois technique et politique. C'est pourquoi le Jacques Delors Institut - Berlin a organisé un débat dans la capitale allemande le 28 septembre 2015 qui a rassemblé notamment Sigmar Gabriel, ministre allemand de l'Économie et de l'Énergie, Matthias Fekl, secrétaire français d'État chargé du Commerce extérieur et Pascal Lamy, ancien directeur général de l'OMC et président d'honneur de l'Institut Jacques Delors, des représentants de la Commission et du Parlement européen, et des experts de la politique commerciale, du droit international public et de l'investissement (*programme complet en annexe*).

Le débat était centré sur les principales craintes exprimées en Allemagne : une atteinte aux valeurs et modes de vie européens et l'érosion des compétences réglementaires souveraines. Une attention particulière a donc été accordée à la coopération réglementaire envisagée et à l'enjeu du règlement des différends entre investisseurs et États, afin de tenter de clarifier à la fois les objectifs poursuivis par l'UE, la méthode adoptée et les conditions d'un contrôle démocratique.



## 1. La transition de l'ancien monde du commerce vers le nouveau monde du commerce.

Pour bien comprendre la réactivité des opinions publiques sur le TTIP, il faut prendre la mesure de la mutation actuelle du commerce international. Pascal Lamy a ouvert la discussion en rappelant que nous sommes en train de passer d'un ancien monde du commerce dans lequel l'ouverture commerciale consiste à réduire les protections que sont les tarifs douaniers et les systèmes de subventions, au nouveau monde du commerce dans lequel il s'agit d'harmoniser la précaution administrée par des normes et des standards. Cette transition a des implications majeures sur le système commercial international et le projet de coopération réglementaire envisagée dans le cadre du TTIP soulève des questions aussi nouvelles que légitimes, et qui appellent des réponses précises de la part des négociateurs et des responsables politiques.

C'est toute l'économie politique du commerce qui change. En soixante ans, les tarifs douaniers sont passés, en moyenne pondérée dans le monde, de 40% du prix d'un produit à moins de 5%, et à mesure que la multi-localisation de la production se poursuit, ces tarifs douaniers semblent contreproductifs puisqu'ils portent atteinte aux importations et ce faisant aux exportations, dont le contenu en importation ne cesse de croître.

Alors que les tarifs douaniers ont progressivement baissé partout dans le monde, les obstacles au commerce qui sont visés par la nouvelle génération de négociations commerciales, sont les barrières non-tarifaires que constituent les normes, les standards, les procédures de certifications et les contrôles d'homologation qui les accompagnent. Ces mesures concernent la gestion des risques, l'application du niveau de précaution et l'administration de cette précaution.

Dans l'ancien monde du commerce, les négociateurs avaient les producteurs contre eux et les consommateurs avec eux. Dans le nouveau monde du commerce, ils ont les producteurs avec eux et sont confrontés aux consommateurs qui craignent qu'une convergence réglementaire ne conduise à un abaissement du niveau de précaution auquel ils sont attachés.

Quelles garanties peut-on alors avoir que le niveau européen de précaution ne sera pas abaissé et que l'on ne verra pas imposer en Europe un système américain de standardisation supposé moins protecteur ?

## 2. Coopération réglementaire et risque de dumping réglementaire

Alors qu'il s'agit de supprimer les tarifs, cela n'aurait aucun sens de proposer de supprimer des normes protégeant les consommateurs voire même d'abaisser leur niveau d'exigence. Par ailleurs, en matière de précaution, il ne peut y avoir d'échange de concession comme pour les tarifs douaniers.

### 2.1. Une évaluation différente des risques en Europe et aux États-Unis

Il a été admis au cours des débats que [le niveau de précaution n'est pas plus élevé dans l'UE qu'aux États-Unis](#). On estime communément que l'UE est du côté de la précaution et les États-Unis sont du côté du risque : en Europe, tout ce qui n'est pas autorisé est interdit, tandis qu'aux États-Unis tout ce qui n'est pas interdit est autorisé. Mais il y a de nombreux cas où le niveau de précaution est plus élevé aux États-Unis, comme notamment pour les services financiers ou encore les secteurs des produits pharmaceutiques et cosmétiques : aux États-Unis, de nombreux produits cosmétiques sont contrôlés par la *Food and Drug Administration* (FDA), comme des médicaments en vente libre, et la réglementation de ces produits y est plus exigeante qu'en Europe.

### 2.2. L'objectif : un TTIP pour favoriser la coopération réglementaire et non pour réglementer

Le TTIP vise à réduire le coût - beaucoup plus significatif que celui des tarifs douaniers - des obstacles au commerce dressés derrière les frontières, qui sont liés aux différences de nos systèmes respectifs de réglementation. Cette réduction des coûts serait particulièrement stratégique pour les PME, qui le plus souvent n'ont pas les moyens de supporter ces coûts pour accéder à l'exportation.

Pour Denis Redonnet, directeur OMC, questions juridiques et commerce des biens de la DG commerce à la Commission européenne, en matière de précaution il faut distinguer deux types de divergences entre Américains et Européens. Il y a tout d'abord celles qui existent entre les objectifs de politiques publiques que nous poursuivons. Nos préférences collectives sont parfois différentes et nous pouvons ne pas chercher à obtenir les mêmes résultats en matière de précaution et de réglementation. La coopération réglementaire ne porte pas sur ces divergences, qui reposent sur des niveaux différents de précaution.

