

Le Traité TAFTA (USA/UE) est-il une menace pour nos démocraties ?¹

JEAN DE MUNCK,

(CriDIS, Université catholique de Louvain, Belgique)

Le processus TAFTA (ou TTIP) dont nous allons parler ce soir n'est pas un processus isolé. Il participe d'un effort concerté de construction d'architectures juridiques qui accompagnent la globalisation économique. Il faut en effet rappeler que le marché est une construction sociale qui n'est pas « naturelle », ni auto-organisée (au sens de Hayek). Le marché est co-construit par des opérateurs privés et des pouvoirs politiques (le États nations, les organisations publiques supranationales). Cette co-construction se stabilise à travers des règles juridiques. Ainsi en va-t-il des mesures légales assurant la fiabilité des contrats, des mesures assurant la circulation d'une monnaie reconnue (cf. Aglietta et Orléan, 1998), de la construction du concept de responsabilité limitée des actionnaires, de la protection de la personnalité morale des entreprises, ou les dispositifs de règlement des différends. Les sociologues ont longuement décrit cette affinité entre capitalisme et droit moderne. Pour théoriser ces processus, on peut se référer aux travaux de Max Weber (2003) et à l'ouvrage remarquable de John R. Commons sur les « Legal Foundations of Capitalism » (1924). Le processus TAFTA doit être analysé dans cette perspective.

La globalisation du capitalisme s'accompagne aujourd'hui d'un effort de redéfinition d'une partie de sa base légale. Le chantier a été ouvert par les accords NAFTA en Amérique du Nord en 1994 et par les grandes négociations qui ont abouti en 1995 à la mise en place de l'Organisation Mondiale du Commerce (WTO). Ces dernières négociations ont donné naissance à une forme de « constitution », certes encore embryonnaire, d'un organisme international dont la caractéristique centrale est d'avoir équipé le commerce mondial de tribunaux (d'arbitrage) qui peuvent juger de contentieux entre États, en assortissant leurs arrêts de sanctions significatives, et notamment des fameux « droits de rétorsion ». Le projet avorté d'AMI a constitué une sorte d'ébauche dont beaucoup d'éléments sont repris dans le TAFTA. Sont aussi en cours de négociation des grands accords-cadres comme celui du TISA (*Trade in Services Agreement*), après l'inachèvement du cycle de Doha. Un peu près en même temps que le TAFTA, le Traité trans-pacifique (TPT) a été mis en chantier par les États-Unis (2011). Le TPT est aux yeux de l'administration américaine aussi important que le TAFTA (et même plus important, car la zone de croissance prioritaire ne se trouve pas d'abord en Europe, mais dans le Pacifique). Un accord CETA est en négociation entre l'UE et le Canada, qui préfigure le TAFTA. Nous nous trouvons donc devant une stratégie globale de juridicisation du

¹ Retranscription de la conférence prononcée le 8 octobre 2014 à Louvain-La-Neuve à l'invitation de la *Maison du Peuple d'Europe*, en collaboration avec le *Forum Civique UCL Créatopia* et le *Collectif Roosevelt.be*. L'auteur remercie Marc Molitor pour son aide à cette retranscription.

capitalisme international, menée sous la férule des Américains. Cette stratégie se heurte bien sûr aux résistances de la Chine ou de la Russie, qui constituent d'ores et déjà des contre-pouvoirs ayant eux aussi des ambitions globales.

Ce type de construction juridique n'est pas à comprendre comme une juridicisation limitée au secteur de l'économie et du commerce, sans effet sur les États. Certes, c'est le plus souvent de cette manière que ces accords internationaux sont présentés. Ils seraient des accords qui ne concerneraient qu'un secteur hyper-spécialisé de la vie sociale : le commerce. Bien au contraire, il faut comprendre que ces traités ont une portée constitutionnelle (c'était déjà le cas de l'AMI, cf. Freitag & Pineault, 1999). Ils modifient structurellement l'extension des pouvoirs politiques législatifs, exécutifs et judiciaires à tous les niveaux (municipalité, région, État, Union). Comme le dit Jeffery Atik (2003:218), le Nafta et les accords apparentés « ... establish broad principles that are intended to « trump » ordinary lawmaking – in an almost constitutional fashion ».

On peut qualifier ici de « constitutionnelles » une série de mesures qui modifient les « règles secondaires du droit ». Dans le cas qui nous occupe, les dispositifs instaurent aussi ce que certains auteurs n'hésitent pas à appeler des règles « tertiaires ».

