

Nicolas Ligneul, *Les enjeux juridiques des négociations transatlantiques. Questions choisies*, Blogdroiteeuropéen Working Papers 1/2016, 2 juin 2016, <http://wp.me/p6OBGR-d3>

# Les enjeux juridiques des négociations transatlantiques

## Questions choisies

Par Nicolas Ligneul

Maître de conférences en droit public– HDR

Assesseur du Doyen de la Faculté de Droit de l’Université Paris Est

[nicolas@ligneul.eu](mailto:nicolas@ligneul.eu)

### Résumé

Les relations transatlantiques ont donné lieu à d’importantes négociations bilatérales qui ont suscité de vives polémiques. Si elles aboutissent ces négociations pourraient toutefois être susceptibles de permettre un meilleur encadrement juridique des relations économiques extérieures de l’Union européenne.

Malgré cet important enjeu juridique, les juristes paraissent avoir été relégués à un rôle d’observateurs extérieurs de ces négociations. Cette mise à l’écart est regrettable. Ces négociations pourraient permettre de renforcer le droit du commerce international en permettant de faciliter les échanges et en remettant la problématique juridique au cœur des échanges commerciaux. Elles pourraient aussi constituer une occasion de développement du droit de l’investissement étranger tant du point de vue institutionnel, notamment dans le mécanisme de règlement des litiges, que du point de vue matériel.

Mots clés : TTIP – Relations extérieures – Relations transatlantiques – droit du commerce international – droit de l’investissement étranger

### Abstract

Transatlantic Treaty negotiations have been highly contested by the public opinions. If they achieve, they may increase the legal enforcement of EU’s economic external relations.

Despite the legal issues, during the negotiations, lawyers have been related to external observers. It seems to be very regrettable. Indeed, transatlantic negotiations could be an occasion to facilitate trade and to increase legal enforcement in international trade. These negotiations could also create an occasion to develop foreign investment law enforcement in its institutional aspects, including dispute resolution, and in its material aspects.

Keywords: TTIP – Transatlantic relations – EU external relations – International trade law – foreign investment law

Les relations économiques transatlantiques datent de la découverte des Amériques. Qui pourrait, par exemple, contester que le commerce entre l'Amérique et l'Europe a trouvé une expression dans le concept *d'Eldorado*, puis dans le commerce triangulaire ? L'émergence du « *Nouveau Monde* » est due à l'émigration européenne et donc, économiquement, à l'investissement des européens aux Amériques. De même, le Plan Marshall est l'expression indéniable d'une forme d'investissement américain sur le territoire européen.

L'intensité de ces relations économiques s'est accompagnée, depuis la Guerre froide, d'une politique extérieure très volontariste des Etats Unis d'Amérique.

Cette politique a conduit à une très forte influence américaine dans la construction du droit international économique, au point qu'il est traditionnellement enseigné que l'Accord général sur les Tarifs douaniers et le Commerce (GATT) a été rédigé par l'administration des Etats-Unis en 1947 ou que la Cour Suprême des Etats Unis a fortement inspiré le droit de l'investissement international en raison, notamment de la « *proximité matérielle évidente* » entre la Constitution des Etats Unis et le droit de l'investissement international<sup>1</sup>.

De l'autre côté de l'Atlantique, la construction européenne a manifesté une volonté d'hégémonie moins marquée. La Communauté économique européenne (CEE) a défini une politique commerciale globale dès le Traité de Rome. Sur cette base ont été menées des négociations bilatérales, notamment avec les Etats d'Amérique du Nord, en particulier le Canada<sup>2</sup> et les Etats Unis<sup>3</sup>. Cette politique commerciale commune relevait du 1<sup>er</sup> pilier, lorsqu'il y avait des piliers dans la Communauté. Elle relève aujourd'hui de la politique extérieure de l'Union européenne qui fait l'objet d'un titre spécifique du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Au sein de cette politique extérieure de l'Union européenne, les relations transatlantiques ont une place particulière. Elles sont anciennes et stratégiques. Elles consacrent un paradoxe entre d'une part, la proximité de la Grande-Bretagne et des Etats-Unis d'Amérique et, d'autre part, une volonté d'indépendance plus marquée dans l'Europe continentale, notamment, en France.

Les relations transatlantiques sont donc le théâtre de négociations régulières. Elles avaient conduit, par exemple, à l'adoption, à la fin des années 1990, de l'agenda transatlantique au moment de la commission Brittan. Depuis 2006, elles ont conduit à des cycles de négociations régulières<sup>4</sup>, à la définition d'un mandat de négociations de la Commission européenne<sup>5</sup> et à douze résolutions du Parlement européen<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Cf. Arnaud de NANTEUIL, Droit international de l'Investissement, Pedone 2014, page 85.

<sup>2</sup> Les négociations bilatérales entre la CEE et le Canada datent de la naissance de la CEE. Un accord-cadre de coopération a été adopté le 6 juillet 1976. Depuis le sommet d'Ottawa du 18 mars 2004, un programme de partenariat économique a été institué en complément de cet accord de coopération.

<sup>3</sup> Les négociations entre la CEE et les Etats Unies ont préexisté à la CEE. Elles ont conduit à l'adoption de la déclaration transatlantique de 1990 et à un partenariat transatlantique institué au sommet de Londres le 18 mai 1998.

<sup>4</sup> Le 11<sup>ème</sup> cycle de négociation a eu lieu à Miami du 19 au 23 octobre 2015. Le 12<sup>ème</sup> a eu lieu à Bruxelles le 22 février dernier.