Il y a, par ailleurs, des divergences en matière réglementaire qui ne découlent pas de préférences politiques mais du fait que les régulateurs ont tendance à travailler en silo et n'ont simplement pas travaillé ensemble lors de la définition de leurs normes. Ces barrières réglementaires infondées – résultant d'une administration différente de la précaution –, les contrôles redondants ou inutilement coûteux qui entravent nos exportations, voire les empêchent totalement, constituent la zone de travail du TTIP qui pourrait réduire significativement les coûts d'exportation pour les producteurs.

La coopération réglementaire ne concerne pas le niveau de précaution des normes auquel les citoyens sont accoutumés. Le TTIP ne peut en aucun cas donner lieu à une débauche de dérèglementation ou à du dumping réglementaire. Il ne s'agit pas de négocier les niveaux de protection en eux-mêmes, ni de surimposer un système de règlementation transatlantique sur nos systèmes respectifs de règlementation. Il ne s'agit pas davantage de mutualiser nos souverainetés en matière réglementaire, ni de ralentir les processus de règlementation, ni encore d'appliquer une généralisation de la reconnaissance mutuelle.

Le TTIP ne vise qu'à donner de l'élan à la coopération des régulateurs entre partenaires qui ont des valeurs similaires et peuvent se faire confiance pour créer des ponts entre les différents systèmes de précaution ; et cela ne peut se faire qu'entre des niveaux équivalents de précaution. Le TTIP n'est donc pas envisagé pour règlementer mais pour créer un cadre qui favorise la coopération réglementaire en la mettant sur de bons rails. Le fait que la coopération réglementaire soit intégrée dans un grand accord commercial est précisément ce qui permettrait de garantir une coopération adéquate entre régulateurs.

Le TTIP viserait à créer plus de compatibilité réglementaire entre nos deux systèmes, en codifiant les conditions d'une meilleure coopération entre régulateurs de manière à passer d'une culture de compétition réglementaire à une culture de coopération réglementaire. C'est très différent de ce que l'on a fait dans les accords de libre-échange précédents, qui visent essentiellement à indiquer ce que les États n'ont pas le droit de faire (disciplines en matière de non-discrimination, etc.). Dans le TTIP, il s'agit d'indiquer ce que les deux parties vont faire ensemble, de manière positive. C'est donc une approche

radicalement différente, une technologie de négociation différente et une philosophie différente.

### 2.3. La méthode : une estimation secteur par secteur et norme par norme

Pour éliminer les obstacles inutiles sans porter atteinte au droit de réguler, en accord avec le niveau de protection que chaque partie estime approprié, l'article 25 du mandat de négociation propose deux types d'instruments : la reconnaissance mutuelle et l'harmonisation, ou une meilleure application conjointe de normes et standards internationaux, à partir d'une analyse très spécifique, secteur par secteur des niveaux d'équivalence de la précaution.

Pour ce qui est des produits industriels (qu'il faut distinguer des produits agricoles, sanitaires et phytosanitaires – SPS – ou par ailleurs du secteur des services, dans lequel on pourrait envisager par exemple une reconnaissance mutuelle des qualifications), le travail envisagé se répartit en trois chapitres :

- un chapitre de cohérence ou coopération réglementaire (qui comporte des clauses et engagements), permettant de codifier les bonnes pratiques qui existent des deux côtés et se superposent, en matière de transparence, information sur les réglementations prévues, consultation des parties prenantes, évaluation d'impact, etc. Il s'agit de favoriser la mise en place d'une procédure ouverte, transparente, participative et dans laquelle les négociateurs rendent des comptes aux responsables politiques, pour favoriser la coopération des régulateurs assez en amont du processus de règlementation.
- un chapitre sur les barrières techniques au commerce (BTC) qui irait au-delà des obligations que les États-Unis et l'UE ont dans le cadre de l'accord BTC de l'OMC (qui veille à ce que tout règlement technique visant un certain objectif de politique générale – qu'il s'agisse de protection de la santé des personnes, de la sécurité ou de l'environnement, etc. – n'ait pas d'effets plus restrictifs sur le commerce qu'il n'est nécessaire pour parvenir à cet objectif légitime ; soit en d'autres termes que la précaution ne devienne pas de la protection). Ce chapitre est bien plus complexe que le précédent : nos systèmes d'évaluation de mise en conformité et de standardisation sont très différents. Il faut trouver des

solutions pragmatiques qui respectent nos systèmes respectifs.

- et enfin un chapitre comportant une coopération réglementaire sectorielle dans neuf secteurs industriels spécifiques, dans lequel il s'agit dans chaque secteur de parvenir à une masse critique de reconnaissance mutuelle ou d'harmonisation. Il est hors de question qu'il y ait une application transectorielle généralisée de la reconnaissance mutuelle. Mais l'objectif serait de parvenir à un quantum significatif de réduction des coûts dès l'entrée en vigueur de l'accord, auquel s'ajouteraient des programmes de travail qui permettent aux régulateurs de poursuivre la coopération engagée. Même si cela signifie une progression lente, norme par norme, les négociateurs veulent parvenir à dégager des réductions de coût (en donnant par exemple la priorité à certains produits pharmaceutiques).

La reconnaissance mutuelle ne pourra donc s'appliquer partout.