- Les règles *primaires* du droit sont les règles portant sur tous les domaines d'activité de la société. Elles imposent des définitions (de la propriété par exemple), des règles de comportement, des procédures etc.
- les règles *secondaires* sont les règles de « reconnaissance » des règles primaires (cf. Hart, 1976). Elles permettent de déterminer, parmi les normes sociales, celles qui ont un statut de règle juridique. Elles prescrivent des standards d'interprétation des règles primaires et déterminent aussi comment on peut les créer, les modifier ou les abolir. Les règles contenues dans les Constitutions, écrites ou non, sont typiquement des règles secondaires.
- Les règles *tertiaires* sont des règles qui permettent de régler les conflits entre les systèmes de normes. C'est le cas des contentieux internationaux impliquant des protagonistes qui relèvent de différents systèmes juridiques nationaux. Qui est alors l'arbitre ? Ces situations sont d'une grande complexité. Elles sont de plus en plus nombreuses compte tenu de la globalisation. Les traités dont nous parlons touchent à ce niveau de la construction juridique et se répercutent sur les règles secondaires, et sur les règles primaires.

Le processus TAFTA doit être évalué en gardant à l'esprit cette double dimension : il est une pièce d'une architecture globale qui dépasse les relations USA/UE ; il a une portée constitutionnelle dont il faut détailler les conséquences.

Je voudrais brièvement traiter de quatre points : le processus politique de négociation qui lie autant la Commission et les entreprises que l'Union et les États-Unis (1) ; le contenu des mesures réglementaires prévues par le TAFTA (2) ; le mécanisme de résolution des conflits investisseur/État (ISDS) (3) ; et les aspects politiques de ce projet (4). Nous pourrions discuter ensuite.

1. La procédure d'élaboration du TAFTA

Le processus de négociation TAFTA s'est déroulé en deux phases distinctes.

Première phase : 1995-2013 : la gestation de l'accord

La "société civile" (réduite ici aux grandes entreprises et leurs lobbyistes) et les fonctionnaires européens ont mené de discrètes négociations. Sur base de l'importante déclaration de 1990 qui affirmait la continuité stratégique du partenariat transatlantique, la Commission a soutenu dès 1995 le « Transatlantic Business Dialogue » qui a publié des recommandations, elles-mêmes soutenues et encouragées par les fonctionnaires de la Commission.

Cela a conduit à l'institutionnalisation en 2007 d'un Conseil (le *Conseil économique transatlantique*)² par Angela Merkel, Manuel Barroso et George Bush. Tout cela se fait dans une grande indifférence publique mais mobilise des centaines de lobbyistes et juristes, publics ou privés. Des groupes d'experts se sont constitués sur cette base. Ils ont réfléchi à une formule de « mandat » pour la Commission (sans être eux-mêmes directement mandatés par le pouvoir législatif). Tout cela sans implication autre qu'ornementale des syndicats, des ONG, du Parlement. Un groupe d'experts tout à fait officiel est mis en place en 2011, qui recommande l'ouverture de négociations. Au cours de plus d'une centaine de réunions, des *fonctionnaires et des représentants des entreprises* ont préparé l'agenda des futures négociations des *gouvernements*, entre janvier 2012 et avril 2013. Dans ces réunions, on ne trouve toujours pas de représentants d'autres dimensions de l'intérêt général (du monde du travail, du monde de la santé, du monde de l'écologie, ou de la culture).

Deuxième phase : la négociation de l'accord (2013-aujourd'hui)

En juin 2013, un mandat de négociation est officiellement approuvé par les États européens. Ce mandat s'appuie sur l'article 207 du Traité de l'UE qui permet de donner à la Commission la fonction de négociateur unique (agissant donc au nom de tous les États membres). Le contenu de ce mandat est tenu secret au motif qu'il s'agit de négociations diplomatiques internationales et que le respect du partenaire impose la discrétion. Les négociations officielles entre la Commission et les États-Unis commencent à ce moment. Elles n'ont pas encore abouti.