Dans un premier temps, les négociations avec le Canada ont pu être menées sans rencontrer trop d'obstacles dans les opinions publiques. Les relations bilatérales entre les Etats Unis et l'Union européenne ont, pour leur part, fait l'objet de fortes polémiques<sup>7</sup>. Cette vague de critiques n'est ni nouvelle, ni originale. En 1995 déjà, les négociations menées à l'OCDE sur l'Accord Multilatéral sur l'investissement avaient déjà été l'occasion de vives contestations.

Au fond, pour synthétiser ces critiques, deux idées opposées peuvent être exposées. Certains craignent que les libertés fondamentales ou, de façon plus générale, les droits des citoyens, pâtissent du développement de ces relations internationales économiques. Symétriquement, d'autres espèrent que les relations transatlantiques permettront de développer le commerce extérieur de l'Union européenne et, partant, la croissance européenne. Ils craignent souvent que ces avancées soient insuffisantes.<sup>8</sup>

Paradoxalement, l'analyse des relations internationales économiques des quinze dernières années paraît démontrer que ces deux idées sont justes. Le développement de relations économiques transatlantiques est susceptible de favoriser la croissance économique. Par exemple, économiquement, il est probablement préférable au commerce extérieur européen que les Etats Unis développent leurs relations économiques du côté Atlantique plutôt que du côté Pacifique. Parallèlement, si les relations transatlantiques ne sont pas suffisamment encadrées juridiquement, ce développement risque de remettre en cause les fondements mêmes de nos systèmes juridiques.

Le droit est donc au cœur de ces relations économiques transatlantiques. Or, il faut reconnaître que les juristes n'occupent pas la place qui devrait être la leur dans ces négociations transatlantiques.

Par exemple, sur le plan institutionnel, les débats suscités par les négociations transatlantiques se sont limités à la qualification d'accord mixte entraînant une nécessaire ratification séparée par les Etats membres et les institutions de l'Union européenne<sup>9</sup>. Il y a pourtant 20 ans<sup>10</sup> que

<sup>5</sup> Cf. « Directives de négociation concernant le partenariat transatlantique de commerce et d'investissement entre l'Union européenne et les Etats Unis d'Amérique, [Conseil de l'Union européenne 9 octobre 2014, Réf. 11103/13, Rev1, DCL1](#).

<sup>6</sup> Résolution n°2006-0238 du 1<sup>er</sup> juin 2006 sur l'accord de partenariat transatlantique UE / Etats-Unis, [résolution n°2006-0239 du 1<sup>er</sup> juin 2006 sur les relations économiques transatlantiques](#), [résolution n°2007-0155 du 25 avril 2007 sur les relations transatlantiques](#), [résolution n°2008-0192 du 8 mai 2008 sur le Conseil économique transatlantique](#), [résolution n°2008-0256 sur le Sommet UE/Etats-Unis](#), [résolution n°2009-0193 du 26 mars 2009 sur l'état des relations transatlantiques après les élections qui ont eu lieu aux Etats-Unis](#), [résolution n°2010-0396 sur le sommet UE Etats Unis et le Conseil économique transatlantique](#), [résolution n°2011-0510 du 17 novembre 2011 sur le Sommet UE EU du 28 novembre 2011](#), [résolution n°2012-0388 du 23 octobre 2012 sur les relations commerciales et économiques avec les Etats Unis](#), [résolution n°2013-0227 du 23 mai 2013 sur les négociations en vue d'un accord en matière de commerce et d'investissement entre l'Union européenne et les Etats Unis](#), [résolution n°2013-0280 du 13 juin 2013 sur le partenariat transatlantique élargi](#) ; [Résolution n° P8/TA-PROV \(2015\) 252 du 8 juillet 2015 « Négociations du partenariat transatlantique de commerce et d'investissement \(PTCI\) »](#)

<sup>7</sup> Cf. Par exemple, Catherine PRIETO, « Et si l'Union européenne se décomposait dans un grand marché transatlantique ? », Revue trimestrielle de Droit européen, juillet-septembre 2014, pages 575 et suivantes

<sup>8</sup> Ce sentiment est d'ailleurs exprimé de façon totalement opposée des deux côtés de l'Atlantique : cf. [«Signer le PTP, un recul pour le Canada »](#), Marketwired (édition francophone), 29 Janvier 2016.

<sup>9</sup> Pour une illustration, cf. [CJUE 28 avril 2015, Commission / Conseil, aff. N° C-28/12](#)

<sup>10</sup> Cf [affaire « Bananes » de l'Organe d'Appel](#), (WT/DS27/AB/R, 9 sept. 1997).

le système commercial multilatéral a remis en cause la politique de développement de l'Union européenne. Malgré cela, l'analyse de la compatibilité de ces négociations bilatérales avec l'article XXIV du GATT ne paraît pas avoir été menée<sup>11</sup>.

La question de la compatibilité de l'accord bilatéral entre les EU et l'UE et l'article XXIV du GATT mériterait pourtant d'être posée. Cet article énonce, en effet, les conditions dans lesquelles des intégrations économiques régionales peuvent échapper à l'application du Traitement de la Nation la plus favorisée. Or, il n'est pas sûr (loin de là !) que le traité transatlantique remplisse les conditions posées par cet article. De même, le mécanisme de règlement des différends entre Etats envisagé mériterait d'être repensé par des juristes spécialisés dans le règlement des différends commerciaux entre Etats. Les négociations bilatérales s'orientent en effet vers la reconnaissance d'un système de règlement des différends entre les Etats Unis et l'Union européenne. Ce mécanisme de règlement des différends sera saisi de questions qui pourraient, au moins en partie, relever de la compétence de l'Organe de Règlement des Différends de l'Organisation mondiale du Commerce (ORD).