Dans certains secteurs, il y a une équivalence suffisante pour appliquer une reconnaissance mutuelle entre certaines normes, comme dans le secteur pharmaceutique où il y a des systèmes d'inspection des usines de fabrication suffisamment similaires pour que l'on puisse envisager une reconnaissance mutuelle.

Dans d'autres cas, le cadre de réglementation est simplement trop différent et il n'y a pas d'équivalence possible. C'est le cas du secteur de la chimie, pour lequel on se limiterait à une classification des produits chimiques. Compte tenu des différences des

deux systèmes, ces classements induisent des obligations légales, qui sont différentes entre UE et US et dont les régulateurs tiendront également compte. Par exemple, si le classement d'un produit dans la catégorie des produits particulièrement dangereux, induit que l'on ne puisse plus l'utiliser en Europe dans les pesticides, alors que l'on peut le faire aux US, les régulateurs n'appliqueront pas de reconnaissance mutuelle à ce produit.

### 3. Le contrôle démocratique de l'emprise réglementaire

#### 3.1. L'encadrement des régulateurs

La coopération réglementaire n'est pas menée par les négociateurs mais par les régulateurs eux-mêmes et reste fondée sur leur mandat respectif - inchangé et très encadré - et sur l'évaluation objective de données et de preuves. Dans la coopération réglementaire, il n'y a donc pas de place pour des compromis qui pourraient se traduire par des baisses de niveau de précaution.

Comme l'a rappelé Peter Chase, vice-président Europe de la Chambre de Commerce américaine, la régulation est par essence politique. Le fait, qu'aux États-Unis comme dans l'UE, les régulateurs soient démocratiquement encadrés, a une signification opérationnelle. Le processus démocratique développé au niveau du Congrès américain pour adopter des lois est très strict : il faut passer par la procédure habituelle de préavis et de réception des commentaires sur le projet de loi, qui permet à toutes les parties prenantes de se manifester, et les régulateurs doivent publier ces commentaires et y répondre.



Pour sa part, un régulateur n'a pas de compétence dans son mandat pour changer le niveau de précaution. Il ne peut donc abaisser le niveau de précaution des normes et standards.

Et ni les États-Unis ni l'UE n'envisagent de changer leur système d'élaboration des réglementations. Certes le TTIP serait un accord qui intégrerait beaucoup plus nos économies respectives que tous les précédents accords commerciaux. Mais il ne s'agit pas de construire un marché unique transatlantique entre l'Europe et les États-Unis. Il n'y a pas le même niveau d'engagement politique. Le marché unique visait à créer une démocratie européenne qui permettrait de définir les règles communes de ce marché ; alors que le TTIP n'a pas cette ambition. Le mandat confié au régulateur pour préserver le niveau de précaution initialement déterminé reste intact, et le régulateur doit toujours rendre des comptes aux responsables politiques.

Il faudrait préciser dans les annexes de l'accord final quels sont les régulateurs qui discutent de part et d'autre, secteur par secteur, pour mettre en évidence les différences structurelles qui existent entre les deux systèmes (par exemple dans le secteur pharmaceutique, ce sont l'Agence européenne des médicaments - EMEA - et la *Food and drug administration* qui sont appelées à discuter ensemble).

Pour Pascal Lamy, puisqu'il n'est pas possible d'abaisser le niveau de précaution, la seule voie possible serait donc de l'élever en s'alignant sur le niveau de précaution le plus élevé lorsque l'écart de niveaux n'est pas trop important. Mais ce sera plus difficile à faire que de discuter de tarifs douaniers.

Par ailleurs, la question reste ouverte de savoir comment résoudre le cas d'un contentieux qui serait né de la situation où, après l'entrée en vigueur d'un accord sur le TTIP, une reconnaissance mutuelle a été mise en œuvre entre deux normes et il y a un argument scientifique qui pousse à élever le niveau d'exigence de la norme mais l'une des deux parties n'est pas d'accord.

### 3.2. Le mandat d'un Conseil de coopération réglementaire

L'emprise réglementaire que pourrait avoir la coopération réglementaire sur nos systèmes démocratiques suscite néanmoins des inquiétudes. Pour Reinhard Bütikofer, membre du Groupe des Verts/ Alliance libre européenne au Parlement européen, ce sont notamment les entreprises - et non les États ou les citoyens - qui font du commerce et contrôlent l'agenda ; et dans le monde de la précaution, les entreprises peuvent renforcer leur influence via les régulateurs. Quels seront, dès lors, les bons standards démocratiques à appliquer à ces processus de coopération réglementaire ?

La réponse à cet argument est qu'il y a plusieurs possibilités de contrôle démocratique à la fois par les pouvoirs législatifs et par les pouvoirs exécutifs. Denis Redonnet a rappelé que les négociateurs européens estiment qu'il faudrait inscrire les bonnes pratiques de coopération réglementaire dans le cadre institutionnel créé par le TTIP. Mais le Conseil de coopération réglementaire qu'ils ont proposé de créer n'aurait aucune compétence directe en matière de prise de décision, ni de possibilité de passer au crible toutes les propositions de réglementation élaborées de chaque côté, ni encore de pouvoir traiter directement un enjeu commercial.