Ce secret de cette négociation a été critiqué. Des plaintes sont venues du monde des ONG et du Parlement européen. Mais il faut noter que les exécutifs nationaux sont, quant à eux, parfaitement au courant de l'implémentation du processus. Il n'y a pas de secret pour eux. Dans un dossier parallèle, une plainte devant la Cour de justice jugée en juillet 2014 a souligné l'absence de justification du secret pratiqué par la Commission. Même la médiatrice de l'UE a souligné l'absurdité de la situation. Ce n'est qu'en octobre 2014 que contrainte et forcée, la Commission s'est résolue à rendre public ce mandat qui avait déjà fuité sur internet.

Quatre commentaires

Ce processus en deux phases mérite quatre commentaires :

² cf. le site web : <http://www.state.gov/p/eur/rt/eu/tec/index.htm>

1. Nous assistons une fois de plus à prise de pouvoir de *l'exécutif* sur le législatif dans la gestion du processus de globalisation. Saskia Sassen (2006) a souligné ce trait tout à fait caractéristique de la globalisation en général. Grâce au jeu des délégations, les pouvoirs exécutifs se sentent de moins en moins obligés de mêler le pouvoir législatif aux prises de décision ; ils n'attendent plus des parlements que la ratification formelle. D'où l'installation d'une technocratie sans amarres.
2. L'immunité du processus à l'égard d'une véritable délibération publique est obtenue en *sectorialisant* les discussions relatives à ce Traité. Il faut remarquer que pendant les négociations TAFTA, d'autres processus sectoriels sont propulsés au sein de la Commission. Pensons par exemple à la « stratégie de Lisbonne » censée aboutir à une politique d'emploi et une politique sociale. Cette délibération-là se déroule dans son propre « secteur », avec des partenaires supposés adéquats : représentants d'ONG, d'États, de syndicats, d'experts en tous genres sous la forme de la « procédure ouverte de coordination ». Les représentants des multinationales ne sont pas particulièrement conviés à ces réflexions sur le « social ». Cette stratégie de sectorialisation permet d'évacuer des discussions les groupes indésirables tout en affichant les bonnes volontés de consultation et de délibération. On peut aussi remarquer que la stratégie de Lisbonne a officiellement échoué, alors que la stratégie TAFTA est en train d'aboutir. Hasard ? Nécessité ?
3. Le secret est rendu possible par l'argument de la « diplomatie ». Il est très piquant de constater que la construction européenne se justifie par la nécessité de démocratiser les rapports interétatiques mais que cette justification s'arrête au seuil de la négociation avec les USA. Dans ce domaine, la bonne vieille « discrétion diplomatique » reste officiellement de mise.
4. La troisième phase du processus n'a pas encore été entamée. Ce sera la phase de la ratification. L'espoir de la Commission est que les loyautés des parlements à l'égard des exécutifs joueront pleinement, en ce y compris la loyauté du Parlement européen à l'égard de la Commission. Le projet de Traité sera à prendre ou à laisser. Si la discipline de vote habituelle est respectée, il n'y aura aucun problème et le long processus de légitimation de la perte de pouvoir démocratique des États aura abouti. Ce serait, au sens strict du terme, un « historical achievement » puisqu'il ne s'agira de rien de moins que d'une modification radicale de l'équilibre des pouvoirs entre États démocratiques et entreprises, de même qu'une bifurcation de la trajectoire de la construction européenne.

2. Les contenus du Traité en gestation

Il est bien sûr difficile de commenter le contenu d'un Traité qui, officiellement, est encore en processus de négociation. Cependant, on peut croiser le contenu du mandat de négociation, désormais connu, les déclarations de la Commission autour de ce chantier (dont celles de Karel de Gucht) et le contenu du Traité CETA (liant l'UE et le Canada) dont le contenu détaillé est désormais public (depuis septembre 2014) pour avoir une idée relativement claire du contenu vers lequel s'acheminent les « experts » qui négocient.

On pourrait détailler ces mesures selon chaque domaine couvert. Cela serait très utile pour mesurer les impacts qu'il aura sur la vie quotidienne : les règles en matière d'écologie, de services publics, de culture, de médicaments, d'eau, de droits d'auteur, de transport, d'agriculture... vont

changer. Mais je n'ai pas le temps de procéder de la sorte. Je ne saurais trop recommander à cet égard la lecture du document très instructif établi par le *Canadian Center for Policy Alternatives* (2014). Vous y verrez que nos amis canadiens se posent exactement les mêmes questions que nous. Et leur analyse est très experte et très utile, pour nous aussi.

Mais le projet TAFTA est très remarquable car il traite de manière globale d'une série de domaines qui n'avaient, jusqu'à présent, été traitées qu'au cas par cas. Je me contenterai donc ici de quatre remarques transversales.