Or, la compétence de l'ORD est, en principe exclusive. Malgré cela, rien n'est prévu pour concilier les deux mécanismes de règlement des différends.

Si des polémiques se développent, notamment dans les relations entre la souveraineté, et le commerce international, c'est parce que plusieurs questions fondamentales du droit des relations extérieures de l'Union européenne (par exemple, la portée des exceptions et dérogations, en particulier dans le domaine de la culture, du développement durable, de la santé publique, ou la place des normes sociales en droit international économique) ne sont pas envisagées dans ces négociations bilatérales.

L'explication de cette absence du droit tient notamment à des choix institutionnels malheureux. Par exemple, dans les relations transatlantiques, le choix de constituer un conseil « *économique* » transatlantique depuis le 30 avril 2007 ne semble pas propice à une prise en considération des aspects juridiques des négociations bilatérales. Aujourd'hui, la seule institution de haut niveau qui vise à encadrer les relations transatlantique n'est donc qu'économique. Dès lors, il n'est pas surprenant que les problématiques juridiques aient été largement délaissées lors des négociations. Pourtant, les négociations transatlantiques portent sur l'investissement privé étranger, c'est-à-dire sur le placement d'actifs étrangers sur le territoire d'un autre Etat dans le but de réaliser un profit à terme et sur les relations commerciales entre les Etats Unis et l'Union européenne. Or l'investissement ou le commerce ne peuvent pas se passer du droit.

---

Pour un commentaire, cf. B. Morey, CE –Bananes, in Eric CANAL-FORGUES, Thiébaut FLORY (dir), Nicolas LIGNEUL (sec.), Recueil des contentieux du GATT et de l'OMC, Bruylant 2001, pages 662 à 739.

<sup>11</sup> A ce titre, il paraît intéressant de remarquer que l'article XXIV du GATT exige que l'intégration économique régionale soit une zone de libre échange ou une union douanière portant sur l'essentiel des échanges commerciaux pour pouvoir échapper à l'application du Traitement de la Nation la plus favorisée. Cela exclut donc de négocier un traité transatlantique limité à certaines marchandises, même si l'opinion publique conteste l'aspect global des négociations transatlantiques.

Pourtant, les juristes paraissent avoir été relégués à un rôle d'observateurs extérieurs. C'est d'autant plus regrettable qu'il existe des travaux de recherche fondamentaux sur ces questions depuis longtemps et qu'une lecture juridique des négociations transatlantiques permet de mesurer les véritables enjeux de ces négociations transatlantiques, au-delà de polémiques conjoncturelles souvent infondées.

Les enjeux des négociations transatlantiques peuvent ainsi être mesurés juridiquement, tant du point de vue du droit du commerce international (I) que du droit de l'investissement étranger (II).

### **Première partie : Les enjeux juridiques des négociations commerciales transatlantiques**

Pour la réglementation internationale du commerce, l'enjeu des négociations bilatérales est double : elles doivent permettre de faciliter les relations commerciales entre les Etats-Unis et l'Union européenne et elles ont vocation à approfondir le système commercial multilatéral.

#### **A – L'amélioration des relations commerciales bilatérales**

Le premier objectif des négociations bilatérales entre l'Union européenne et les Etats-Unis est de développer l'accès aux marchés sur le territoire de chacun des Etats membres sans abaisser le niveau de protection retenu sur le territoire de chacun des Etats.

Les négociations prévoient donc une intensification bilatérale des avantages qui avaient été consentis multilatéralement dans le cadre de l'OMC.

Une zone de libre échange est envisagée. Cela suppose la suppression des droits de douane et obstacles au commerce de marchandises entre les membres de cet espace géographique. Sur le plan commercial, cette zone de libre échange est complétée par des négociations sur les services, sur la propriété intellectuelle et par des négociations plus sectorielles. Ces mécanismes ouvriront d'avantage les marchés européens et américains.

Pour les juristes, elles peuvent pourtant paraître décevantes.

Le premier facteur de déception tient au fait que ces négociations bilatérales ne consacrent pas de grandes innovations dans le domaine du commerce de marchandises ou dans celui des services. Là où le système commercial multilatéral est en panne d'inspiration, les négociations transatlantiques ne semblent pas consacrer un grand renouveau du droit du commerce international. Dans un cadre transatlantique certaines questions pourraient pourtant être plus facilement résolues. Le degré d'industrialisation élevé des parties aux négociations et l'ancienneté des relations bilatérales auraient pu permettre de définir de nouveaux standards pour être ensuite transposés dans un contexte multilatéral. Ce n'est pas le choix des négociateurs. Par exemple, en 2007<sup>12</sup>, les négociations bilatérales entre le Mercosul et l'Union européenne avait permis d'ajouter au volet strictement économique des négociations économiques un volet plus juridique permettant de faciliter la défense des droits de l'homme, en particulier de la liberté syndicale sur le territoire des Etats du Mercosul. L'accord de

<sup>12</sup> *L'enjeu de la négociation dans les négociations commerciales internationales, in Union européenne – MERCOSUL entre concurrence et solidarité, L'Harmattan, 2008, pages 339 à 347.*

partenariat économique ainsi négocié avait permis de préciser le concept même d' « accord de partenariat économique ». Ce dernier est ainsi devenu un instrument plus efficace de la politique externe de l'Union en lui permettant de s'étendre au-delà de la politique strictement commerciale<sup>13</sup>. Sur le plan commercial, les négociations transatlantiques ne semblent pas consacrer d'innovation dans la méthode de négociation, ni dans les sujets qui y sont envisagés. Sur le fond, seules des questions relevant déjà de l'OMC ont été envisagées par Bruxelles et Washington. De même, il pourrait être reproché aux négociations commerciales multilatérales de ne pas prendre en compte certains des facteurs de la crise du système commercial multilatéral. Par exemple, le mécanisme d'exceptions du GATT, repris par l'Accord Général sur le Commerce des Services a été transposé en l'état malgré ses lacunes.