Ce Conseil n'aurait pour fonction que de maintenir l'attention des régulateurs sur l'effort de coopération par un échange d'information bilatéral à un stade initial de l'élaboration d'une nouvelle réglementation pour favoriser éventuellement l'adoption d'un même standard si le niveau de précaution envisagé par les législateurs européens et américains est équivalent des deux côtés. Pour cela, un programme annuel du Conseil serait établi et mené de manière publique pour assurer le respect de la transparence et un contrôle démocratique, en accord avec les procédures législatives européennes et américaines existantes, qu'il s'agisse dans l'UE de la procédure législative ordinaire ou dans certains cas de la procédure de comitologie d'actes délégués et d'actes d'exécution, qui seraient inchangées par le TTIP. Le Conseil de coopération réglementaire n'aurait donc lui-même aucune compétence législative.

La consultation annuelle des parties prenantes externes comme les syndicats, les consommateurs, les entreprises, les ONG et le grand public devrait se faire sur une base de représentation équilibrée. Il reste à préciser comment les législateurs européens et américains seraient associés à ses travaux.

Par ailleurs, concevoir le TTIP comme un « accord vivant » ne signifierait pas procéder à un transfert de souveraineté sans démocratie, ni changer les objectifs et engagements du TTIP dans le temps, mais permettrait de s'assurer que les efforts de coopération entre régulateurs soient bien maintenus sur la durée.

#### 4. La transparence : un impératif

Tous les intervenants de la conférence se sont accordés à estimer que ne pas avoir rendu immédiatement public le mandat de négociation a été une erreur politique, qui a nourri beaucoup d'inquiétudes. La coopération réglementaire exige beaucoup plus de transparence que les précédentes négociations centrées sur les tarifs douaniers.

Pour Reinhard Butikofer, il est difficile de pouvoir débattre publiquement des enjeux du TTIP et d'évaluer les bénéfices escomptés ou les risques du TTIP sans que les responsables politiques nationaux et les administrations aient accès à tous les textes de négociation.

Friedrich Merz, avocat-conseil chez Mayer Brown, ancien membre du Parlement européen et ancien membre du Bundestag, estime néanmoins qu'il n'est pas souhaitable de mettre en place une transparence totale. Cela amènerait la Commission à devoir se justifier pour tout ce qu'elle dit et ne dit pas, alors que les résultats finaux pourraient évoluer par rapport aux différentes étapes de la négociation, et présenter sa position à la contrepartie de manière publique affaiblirait la position de l'UE dans la négociation. À la fin, le texte final sera rendu public et sera soumis au processus démocratique avec une analyse chapitre par chapitre.

Matthias Fekl a cependant souligné qu'un « agenda de transparence » n'est pas une option mais un impératif, qui répond à l'aspiration à gouverner d'une autre manière, ouverte au partage de l'information et au débat, et qui fait confiance à l'intelligence collective. La création en France du Comité de suivi

stratégique pour échanger avec la société civile (réunions régulières avec des parlementaires, des représentants d'association, d'ONG, de syndicats et de fédérations professionnelles) et d'une structure similaire en Allemagne présidée par Sigmar Gabriel vont dans le bon sens pour transmettre toutes les informations et expliquer ce qui se passe dans les négociations. Il y a également toute l'information rendue accessible sur les sites Internet de la Commission et des gouvernements nationaux (notes de positions et état des négociations après chaque cycle de négociation). Cependant, la question qui reste en suspens est celle de l'accès aux textes dits consolidés, dans lesquels les négociateurs ont joint leurs positions respectives sur la base desquels se poursuivent les négociations : les membres de l'administration et les parlementaires doivent avoir un accès plus facile aux documents (et non être limités à les lire dans les ambassades américaines). Denis Redonnet a précisé que la Commission étudiait ce point avec les Américains pour préparer des propositions<sup>1</sup>.



## 5. Le règlement des différends entre investisseurs et État : améliorer les mécanismes actuels ou créer une institution spécifique ?

L'investissement direct étranger (IDE) est également lié à la précaution et le choix du recours possible pour traiter un contentieux entre investisseur et État suscite beaucoup d'inquiétude en Allemagne. Les changements imprévus de politiques publiques peuvent avoir un impact lourd sur la viabilité d'un projet bien qu'un risque commercial soit inhérent à toute activité économique. Mais l'on peut craindre que les mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et État, plus connus sous l'acronyme anglais d'**ISDS**, aient un effet de gel règlementaire en handicapant la compétence règlementaire des États souverains. Faut-il alors dans le TTIP privilégier un recours aux tribunaux américains et européens, un ISDS amélioré ou la création d'une cour permanente pour l'investissement ?

Il a été rappelé qu'après une très forte augmentation du volume d'IDE dans les années 90, ces derniers ont baissé et ne devraient pas continuer à augmenter de manière exponentielle, car ils restent étroitement liés à l'évolution de l'économie globale. Cependant, les États souhaitent recevoir des IDE et les investisseurs veulent pouvoir investir à l'étranger, de telle sorte que les uns et les autres ont un intérêt réciproque à disposer d'un cadre juridique clair.

### 5.1. A-t-on besoin des arbitrages ?

Pour Markus Krajewski, professeur de droit public et de droit international public à l'Université Erlangen-Nürnberg, les investisseurs étrangers doivent avoir les mêmes recours juridiques que les investisseurs nationaux, c'est-à-dire les tribunaux nationaux. L'argument d'un risque de discrimination de l'investisseur étranger ne serait validé par aucune étude économique permettant de démontrer que des accords bilatéraux d'investissement favorisent l'augmentation du volume d'IDE. Le volume d'IDE entre les États-Unis et l'UE est déjà très important alors que seuls neuf États membres ont signé un traité bilatéral d'investissement (TBI) comprenant un ISDS.