L'extension et les exceptions

Le propre du TAFTA est que son extension est extrêmement large. L'accord serait applicable à tous les produits et service sauf ceux mentionnés dans une liste, plutôt que l'inverse. Cette méthode de définition de l'extension du Traité rompt avec la méthode habituelle qui veut plutôt qu'un traité ne s'applique qu'aux domaines explicitement mentionnés. On peut y voir une trace du caractère très général, et en ce sens constitutionnel, des règles qu'il promeut.

Des exceptions sont prévues, dont notamment l'exception culturelle. Dans la négociation du CETA, on sait ce sont surtout les négociateurs canadiens qui ont insisté sur cette exception, quoiqu'il faille porter au crédit de la France un certain zèle à cet égard. Mais il convient d'être attentif, dans la lettre, à la définition de cette exception. Que nous apprend l'analyse du CETA effectuée par nos collègues canadiens (2014) ? Diverses choses très troublantes. D'abord, « quoique les négociateurs canadiens et européens sont tombés d'accord sur le principe (de l'exception culturelle), la documentation rendue publique montre que les négociateurs ne sont pas tombés d'accord sur l'étendue de l'exception culturelle et comment rencontrer les obligations du Canada et de l'UE en ce qui concerne la Convention de l'Unesco ». Cette dernière porte sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles de 2005, protégeant les identités et le droit des États à mener des politiques culturelles. Le désaccord UE/Canada se reflète dans des clauses très compliquées tout au long de l'accord. On s'aperçoit ainsi que pour l'Europe, l'exception culturelle ne concerne que l'audiovisuel, alors que pour le Canada, la compréhension est plus large et inclut toutes les industries culturelles, c'est-à-dire les livres, magazines, enregistrements audio, musique, radio-communications etc. Les Européens ont donc été globalement beaucoup moins soucieux de protection culturelle que les Canadiens. Du coup, la notion d'exception culturelle prévue par le CETA n'est pas la même des deux côtés de l'Atlantique. Outre cette asymétrie, on constate que l'exception culturelle ne s'applique pas également à tous les chapitres. Il y a des différences selon qu'on parle de régulation domestique, d'investissements, de subsides etc. Il n'y a donc pas d'exception culturelle générale !

Dans l'affaire, les Européens se sont montrés plus favorables que les Canadiens à la marchandisation de la culture. On n'ose pas imaginer ce qui va sortir d'une négociation entre Europe et Etats-Unis. Habermas a dénoncé la « colonisation de la culture » par la valeur monétaire. Mais Karel de Gucht n'a, manifestement, jamais lu la *Théorie de l'agir communicationnel*.

D'une manière générale, l'extension du Traité va aussi dépendre des définitions utilisées dans le texte. Qu'est-ce que, par exemple, un investisseur ? Par exemple, quand on lit le CETA, on comprend que l'investisseur visé par ses dispositions est celui qui « a fait », « fait », ou a l'« intention de faire » des investissements. On comprend qu'une telle définition assure d'emblée un très vaste champ de protection aux investisseurs ! Ces subtilités définitionnelles sont redoutables. Elles

donnent des armes aux bons avocats – bien présents sur le marché global du droit – pour contrer les politiques publiques.

Une harmonisation ou un abaissement des normes ?

Le Traité TAFTA a pour objectif officiel l'harmonisation des normes. On présente cette harmonisation comme un processus de concessions entre deux parties (les USA et l'UE) censées trouver l'une et l'autre des avantages réciproques aux prix de concessions également réciproques. Mais il n'en va pas ainsi en réalité car l'harmonisation des normes ne peut que conduire à un abaissement des normes européennes. Cet accord sera la victoire du moins-disant écologique, social et culturel.

Cette asymétrie structurelle de l'accord est due à l'immense différence culturelle existant entre le traitement du risque aux USA et en Europe. Prenons un exemple : la mise sur le marché d'un produit chimique. Aux États-Unis, l'Agence de régulation qui veut intervenir doit elle-même prouver le danger réel et avéré du produit. La simple précaution ne peut suffire. La mesure qu'elle propose doit être « proportionnelle », c'est-à-dire aussi restreinte que possible. En Europe par contre, en règle générale, la charge de la preuve de non-dangereusité repose au contraire sur l'opérateur privé qui met le produit en circulation. Une culture de la précaution prévaut. Il y a bien sûr des exceptions à ces schémas idéaux-typiques mais, d'une manière générale, la différence de culture du risque est tout à fait patente des deux côtés de l'Atlantique. Elle est très présente dans des domaines comme les OGM ou les médicaments. Elle renvoie à des histoires sociales très différentes, sédimentées dans des modèles d'État pratiquement incompatibles.