Même si le mandat de négociation de la Commission inclut des négociations relatives aux normes sociales et au développement durable, il ne semble pas prévoir un mécanisme de sanctions efficaces pour en assurer l'effectivité. Les négociations dans ce domaine seront menées au mois de juillet prochain. A en croire les documents d'information publiés par la Commission, elles viseront surtout à rappeler les engagements internationaux des Etats Unis et de l'Union européenne en matière de droits des travailleurs et de développement durable.

De même, les stipulations des négociations bilatérales relatives à la protection sanitaire et phytosanitaire constituent une transposition pure et simple de l'accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires de l'OMC, mais elles n'apportent aucune amélioration à un système régulièrement décrié.

Le second facteur de déception tient à l'absence d'articulation entre les négociations transatlantiques et les négociations multilatérales. Les négociateurs se sont en effet contentés d'ériger le principe que les négociations bilatérales ne porteraient pas atteinte au système commercial multilatéral.

Pourtant, en réduisant d'avantage les obstacles au commerce, le système commercial multilatéral ouvrira des marchés commerciaux des deux côtés de l'Atlantique. Les problématiques juridiques des liens entre le commerce et les valeurs non commerciales souvent défendues dans l'Union européenne (par exemple les libertés fondamentales, la transparence des règlementations commerciales ou douanières, le développement durable, la défense de l'Etat de droit etc...) vont donc évidemment continuer à se poser et s'amplifier.

L'augmentation du volume des échanges entre les Etats Unis et l'Union européenne aura nécessairement comme conséquence de pousser les entreprises américaines et européennes vers une concurrence internationale<sup>14</sup>. Cette ouverture n'est pas sans risque. Traditionnellement, le droit du commerce international avait recours au concept de « *libre-*

<sup>13</sup> Ainsi, les accords de partenariat économique conclus en juillet 2014 avec de nombreux Etats d'Afrique ont adopté le même modèle. De même, depuis l'accord de libre-échange conclu avec la Corée en 2010, tous les accords bilatéraux de l'UE font référence à la défense du développement durable ([accord du 16 septembre 2010, JOUE n°L127, 14 mai 2011](#)).

<sup>14</sup> C'est d'ailleurs l'un des objectifs exprimés clairement par la commissaire en charge des relations externes, Cf. Cecilia MALMSTROM, Commission européenne, [« Report : Small and Medium Sized Enterprises and the TRANSATLANTIC TRADE AND INVESTMENT PARTNERSHIP »](#), Commission européenne, 2015,

échange équilibré » pour définir l'objectif d'ouverture des marchés soucieux de la défense de l'intérêt général, de la lutte contre le chômage, de la défense du développement durable,...

L'OMC a beaucoup de difficultés à assurer cet équilibre entre les valeurs commerciales et non commerciales dans les relations commerciales multilatérales. Les négociations transatlantiques semblent, là encore, se contenter de déclarations de principe. Elles rencontreront donc probablement les mêmes difficultés que le système commercial multilatéral pour assurer un libre échange équilibré.

## B – L'approfondissement du système commercial multilatéral.

La deuxième perspective du Traité transatlantique consiste à envisager un approfondissement du système commercial multilatéral existant. De façon traditionnelle, les négociations bilatérales ont servi de laboratoire au système commercial multilatéral. Par le passé, les négociations transatlantiques avaient, par exemple, permis d'adopter un accord bilatéral sur les marchés publics, qui avait ensuite été négocié dans un cadre plurilatéral.

Deux domaines semblent faire l'objet de cette volonté d'approfondissement : la normalisation et la concurrence internationale.

La normalisation est à la fois une question ancienne du droit du commerce international<sup>15</sup> et du droit de l'Union européenne<sup>16</sup>. Au travers du chapitre consacré à la coopération réglementaire, les négociations bilatérales transatlantiques envisagent de développer un véritable mécanisme de rapprochement des législations visant à développer les influences réciproques dans l'élaboration des règlementations, mais aussi, de façon sectorielle, à organiser quelques processus de reconnaissance mutuelle, par exemple, dans le domaine pharmaceutique<sup>17</sup>. Cette reconnaissance mutuelle a déjà été vivement contestée par le droit du commerce international en raison des relations conflictuelles qu'elle peut entretenir avec le traitement de la Nation la plus favorisée<sup>18</sup>.

Ce rapprochement des législations, s'il progresse, devrait permettre de structurer d'avantage le marché transatlantique au détriment des Etats du Sud-Est asiatique.

Il n'est toutefois pas sans risques. Les différences normatives ont, en effet, souvent été révélatrices de tensions des deux côtés de l'Atlantique. Par exemple les débats sur les normes

<sup>15</sup> Cf. accord sur la normalisation adopté par les PARTIES CONTRACTANTES du GATT en 1979 à l'issue du cycle de négociation de Tokyo ou, plus récemment, l'accord bilatéral franco-chinois sur la normalisation du 27 mars 2014.