Alors que l'ISDS est un héritage du passé et que l'Allemagne compte plus de 130 traités avec des mécanismes de ce type, faut-il considérer que l'ISDS est

mauvais en soi ? Pour Anna Joubin-Bret, avocat au Barreau de Paris spécialisée en droit international de l'investissement, c'est d'abord la multiplicité des standards d'ISDS existants qui est en jeu. Si le système actuel n'est pas satisfaisant, c'est d'abord parce qu'il repose au niveau mondial sur 3725 traités, dont le nombre ne cesse d'augmenter et qui présente une multiplicité de standards d'ISDS. Les traités existants entre les États-Unis et neuf États membres ne reposent pas d'ailleurs sur les meilleurs standards. Nous avons besoin de renouveler le système.

Christoph Benedict, directeur juridique de la filiale allemande du groupe Alstom, a présenté le point de vue de l'investisseur, en évoquant le cas des subventions publiques qui portent sur des périodes longues de vingt à trente ans. Les investissements visent souvent une période plus longue que le mandat des responsables politiques. Ainsi, dans le cas des éoliennes développées en Espagne, le gouvernement de Zapatero avait offert des subventions publiques, qui ont été annulées par le gouvernement suivant, provoquant de lourdes pertes pour les investisseurs. Contraints par la nouvelle loi qui a annulé les subventions, les tribunaux espagnols ne pouvaient être sollicités par les investisseurs, qui ont fait appel à un arbitrage international en 2012. Le recours aux tribunaux nationaux n'était pas une option pour les investisseurs. Pour autant, pour Christoph Benedict, les mécanismes d'ISDS ne sont pas parfaits et sont utilisés en dernier recours par les investisseurs, mais le TTIP donne l'occasion à l'UE de moderniser son système.

Le débat oppose dès lors ceux qui veulent améliorer l'existant et ceux qui privilégient la mise en place d'un nouveau système - la création d'une cour permanente d'investissement.

### 5.2. Réformer l'ISDS

Anna Joubin-Bret a précisé que l'enjeu d'une réforme de l'ISDS ne porte pas sur le traitement de la nation la plus favorisée qui est assez bien pris en compte. Les clauses de sauvegarde ou encore la définition du traitement juste et équitable méritent une attention plus spécifique. Il faut surtout prendre garde à ce que l'on entend par « attentes légitimes ». Nous devons garder à l'esprit dans la négociation du TTIP qu'il ne s'agit pas de discuter de l'enjeu du règlement des différends entre investisseurs et État parce que les investisseurs souhaiteraient que cela aille davantage dans leur sens, mais bien parce que nous avons

des principes de droit international qui délimitent les attentes légitimes des investisseurs et ce à quoi est engagé un État d'après les standards établis. Les États qui négocient, le font en fonction du bien public et non des attentes des négociateurs.

Pour Anna Joubin-Bret, il faut cependant éviter les « rafistolages » des mécanismes actuels d'ISDS. Les accords d'investissements bilatéraux sont des instruments de droit public international qui sont élaborés par les États et pour lesquels les États ont la responsabilité d'être clairs et d'être cohérents. Nous avons l'opportunité avec le TTIP de construire un nouveau cadre réglementaire de protection de l'investissement. Il ne s'agit pas seulement de palier progressivement les défaillances par des ajustements en comblant les trous avec une clarification ou des exceptions. Lorsque les arbitres ont affaire à des textes imprécis, incohérents, ils ne peuvent rien y faire et ne peuvent pas inventer les standards que les États n'ont pas introduit clairement. Les traités ne doivent pas être négociés seulement via des exceptions.

Par ailleurs, certains traités bilatéraux d'investissements américains évoquent la possibilité d'introduire un mécanisme d'appel, mais cette option n'a jamais été retenue. L'introduction d'un tel mécanisme serait une piste à poursuivre dans le cadre du TTIP.

### 5.3. Créer une cour permanente d'investissement et promouvoir des standards mondiaux

Pour Markus Krajewski, la création d'une institution internationale de règlement des différends se justifie si nous estimons que les spécificités du système judiciaire américain ne rendent pas les traités directement applicables et que les tribunaux américains n'appliqueraient pas le principe de non-discrimination.

Sigmar Gabriel a rappelé que pour l'Allemagne et la France qui ont fait des propositions conjointes de création d'une cour permanente, la poursuite des négociations du TTIP ne se fait qu'à la condition que le droit démocratique des Parlements de décider des lois et règlements soit préservé, et qu'une cour permanente soit créée.

Pour Matthias Fekl, la proposition franco-allemande fait aujourd'hui consensus en Europe et la Commission européenne s'en est largement inspirée

dans sa proposition finale de création d'une cour permanente pour l'investissement, qui tient compte du droit international, comprend un mécanisme appel, une clarification des concepts juridiques, un encadrement de l'activité des juges avec une interdiction des conflits d'intérêts, et des règles de transparence. Cette cour serait une première étape dans le projet plus ambitieux de construction, à terme, d'une cour publique multilatérale d'investissement. Une nouvelle pierre serait ainsi apportée à l'édifice du multilatéralisme, de la régulation et de la responsabilité internationale.