On doit rappeler aussi que les USA n'ont pas signé plusieurs des conventions de l'OIT, ni beaucoup d'accords internationaux sur l'environnement. Bref, le principe de la reconnaissance mutuelle/réciproque des normes va naturellement conduire à une harmonisation par le bas dans beaucoup de domaines.

On dira alors : mais qu'ont à gagner les Européens à de tels accords ? Pourquoi négocient-ils ? La réponse est que les États démocratiques n'ont certes rien à y gagner, puisque leurs marges de liberté vont se réduire. Mais les multinationales *européennes* ont, elles, tout à y gagner car elles veulent dépasser un autre adversaire que le régulateur étatsunien : les États démocratiques européens eux-mêmes, qui imposent un niveau de régulation trop élevé à leurs yeux. Elles se servent donc du canal ouvert par la Commission pour diminuer l'emprise des régulations *internes* à l'Europe.

L'effet de « framing » du TAFTA

Troisièmement, ce type de Traité produit un effet de "framing" : la rationalité dominante y est économique, les autres rationalités (droits de l'homme, travail, santé, environnement...) sont marginalisées (par exemple, le CETA contient un chapitre purement rhétorique en matière de droits du travail, sans mécanismes d'implémentation) ou tout simplement oubliées. Cet effet attendu du TAFTA est très important et participe de la stratégie globale de « sectorialisation » que j'ai déjà soulignée à propos des négociations.

Un problème qui se pose aux multinationales réside dans l'existence de textes législatifs émanant des États nationaux d'une part, des organisations internationales dédiées, d'autre part, qui portent sur les autres aspects de l'intérêt général. A l'échelon mondial, on peut penser à la

Convention des droits de l'homme, aux directives de l'Organisation internationale du travail, à celles de l'Organisation mondiale de la Santé, de l'Unesco, de l'Unicef etc. Par exemple, les multinationales cherchent à tout prix à éviter, au plan juridique, ce qu'on appelle l'« horizontalisation des droits de l'homme », soit la reconnaissance d'une responsabilité directe des opérateurs privés dans le respect des droits de l'homme (pensons à *Total* en Birmanie par exemple) car pour l'instant, seuls les États sont directement responsables des transgressions qui se produisent sur leurs territoires. Le danger du juge national n'est pas seulement qu'il applique un droit national, mais aussi le droit international comprenant des dispositions aussi « irrationnelles » que les droits de l'homme. Il est donc très important, pour les « agents rationnels » (Amartya Sen dirait : les « rational fools », c'est-à-dire ceux qui confondent rationalité et maximisation du profit) qui peuplent les *headquarters* de la mondialisation, de créer un régime juridique spécifique qui neutralise toutes ces sources de droit pour localiser l'essentiel de leurs activités dans un secteur « commerce » régi par des lois qui seraient supposées ne pas dépasser les frontières d'une législation « commerciale ».

Une nouvelle instance de création des normes

Enfin, il faut souligner que le privilège de l'exécutif technocratique se retrouve en toutes lettres dans les dispositions du Traité. Pourquoi ne pas instituer formellement ce que nous faisons, déjà, informellement ? On va donc créer une 'structure institutionnelle de suivi' (art. 43 du mandat) visant à la mise en œuvre du Traité. Dans ce comité de convergence, que trouvera-t-on ? On ne trouvera probablement que des fonctionnaires des agences européenne et américaine. On ne trouvera pas de représentants des ONG, pas de syndicats, pas d'acteurs politiques responsables devant des assemblées, pas de représentants de commissions parlementaires. Il suffira ici de souligner un point : un tel comité n'aura pourtant pas une mission strictement « exécutive ». Il s'agira, au sens strict du terme, d'une instance de création de normes, c'est-à-dire d'une instance législative. Le déficit démocratique va donc s'en trouver considérablement agrandi.