<sup>16</sup> La problématique du rapprochement des normes en droit de l'Union européenne est très ancienne et avait, par exemple, donné lieu à l'adoption du célèbre arrêt Cassis de Dijon par la Cour de Justice (Cf. [CJCE Cassis de Dijon, CJCE Rewe Zentral AG, 20 février 1979, 120/78](#))

<sup>17</sup> Cf. « [TTIP et règlementation : un tour d'horizon](#) », Commission européenne, 10 février 2015.

<sup>18</sup> Cf L. Bartels, « [The Legality of the EC Mutual Recognition Clause under WTO Law](#) », 8(3) Journal for International Economic Law (2005) p.704. Par exemple, dans l'affaire “Turquie – Textiles” (cf. aff. n°DS/29, GATT-OMC Recueil des contentieux, précité, Commentaire de Karine Tiozzo, pages 1184 à 1201), l'Union européenne reconnaît la possibilité de mettre en place un système de reconnaissance mutuelle dans une intégration économique régionale si ce système n'a que des conséquences limitées sur la violation du traitement de la Nation la plus favorisée.

sanitaires ou phytosanitaires<sup>19</sup> ont conduit à « *la guerre de l'hormone* »<sup>20</sup>. De même, par exemple, les débats sur l'harmonisation des normes comptables<sup>21</sup> ont montré combien les relations commerciales pouvaient être tendues des deux côtés de l'Atlantique. Améliorer la reconnaissance normative permettrait d'apaiser ces débats. Encore faut-il que ce rapprochement des législations ne se fasse pas au détriment des niveaux de protection reconnus par le droit de l'Union européenne, en particulier dans les domaines de la santé publique ou de la protection du développement durable.

De même, des inquiétudes peuvent se trouver dans le domaine du numérique. Soucieuse d'assurer un niveau élevé de protection des données personnelles, la Cour de Justice a annulé le 5 octobre 2015 la décision 2000/520 de la commission européenne dite « *Safe Harbor* » déclarant suffisamment élevé le niveau de protection des données reconnu par le droit des Etats Unis. Cette jurisprudence a permis de mettre en lumière la nécessité d'assurer une protection américaine des données personnelles<sup>22</sup>. La Cour de Justice ayant considéré que la protection de la confidentialité des données était insuffisante aux Etats Unis, elle a remis en cause les fondements juridiques du transfert de ces données.

L'opinion publique s'est alors particulièrement émue de la possibilité qu'une négociation puisse être menée dans un cadre bilatéral et contourner la solution posée par l'arrêt Schrems de la Cour de Justice de l'Union européenne<sup>23</sup>. Juridiquement, pourtant, la Commission n'avait pas reçu un tel mandat de négociation. La peur était donc injustifiée. Conformément à la jurisprudence de la Cour de Justice, c'est finalement un « bouclier de confidentialité » qui avait été envisagé dans les négociations transatlantiques et qui a été proposé en février 2016 pour permettre aux autorités nationales d'assurer la protection des données personnelles.<sup>24</sup> Contrairement aux précédentes, cette crainte doit être nuancée, car il existe désormais un fondement juridique conventionnel susceptible de faciliter cette protection, même si les résultats de cette protection ne peuvent pas encore être mesurés.

Les négociations transatlantiques visent à permettre un processus de rapprochement des législations. C'est donc un instrument qui existe. Il appartiendra à l'avenir de faire en sorte que cet instrument soit bien utilisé pour que ces niveaux de protection puissent être maintenus.

La concurrence internationale bénéficie d'une même volonté d'approfondissement. Après avoir donné lieu à des négociations bilatérales entre les Etats-Unis et l'UE dans les années

<sup>19</sup> Cf. par exemple, les débats suscités à propos des affaires hormones (CE – Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones), [rapports de l'organe d'appel du 18 août 1997](#), cf. GATT-OMC, recueil des contentieux (précité), pages 764 à 803 ou amiante de l'OMC ([affaire n° DS 135, CE – Amiante](#), rapport de l'Organe d'appel du 12 mars 2001)

<sup>20</sup> Cf. « [La "guerre des hormones" entre l'UE et les Etats-Unis est terminée](#) », Le Monde, 14.03.2012

<sup>21</sup> Cf. par exemple, Etienne Boris, « [Normes comptables internationales: l'Europe doit mieux défendre ses intérêts dans le débat sur l'harmonisation](#) », LE MONDE, 22 avril 2013.

<sup>22</sup> Sur cette question, cf. Olivia Tambou « [Libres propos autour de l'invalidation par la CJUE de la décision Safe Harbor](#) », Dalloz Actualités, 9 octobre 2015.

<sup>23</sup> Cf. [CJUE 6 octobre 2015, SCHREMS, C 362-14](#)

<sup>24</sup> Cf. Les échos, n°22121, High Tech et Médias, 3 février 2016, page 24. Et [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/files/privacy-shield-adequacy-decision\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/files/privacy-shield-adequacy-decision_en.pdf)

1990-2000, un système de « courtoisie internationale » avait été mis en place pour organiser la répartition des contentieux entre les différentes autorités de régulation de la concurrence. Ce système avait ensuite été renforcé et complété par des négociations suivies entre les autorités de régulation de la concurrence, en particulier dans le domaine des concentrations. Les négociations transatlantiques paraissent aller plus loin vers l'intégration d'un véritable droit international de la concurrence. Le projet d'accord en cours de négociation définit les principales pratiques anti-concurrentielles et rappelle que les parties à l'accord bilatéral devront assurer l'efficacité de la régulation de la concurrence. La définition commune de pratiques anticoncurrentielles constitue un pas important dans la construction d'un droit international de la concurrence. Il n'est pas encore question de créer une autorité de régulation de la concurrence, mais seulement d'organiser les rapports entre les autorités régionales de concurrence. Toutefois, le droit européen et le droit américain constituent les deux grands modèles de régulation de la concurrence. Définir une norme commune de concurrence à partir de ces deux systèmes constitue donc un pas dans la direction de la création d'un droit international de la concurrence.