La Commissaire au commerce, Cécilia Malmström, va encore plus loin que la proposition franco-allemande et souhaite que tous les précédents accords de libre commerce signés par les Européens reposent également sur cette nouvelle institution pour régler les différends entre investisseur et État. Cela prendrait beaucoup de temps, mais si l'on réussit à le faire avec les États-Unis, nous pourrions y arriver également avec les autres pays.

Il s'agit là aussi de promouvoir des standards mondiaux. Pour Peter Chase, nous avons besoin de faire avancer un système international. Les États-Unis et l'UE étant les principaux pays d'accueil d'IDE et principaux investisseurs étrangers dans le monde, s'ils se mettent d'accord ensemble, cela permettrait de promouvoir des standards mondiaux.

Christoph Benedict a estimé, pour sa part, que les investisseurs y seraient favorables, mais il faudrait s'assurer qu'une telle cour garantisse une procédure rapide, un jugement juste et ait une force d'exécution (*enforceable*). Si la procédure n'est pas raisonnablement rapide, quel que soit le jugement final, l'investissement est perdu. Par ailleurs, dans un arbitrage, on peut choisir les arbitres et notamment quelqu'un qui a une expertise technique dans le domaine qui concerne la plainte. Faisant référence au dossier des éoliennes espagnoles, C. Benedict estime également qu'il ne s'agit pas de trouver seulement un équilibre entre le commerce et le droit de réglementer, mais aussi un équilibre dans le droit de réglementer exercé à différents moments (c'est-à-dire entre la réglementation précédente et la nouvelle réglementation adoptée après un changement de gouvernement – *past government policy and a new government policy*). Il faudrait se concentrer non seulement sur le niveau de précaution que nous estimons adéquat, mais aussi sur la façon de déterminer jusqu'où un gouvernement est lié par les décisions qu'un gouvernement précédent a pris sur le niveau de précaution.



Enfin, les débats actuels n'abordent pas assez l'enjeu de la force d'exécution des jugements. Si, d'après les données du CIRDI<sup>2</sup>, le pourcentage de succès d'une plainte déposée en arbitrage est de 30%, le jugement n'est pas toujours applicable. Dans le cas qui a opposé la société Yukos au gouvernement russe, il n'est pas évident que Vladimir Poutine valide le jugement de l'arbitrage qui demande au gouvernement russe de payer 50 milliards de dollars pour la nationalisation du groupe pétrolier Yukos (2007), intégré dans Gazprom et Rosneft. Or, la valeur du recours dépend de son application.

L'agenda est-il pour autant réaliste ? Pour Markus Krajewski, l'évolution des débats ces derniers mois a montré que tout est possible et la Commission européenne elle-même a surpris positivement. Cependant, Anna Joubin-Bret et Christoph Benedict ont estimé qu'il ne semblait guère réaliste de parvenir à créer une telle institution à court terme. Cela pourrait se faire au niveau bilatéral s'il y a la volonté politique nécessaire, mais l'on peut actuellement douter qu'il y ait la volonté suffisante. La création d'une cour multilatérale d'investissement prendrait quant à elle beaucoup de temps. Pour Anna Joubin-Bret, il serait plus réaliste d'envisager une réforme des mécanismes d'ISDS en introduisant notamment un système d'appel.



## 6. Enjeux géopolitiques et impact sur le multilatéralisme

Le choix des États-Unis pour mener cette négociation ambitieuse est-il cohérent avec les partenariats stratégiques que l'UE doit établir dans le monde pour continuer à peser dans l'économie mondiale ? Par ailleurs le TTIP ne porte-t-il pas atteinte au multilatéralisme ?

### 6.2. Les États-Unis : un partenaire légitime

Alors que les États-Unis négocient comme l'UE un accord d'investissement avec les Chinois et ont conclu des méga-accords, comme l'Accord de partenariat transatlantique (TPP), le TTIP renvoie à un débat plus large sur les intérêts stratégiques de l'Europe dans l'économie mondiale.

Il a été admis au cours des débats que les États-Unis sont un partenaire clé de l'Europe. Néanmoins, Reinhard Bütikofer a souligné que pour Angela Merkel et le gouvernement fédéral, la Chine est également un partenaire stratégique pour l'Allemagne et le TTIP ne doit pas créer de contradiction avec la coopération de l'UE avec la Chine et les autres partenaires. Si le TTIP est conçu comme une « alliance défensive et offensive » bilatérale « contre la Chine », cela pourrait notamment avoir un impact négatif sur l'industrie allemande.

Friedrich Merz a rappelé que l'Europe ne pourra garder sa place dans l'économie mondiale qu'en jouant un rôle décisif dans l'élaboration des normes internationales. La compétition entre puissances économiques pour imposer leurs propres normes au niveau international ne fait que se renforcer, que ce soit pour la protection des données, les normes sociales, la santé ou encore la protection de l'environnement. Ceux qui définissent les standards aujourd'hui domineront les marchés de demain. Or en 2050, 90% de la population mondiale ne seront ni des Européens ni des Américains. Le débat sur les normes n'est pas seulement technique, mais politique. Comme nous l'avons fait au niveau des États membres à l'époque de la construction du marché unique, nous devons admettre aujourd'hui que pour conquérir des marchés globaux l'UE a besoin de partenaire. Le TTIP n'est pas une « alliance défensive - offensive ». Mais, en l'état actuel des choses, un partenariat de ce type

n'est pas envisageable avec la Chine et encore moins avec la Russie.

### 6.3. Coopération réglementaire bilatérale ou multilatérale ?

Le TTIP peut sans doute être considéré comme une option par défaut par rapport à la coopération multilatérale organisée au niveau de l'OMC. Mais quel pourrait être le rôle de l'OMC en matière de coopération réglementaire ?

Pascal Lamy a rappelé que l'OMC joue déjà un rôle en matière de coopération réglementaire. Les accords sur les barrières techniques au commerce (TBT) et sur les normes sanitaires et phytosanitaires (SPS) sont des accords de l'OMC qui définissent déjà comment et quand on peut faire obstacle à l'échange pour des motifs de précaution. Ils régulent la zone grise qui existe entre protection et précaution. Pour Pascal Lamy, une régulation horizontale devrait aussi exister dans le domaine des services. Il n'y a pas, dans les services, un équivalent de ce qui existe en matière de TBT et SPS, qui établit clairement ce que l'on peut faire en matière de protection au nom de la précaution. Une grande partie de la régulation du secteur des services vient des réglementations élaborées par des producteurs nationaux. Or, une réglementation multilatérale ferait beaucoup pour l'ouverture des échanges dans les services. Par ailleurs l'OMC devrait se voir octroyer un mandat de supervision qui assure que les convergences réglementaires menées au niveau bilatéral respectent une certaine transparence.

Cependant, les experts de l'OMC ne décideront pas quel est le niveau adéquat de résidus de pesticides ou des standards de bien-être des animaux, car cela ne relève pas de l'expertise des négociateurs commerciaux, ni du secrétariat de l'OMC. La question plus essentielle serait donc de déterminer de combien de standards mondiaux nous avons besoin pour garantir

une convergence réglementaire et cela dépasse le cadre de l'OMC.

L'enjeu reste de savoir jusqu'à quel point, au-delà des bénéfices strictement bilatéraux qui relèvent de la compatibilité de nos standards, le TTIP permettrait de travailler ensemble pour produire un ensemble commun de règles et de standards. Par exemple, pour les voitures, il y a l'idée de travailler ensemble dans l'UNECE (*World Forum for Harmonization of Vehicle Regulations*) et pour le secteur pharmaceutique dans le cadre de l'ICH (*The International Council for Harmonisation of Technical Requirements for Pharmaceuticals for Human Use*).

### 6.4. Impact de la coopération réglementaire transatlantique sur les pays tiers

Peter Chase a rappelé que pour mener à bien une coopération réglementaire, il faut une confiance mutuelle des régulateurs et celle-ci est par définition bilatérale. La coopération réglementaire ne peut donc être étendue automatiquement à des pays tiers et ne peut davantage être multilatéralisée, car la confiance ne peut être multilatéralisée.

Mais il peut y avoir des bénéfices pour les pays tiers : la coopération menée dans le cadre transatlantique peut être dans l'intérêt par exemple d'un producteur rwandais de fleurs coupées. Les niveaux américains de résidus de pesticides peuvent être différents de ceux autorisés par les Européens. S'ils ne sont pas équivalents, on ne pourra pas établir un pont entre les deux. Mais s'ils sont équivalents, l'on pourra peut-être. Si les Américains admettent que les Européens évaluent bien le niveau de pesticides des fleurs rwandaises, alors ils pourront accepter leur système de contrôle et ce producteur de fleurs pourra également exporter sur le marché américain, ce qui représente une réduction importante de coûts (certification et contrôle) pour le producteur.



## Conclusion : Évolution des négociations du TTIP

Comme l'a rappelé Reinhard Bütikofer, les débats font actuellement une large place à « l'arbre de Noël » des lobbies corporatistes qui tentent de défendre leur intérêt particulier dans la négociation, en estimant que les efforts déjà engagés jusqu'ici ne pourront justifier d'aboutir à un échec. Mais cette logique pourrait aussi bien signifier l'échec des négociations.

Matthias Fekl a estimé pour sa part qu'à l'heure actuelle, les négociations ne sont pas équilibrées. L'on ne pourra progresser que si les négociateurs américains sont ouverts à davantage de réciprocité. En ce qui concerne les services, l'UE a proposé des objectifs ambitieux par rapport à l'ouverture des marchés, qui ont trouvé peu d'écho aux États-Unis. Nous sommes encore loin d'un accord équilibré sur l'ouverture des marchés publics. Si la situation actuelle d'asymétrie devait perdurer, la France n'exclurait pas de demander l'arrêt des négociations.

Pour Sigmar Gabriel, la promotion de standards mondiaux qui permettent de réguler la mondialisation, qui est une demande constante du centre-gauche, justifie de poursuivre ces négociations. À la fin, les Européens auront toujours la possibilité de ratifier ou non un accord, à travers le Parlement européen, les Parlements nationaux et le Conseil.

Il est peu probable à l'heure actuelle que l'on parvienne à conclure un accord sous le mandat de Barack Obama d'ici fin 2016, tel que le souhaitent les Américains. Si l'objectif des négociateurs reste de parvenir à des accords politiques sur un certain nombre de points avant les élections américaines, les bénéfices de la coopération réglementaire ne viendraient en tout état de cause que bien plus tard. L'accord final serait par ailleurs probablement moins détaillé qu'on ne le pense actuellement.