Pas à pas, un droit international de la concurrence intégré et négocié est peut-être, ainsi, sur le point d'éclorer. L'idée est de définir un droit de la concurrence dans un cadre international pour encadrer la concurrence sur les marchés internationaux ou mondiaux, là où, hier, il avait été défini dans un cadre européen. Cette évolution fait espérer une véritable régulation de la concurrence internationale, ce qui paraît un progrès significatif dans cette matière<sup>25</sup>.

## **Deuxième partie – Les enjeux juridiques des négociations transatlantiques relatives à l'investissement**

Le volet de droit de l'investissement est celui qui a suscité la plus vive polémique dans les négociations commerciales transatlantiques.

Pour comprendre les termes de la polémique, il faut relever deux erreurs de la Commission.

En premier lieu, elle a refusé de rendre public le mandat de négociation. S'il est habituel que des négociations commerciales soient secrètes, il est surprenant que le mandat qui avait été donné à la commission européenne ait pu faire l'objet de fuites. Il est tout aussi étonnant que la Commission n'ait pas pris une position claire sur la communication des informations non confidentielles et sur le refus de communication des informations confidentielles. Il a, en effet, fallu que la médiateur européenne sollicite la communication d'informations par la Commission en juillet 2014<sup>26</sup> et qu'elle émette un avis le 5 janvier 2015<sup>27</sup> pour que le Conseil

<sup>25</sup> Cf. (notamment) N. Ligneul, l'élaboration d'un droit international de la concurrence entre les entreprises, Bruylants 2001, 382 pages ; A. Heinemann, « La nécessité d'un droit mondial de la concurrence », Revue Internationale de Droit Économique, 2004, pp. 293-324 ; Einer Elhauge et Damien Gerardin, Global competition law and economics Oxford Hart Publishing (2<sup>ème</sup> édition 2011), 1287 pages ; Louis Vogel. Global competition law. A practitioner's guide. LawLex 2012, 590 pages.

<sup>26</sup> Sur cette question, cf. *A propos du TTIP ou le partenariat transatlantique de commerce et d'investissement*, L. Idot, Europe, n°11, novembre 2014, alerte 36.

<sup>27</sup> Cf. [European Ombudsman closing decision n°01/10/2014/RA](#) concerning the european commission en date du 6 janvier 2015; Comments of the Commission in reply to further suggestions from the European Ombudsman in

européen décide finalement de rendre public le mandat de négociation. La première erreur était donc une erreur de communication<sup>28</sup> de la commission qui a, par ailleurs, vu récemment publier les documents confidentiels de l'état de ses négociations par Greenpeace.<sup>29</sup>

La Commission a alors déplacé le problème de l'investissement à la reconnaissance d'une procédure ad hoc de règlement des litiges dans le cadre des négociations transatlantiques. Soucieuse de lutter contre le déficit démocratique structurel de la construction de l'Union européenne, elle a organisé une consultation publique sur le mécanisme de règlement des litiges relatifs à l'investissement avant de reprendre les négociations. Aujourd'hui, après une consultation ayant conduit à de fortes contestations du mécanisme de règlement des différends dans le domaine de l'investissement<sup>30</sup>, les négociations ont repris dans un contexte d'incompréhension<sup>31</sup> qui a même atteint récemment le Parlement européen<sup>32</sup>.

Une analyse des négociations en matière d'investissement permet de comprendre la réalité des enjeux juridiques des négociations transatlantiques en matière d'investissement étranger.

#### **A – Les enjeux juridiques du mécanisme de règlement des différends relatifs aux investissements.**

Les critiques qui ont été faites au mécanisme de règlement des litiges relatifs aux investissements paraissent très largement injustifiées.

Pêle-mêle, au titre de ce mécanisme spécifique de règlement des différends, ont été reprochés une absence de transparence, une régulation insuffisante, une atteinte intolérable à la souveraineté, une reconnaissance trop importante des droits des entreprises d'investisseurs,...

Sans rentrer dans un débat trop technique sur la question, quelques précisions simples permettent de comprendre l'incohérence de certaines de ces critiques.

L'une des critiques récurrente porte sur l'obligation de recourir au Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) pour régler les différends entre investisseurs et pays cibles des investissements. Le CIRDI serait trop favorable aux investisseurs et insuffisamment protecteur de l'ordre public.

---

her closing decision - Ref. OI/10/2014/RA (18 mars 2015); « [Ombudsman commends Commission for progress on transparency in TTIP negotiations](#) », Press release n°6/2015, 23 mars 2015

<sup>28</sup> Ce manque de transparence avait d'ailleurs été relevé par le Sénat (cf. Michel BILLOUT, Rapport fait au nom de la Commission des Affaires européennes sur la proposition de résolution européenne de Michel BILLOUT et de plusieurs de ses collègues sur le règlement des différends entre investisseurs et Etats dans les projets d'accords commerciaux entre l'Union européenne, le Canada et les Etats Unis, [Rapport n°134, en date du 27 novembre 2014](#)

<sup>29</sup> Cf. Hervé Guyader, [TTIP Leaks by greenpeace](#), Les échos, 2 mai 2016.

<sup>30</sup> Cf Commission européenne, [consultation publique en ligne sur les modalités de la protection des investissements et le règlement des différends entre investisseurs et Etats \(RDIE\) dans le cadre du partenariat transatlantique de commerce et d'investissement](#), 13 janvier 2015, SWD (2015) 3 final.