Friedrich Merz a néanmoins estimé qu'il faudrait éviter que les négociations durent trop longtemps et qu'il faut garder à l'esprit qu'un échec des négociations enverrait un signal très négatif : si nous ne parvenons pas à amorcer avec les États-Unis cette coopération réglementaire qui constitue le défi des décennies à venir, avec quel autre pays pourrions-nous avoir une telle ambition ?

Par ailleurs, l'avancée des négociations doit s'accompagner parallèlement d'une plus forte volonté des États membres de s'accorder sur des sujets qui ont trait à la compétitivité des entreprises européennes, comme par exemple la transition énergétique. En ce sens, le TTIP implique un renforcement du marché intérieur européen des biens et des services.

1. Nda : le 2 décembre 2015 un accord Parlement-Commission approuvé par le collège des commissaires, a donné accès à l'ensemble des membres du Parlement européen à toutes les catégories de documents confidentiels liés aux négociations du TTIP, y compris les textes dits « consolidés », qui reflètent la position des États-Unis. Des salles de lecture devraient également être ouvertes dans les États membres aux ministres et parlementaires nationaux.
2. Le CIRDI est le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements créé par la Banque mondiale.

## PROGRAMME

### TTIP : UN ENJEU DÉCISIF POUR L'AVENIR DE L'EUROPE DANS LE MONDE

Lundi 28 septembre 2015 • 14h00-18h45

Allianz Forum, Pariser Platz 6, 10117 Berlin

14h00-14h10

#### Accueil et Introduction

**Henrik Enderlein**, directeur, Jacques Delors Institut – Berlin et professeur à la Hertie School of Governance

14h10 - 14h45

#### Invité d'honneur

**Pascal Lamy**, ancien directeur général de l'OMC et président d'honneur de l'Institut Jacques Delors

14h45 > 15h30

#### Première session

**Coopération réglementaire : existe-il un meilleur moyen pour normaliser les standards transatlantiques ?**

**Intervenants :**

**Peter Chase**, vice-président Europe, Chambre de Commerce américaine

**Denis Redonnet**, directeur - OMC, questions juridiques et commerce des biens, DG commerce, Commission européenne

**Modérateur : Pascal Lamy**, ancien directeur général de l'OMC et président d'honneur de l'Institut Jacques Delors

15h30 - 16h30

**Deuxième session**

**Les investissements étranger dans le TTIP et au-delà : quel est le juste milieu entre la protection des investisseurs et la protection des États ?**

**Intervenants :**

**Christoph Benedict**, directeur juridique de la filiale allemande du groupe Alstom

**Anna Joubin-Bret**, avocat spécialisé en droit international d'investissement, avocat à la cour, Paris

**Markus Krajewski**, professeur de droit public et de droit international à l'université Erlangen-Nürnberg

**Modérateur : Christoph von Marschall**, Der Tagesspiegel

16h30 - 17h00

**Pause**

17h00 > 17h45

**Troisième session**

**Le TTIP est-il bon pour l'Allemagne ?**

**Intervenants :**

**Reinhard Bütikofer**, MPE, Groupe des Verts/Alliance libre européenne

**Friedrich Merz**, avocat-conseil chez Mayer Brown, ancien membre du Parlement européen et du Bundestag

**Modérateur: Christoph von Marschall**, Der Tagesspiegel

17h45 - 18h45

**Invités d'honneur**

**Matthias Fekl**, secrétaire d'État français chargé du Commerce extérieur

**Sigmar Gabriel**, ministre allemand de l'Économie et de l'Énergie

**Modérateur : Henrik Enderlein**, directeur, Jacques Delors Institut – Berlin et professeur, Hertie School of Governance

Sur les mêmes thèmes...

A TTIP-ING POINT FOR EUROPE IN THE WORLD

Extrait de la Conférence du 28 septembre 2015 à Berlin, Vidéo, Jacques Delors Institut - Berlin, octobre 2015

LA FRANCE : UN TERREAU D'OPPOSITION AU TTIP ?

Elvire Fabry, *Policy paper No 136*, Institut Jacques Delors, juin 2015

L'« ISDS » DANS LE TTIP : LE DIABLE SE CACHE DANS LES DÉTAILS

Elvire Fabry et Giorgio Garbasso, *Policy paper No 122*, Institut Jacques Delors, janvier 2015

LA RÉALITÉ DE LA PRÉCAUTION : ANALYSE COMPARATIVE UE - USA

Elvire Fabry et Giorgio Garbasso, *Synthèse*, Institut Jacques Delors, juillet 2014

LE « TTIP » À L'AVANT-GARDE DU RÉGIME COMMERCIAL INTERNATIONAL DU XXI<sup>ÈME</sup> SIÈCLE ?

Elvire Fabry, *Tribune*, Institut Jacques Delors, mars 2014

TTIP : UNE NÉGOCIATION À LA PIRANDELLO

Elvire Fabry, Giorgio Garbasso et Romain Pardo, *Synthèse*, Institut Jacques Delors, janvier 2014

Directeur de la publication: Yves Bertoncini • La reproduction en totalité ou par extraits de cette contribution est autorisée à la double condition de ne pas dénaturer le sens et d'en mentionner la source • Les opinions exprimées n'engagent que la responsabilité de leur(s) auteur(s) • L'Institut Jacques Delors ne saurait être rendu responsable de l'utilisation par un tiers de cette contribution • Version originale • © Institut Jacques Delors