<sup>31</sup> La commission a tenté de préciser sa politique dans un document de travail de mai 2015 (cf. Commission européenne, « [Vers un nouveau moyen de régler les différends entre Etats et investisseurs](#) », mai 2015).

<sup>32</sup> Le 9 juin 2015, le Parlement européen a, en effet, décidé de reporter le vote sur les négociations transatlantiques en raison des contestations relatives aux tribunaux arbitraux en matière d'investissement. (cf [Le Monde, 10 juin 2015, « Traité transatlantique : le Parlement européen se divise et reporte son vote »](#))

Ces critiques générales du CIRDI méritent au moins d'être nuancées pour des relations économiques entre Etats du Nord. Le rapport de force entre l'investisseur et l'Etat cible de l'investissement ne semble, en effet, pas de même nature si l'Etat cible de l'investissement est Etat européen ou Nord-américain ou s'il s'agit d'un Etat du Sud.

Au surplus, juridiquement, le CIRDI est un centre d'arbitrage chargé de régler les litiges entre un investisseur et un Etat cible de l'investissement. Il n'a donc pas vocation à protéger l'ordre public ou à défendre les valeurs qui doivent être promues par les Etats.

Dans la mesure où les Etats Unis et les Etats membres de l'UE, en particulier la France<sup>33</sup> ont adhéré au CIRDI, les litiges relatifs aux investissements entre les ressortissants de l'une des parties à l'accord et l'autre partie à l'accord doivent être soumis au CIRDI. Il est toutefois possible d'y échapper si un accord prévoit un autre mécanisme de règlement des différends (accord bilatéral, compromis ou clause compromissoire).

En conséquence, à supposer que le CIRDI soit favorable aux Etats du Nord, si un mécanisme spécifique n'est pas prévu pour le règlement des différends relatifs aux investissements, il sera nécessaire, pour les relations transatlantiques, de recourir à l'arbitrage du CIRDI et non à un système juridictionnel.

De même, les critiques relatives au traitement identique de l'investisseur et de l'Etat destinataire de l'investissement ou à l'atteinte en principe à la souveraineté par l'Etat cible de l'investissement ne résistent pas à l'examen. Par nature, le contrat d'investissement est un contrat d'Etat. Il met en relation un Etat cible de l'investissement et un investisseur, personne privée. Lorsque le litige qui les oppose fait l'objet d'un arbitrage pour interpréter juridiquement la convention d'investissement, il paraît pour le moins légitime que les parties au différend soient traitées de façon analogue et en bénéficiant d'un traitement « *juste et équitable* ». C'est même l'inverse qui serait inquiétant ! Quant à l'atteinte en principe à la souveraineté de l'Etat par un mécanisme d'arbitrage, elle est indiscutable... Mais il paraît souhaitable, dans des Etats de droit que la souveraineté puisse être limitée par le juge. Dans des relations d'investissement privé étranger, il ne semble pas opportun que le juge dépende de l'Etat cible de l'investissement. Dans la relation entre un investisseur et un Etat, le juge ressortissant de l'Etat concerné par le litige peut voir son indépendance contestée. Un arbitrage paraît donc plus adapté.

Reprocher aux négociations transatlantiques leur mécanisme de règlement des différends entre les investisseurs et les parties aux négociations transatlantiques paraît donc inadapté. La critique du mécanisme de règlement des différends par l'opinion publique a pourtant été tellement vive qu'une consultation publique a été spécifiquement organisée sur cette question. Cette consultation publique ayant abouti à une hostilité de 97% des opinions émises, le Parlement européen a proposé à la Commission de mettre en œuvre un autre procédé de

<sup>33</sup> La négociation de conventions bilatérales d'investissement est, depuis le Traité de Lisbonne une compétence de l'UE (cf. art. 207 TFUE).

règlement des différends entre investisseurs et Etats cibles des investissements<sup>34</sup>. L'idée défendue par le Parlement européen était que le règlement des litiges relatifs aux investissements serait susceptible de favoriser les grandes entreprises au détriment des Etats cibles. Malgré cette farouche hostilité, il ne semblait pas possible de renoncer purement et simplement à un mécanisme de règlement des litiges en matière d'investissement. Sans ce mécanisme, la partie la plus puissante au contrat d'investissement aurait pu imposer sa volonté à l'autre.

La Commission européenne a donc proposé une nouvelle forme de règlement des litiges relatifs aux investissements, en préconisant un mécanisme intégré de règlement des litiges inspiré de l'Organe de Règlement de l'OMC<sup>35</sup>. Le mécanisme proposé est très novateur. Pour autant, les parties au différend sont toujours un Etat et un investisseur et le mécanisme envisagé ressemble fort à une forme spécifique d'arbitrage. Sur le fond, comment pourrait-il en être autrement ? Le contrat d'investissement est, par définition conclu entre une entreprise et un Etat et, depuis plusieurs décennies les mécanismes de règlement des litiges économiques internationaux sont de plus en plus des mécanismes arbitraux spécialisés !

## B – Les enjeux juridiques des négociations transatlantiques relatives au fond du droit de l'investissement

C'est sur le fond du droit de l'investissement que les critiques paraissent les plus justifiées.

Elles portent sur la nature du droit de l'investissement international qui a été traditionnellement conçu comme un droit de promotion et de garantie des investissements mais qui devient de plus en plus un droit de contrôle des investissements.

Ces critiques se fondent sur l'évolution moderne du règlement des contentieux en matière d'investissement. Ainsi, en 1992, dans l'affaire *des Pyramides*<sup>36</sup> le CIRDI a eu à connaître de conflits relatifs à la préservation du site de Guizeh. Depuis, des décisions ont porté sur les risques environnementaux pris par l'investisseur<sup>37</sup>, la protection de l'environnement à l'occasion de l'exploitation d'une mine d'or<sup>38</sup>, les risques de pollution par l'utilisation d'hydrocarbures<sup>39</sup> ou la préservation des sites culturels des indiens d'Amérique<sup>40</sup>. Le développement de ces contentieux, allié à des campagnes de presse relatives à des affaires

<sup>34</sup> Cf. Proposition de résolution n°B8-0904/2015 du 26 août 2015 déposée par Maria Bizzoto sur « [l'exclusion du règlement des différends entre investisseurs et Etats \(RDIE\) des négociations](#) ».

<sup>35</sup> Cf. « [Transatlantic Trade and Investment Partnership, Trade in services, Investment and E-commerce](#) », proposition de la commission en date du 12 novembre 2015.

<sup>36</sup> L'Etat égyptien avait refusé un projet immobilier au pied des pyramides de Guizeh ([aff. SPP / République arabe d'Egypte, aff. N°ARB/84/3, du 20 mai 1992, ICSID, Rep., vol. 3, pp 189 et suivantes](#))

<sup>37</sup> Metaclad / Mexique ([ALENA, Aff. N°ARB\(AF\)/97/1, sentence du 30 août 2000, Rep. ICSID, vol. 5, p. 212-235](#))

<sup>38</sup> Aff. [GLAMIS GOLD / Etats Unis](#), Methanex c. Etats-Unis d'Amérique, [décision partielle du 7 août 2002 ; ICSID Rep., vol. 7](#), p. 239 et ss

et sentence du 9 août 2005, cf. Margaret Clare Ryan, Glamis Glod, Ltd. V. [The United States and the Fair and Equitable Treatment standard](#), Mc Gill Law Journal, 2011, vol. 56, n°4, p. 919.

<sup>39</sup> Aff. Methamex / Etats Unis, rendue dans le cadre de l'ALENA, sentence du 5 août 2005 précitée

<sup>40</sup> Aff. GLAMIS GOLD précitée

pendantes devant le CIRDI portant sur la santé publique<sup>41</sup>, la sortie du nucléaire<sup>42</sup>, l'exécution du moratoire canadien sur l'exploitation du gaz de schiste<sup>43</sup> ou la modification du régime fiscal sur l'énergie photovoltaïque sur le territoire d'Etats européens<sup>44</sup> ont révélé les difficultés de ces relations internationales d'investissement qui dépassent le cadre d'un Etat.

Après la lutte contre les trafics internationaux, la prévention du blanchiment et de la fraude fiscale, ce que révèlent les difficultés des négociations transatlantiques en matière d'investissement, c'est qu'il est nécessaire de définir un investissement non seulement promu et garanti, mais aussi contrôlé et respectueux des valeurs fondamentales de l'Union européenne. Cette conception d'un investissement responsable, respectueux en même temps des intérêts de l'investisseur et du pouvoir normatif de l'Etat vers lequel l'investissement est réalisé a d'ailleurs conduit ces dernières années à modifier les modèles d'accord de promotion et de protection des investissements pour y intégrer des exceptions inspirées de l'article XX<sup>45</sup> et de l'article XXI<sup>46</sup> du GATT. Ces exceptions peuvent être mises en œuvre si elles ne sont pas discriminatoires et ne constituent pas une restriction déguisée au commerce.

Cette politique d'amélioration des accords d'investissement existe des deux côtés de l'Atlantique<sup>47</sup>. Les Etats-Unis comme l'Union européenne souhaitent en effet assurer l'équilibre entre pouvoir normatif des Etats cibles des investissements et protection des droits de l'investisseur. Malheureusement, même si le Traité de Lisbonne a permis de reconnaître une compétence exclusive de principe pour l'Union européenne en matière d'investissements, l'absence de promotion de « l'investissement responsable »<sup>48</sup> paraît une autre source de frustration pour les juristes...

<sup>41</sup> Il s'agit des aff. Philip Morris / Australie, ([recours CIRDI n°2012-12 en date du 22 juin 2011](#)), et Philip Morris / Uruguay (recours CIRDI aff. ICSID n°. ARB/10/7 en date du 26 mars 2010)

<sup>42</sup> Vattenfall AB et autres c. République fédérale d'Allemagne, CIRDI, affaire no ARB/12/12, requête du 31 mai 2012 ([recours CIRDI aff. ICSID n°ARB/12/12](#)).

<sup>43</sup> [Lone Pine Resources Inc. c. Canada, procédure CNUDCl](#), requête du 6 septembre 2013 (UNCT/15/2)

<sup>44</sup> Il s'agit, en particulier de l'Espagne, de la République tchèque ou de la Bulgarie

<sup>45</sup> Il s'agit des exceptions générales concernant, notamment, la moralité publique, la santé publique, la protection de la vie des animaux et la conservation des végétaux, la protection des trésors nationaux ayant une valeur historique, artistique ou archéologique, la conservation des ressources naturelles épuisables,...

<sup>46</sup> Il s'agit des exceptions concernant la sécurité

<sup>47</sup> Sur cette question, Cf. C. Titi, « Le droit de réglementer et les nouveaux accords de l'Union européenne sur l'investissement », Clunet, n°1, janvier 2015, doctr. 3.

<sup>48</sup> Sur cette question, cf. N. Ligneul, « TTIP et investissement responsable », Revue de l'Union européenne, n°597, avril 2016, pp 202 à 210.