Nous savons que certains parlementaires rêvent de voir leurs pouvoirs diminués et s'apprêtent à voter pour un tel dispositif. Je ne puis rentrer dans l'explication de cette servitude volontaire qui affecte tant d'hommes politiques aujourd'hui en Europe. Elle nécessiterait une sociologie de l'élite postmoderne qui montrerait à quel point, désormais, les élites européennes sont divisées entre le pouvoir étatique et le pouvoir d'entreprise, et quels doutes elles entretiennent sur la pérennité du premier et les bénéfices qui lui sont liés. Cette analyse est devenue nécessaire pour comprendre pourquoi les élites européennes se comportent de manière si désinvolte quand il s'agit de définir les pouvoirs de l'État.

3. Le mécanisme de résolution des litiges entre investisseurs et États : une justice *offshore*

Un des buts du Traité TAFTA est de protéger l'investissement étranger. Un obstacle au déploiement du capitalisme international est en effet la menace de l'expropriation ou de la nationalisation des investissements par les États hôtes. Un autre obstacle est l'apparition de restrictions non anticipées des bénéfices des investissements suite à des mesures de régulation publique. Pour prévenir ces mauvaises surprises, il cherche donc à restreindre de manière permanente (non-sujette aux aléas des majorités politiques) le champ de l'action publique possible.

Dans ce sens, les USA et l'UE vont s'engager à protéger l'accès des investisseurs étrangers aux marchés internes, à ne pas discriminer les investisseurs étrangers par rapport aux investisseurs nationaux, et à fournir une grande protection des investissements eux-mêmes. Il s'agit donc de permettre la plus grande mobilité possible des capitaux dans le monde atlantique.

On a dit que la définition de l'investissement devient très élastique dans ce type de traité. L'élément vraiment nouveau (en Europe du moins) est le mécanisme judiciaire envisagé par le TAFTA pour régler les contentieux qui surgissent entre États et investisseurs étrangers. Il s'agit de l'ISDS (Investor/State Dispute Settlement) qui donne à un investisseur étranger le droit d'engager une procédure contre l'État « hôte » dont la (les) mesure(s) réglementaire(s) lui porterai(en)t préjudice selon les termes du Traité. Dans le dispositif prévu, le contentieux peut être porté devant un tribunal arbitral, en lieu et place du tribunal national (selon le choix du plaignant). Ces arbitres jugeront souverainement du cas qui leur est soumis et décideront, s'il le faut, d'une compensation financière due par l'État hôte en cas de violation des clauses du Traité.

Que désigne un « tribunal d'arbitrage » ? Un tribunal d'arbitrage est un dispositif de justice privée, qui trouve originellement sa base dans les contrats. En effet, des parties contractantes à un accord commercial peuvent convenir de soumettre les litiges qui surviendraient au cours de l'exécution du contrat non à des juges, mais à des arbitres. Ces arbitres sont des personnes privées choisies de commun accord par elles. Ils ont donc la confiance de ces parties qui s'engagent à respecter leur décision. Un dispositif d'arbitrage peut être composé d'un ou de plusieurs arbitres. Les tribunaux qui incluent trois arbitres sont monnaie courante (par exemple : un arbitre choisi par chaque partie, et un troisième choisi de commun accord). L'arbitrage est une procédure qui n'est pas obligatoirement publique ; la base légale de la décision ne doit pas être explicitée (comme dans le cas d'une juridiction de droit public). La décision ne vaut que pour le cas qui est jugé. Elle ne s'appuie, en principe, sur aucune jurisprudence (les arbitres ne sont pas tenus par des décisions arbitrales antérieures), même s'il est vrai que des compilations de décisions existent qui peuvent constituer une source d'inspiration. Cela n'implique pas que l'arbitrage soit synonyme d'arbitraire : l'arbitre est censé juger en équité sur base de principes de droit reconnus et partagés.

Cette pratique est très courante en droit commercial et n'a pas attendu la globalisation actuelle pour être mise en œuvre. Cependant, il est vrai que l'arbitrage connaît depuis vingt ans un extraordinaire élan au plan international. Les contentieux internationaux sont de plus en plus nombreux, et du coup les conflits de normes apparaissent insolubles. On a donc besoin de « règles tertiaires » pour régler les différends ; en l'absence de législation supra-nationale, l'arbitrage constitue une ressource commode. Cet arbitrage international s'est constitué dans le champ de la *lex mercatoria*, c'est-à-dire une légalité non étatique qui se fonde sur la pratique et sur la « coutume » (je mets le mot entre guillemets car l'innovation est désormais très grande dans ce domaine) (Maniruzzaman, 1999). On peut parler en ce domaine d'un « régime juridique transnational privé », comme le font Günther Teubner et A. Fisher-Lescano (2003-2004). D'un point de vue sociologique, il faut remarquer que ce champ est aussi un champ professionnel. Les arbitres internationaux sont issus des grandes « Law Firms » prestigieuses, situées à Vancouver, Genève, Paris, Londres, New York ... Dans leurs travaux, Yves Dezalay et Bryan Garth (1996) ont rendu compte des règles très particulières de ce « petit monde » transnational, très lié aux entreprises privées, qui invente au quotidien un droit global dés-étatisé. Ce droit global est d'inspiration de droit privé plutôt que public. Certaines infrastructures d'arbitrage sont d'ores et déjà disponibles, comme le célèbre *International*

Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID), lié à la Banque mondiale, le *Centre d'arbitrage international de Hong Kong* ou la *Chambre internationale du Commerce (ICC)*, des institutions très importantes dans le jeu global qui se met en place.

L'ISDS est un cas très particulier d'arbitrage. Il faut remarquer que ce système concerne le contentieux entre investisseur et État, et non, comme l'arbitrage commercial classique, entre deux personnes privées, physiques ou morales (les entreprises). En plus, il trouve son origine dans un traité international, et non pas dans un contrat de droit privé, ce qui lui donne une immense portée. L'ISDS se distingue aussi du SSDS (State/State Dispute Settlement), un autre dispositif d'arbitrage qui concerne les contentieux entre États au niveau international, par exemple concernant le traitement de ressortissants nationaux par l'État hôte.

L'ISDS est déjà très utilisé dans le cadre des Traités bilatéraux unissant deux États. De nombreux pays européens ont ainsi signé des centaines de *Bilateral Investment Treaties* avec des partenaires de libre-échange partout dans le monde. On compte plusieurs milliers d'accords de ce type actuellement au plan planétaire (j'ai lu, mais pas vérifié, le chiffre de 2750 Traités de ce type). Mais le système a surtout connu son heure de gloire lors de son introduction dans le Traité NAFTA (Aléna en français) liant trois pays : les USA, le Canada, le Mexique. Il s'agit du célèbre chapitre 11 du NAFTA. Ce chapitre était originellement destiné non pas aux USA et au Canada, qui protègent légalement les investisseurs (certains juristes soulignent ainsi que cette protection est redondante par rapport aux Constitutions nationales existantes dans ces deux pays), mais au Mexique, dont on redoutait, à Washington et Ottawa, les mesures réglementaires. L'instabilité de l'Amérique centrale est notoire, surtout suite aux pratiques des multinationales qui y font de terribles dégâts sociaux et écologiques, invitant à la riposte publique. Cependant, dans les faits, les investisseurs ont fait usage aussi de l'ISDS contre le Canada ou les USA. Cela n'était pas vraiment dans les intentions des négociateurs du Nafta ! Certains cas sont devenus célèbres, notamment en Californie ou au Québec. On constate à l'expérience que le recours à l'ISDS est de plus en plus fréquent, que ce soit dans le cadre des BITs ou du Nafta, autant en Occident que dans les pays en développement. Cela occasionne de très lourdes amendes pour les États incriminés.

Les critiques de l'ISDS sont extrêmement nombreuses. Avant de voter ce chapitre, les parlementaires européens devraient s'informer des constats amers déjà enregistrés à ce propos en Amérique du Nord. Parmi les arguments majeurs avancés contre le dispositif, je me contenterai d'en évoquer sommairement quatre.

1. Les tribunaux arbitraux privés sont amenés à débattre de la proportionnalité, la prévisibilité, la justification, les effets, de politiques publiques. Mais des tribunaux arbitraux sont-elles des enceintes adéquates pour traiter de *questions publiques* ? Ne doit-on pas mieux réfléchir à la désignation des juges et la nature des sources de droit dans ces situations ?

Par exemple, le Québec a été attaqué par des investisseurs en raison des mesures de réglementation concernant l'exploitation du gaz de schiste. Le tribunal arbitral sollicité ne peut pas abolir la réglementation publique (cela sort de ses compétences), mais il pourrait condamner le Québec à des compensations importantes. On comprend que la liberté du législateur en souffre. L'anticipation de ces pénalités peut avoir un effet très pervers sur la prise en compte de l'intérêt général. S'ils redoutent le versement des compensations, les gouvernements (surtout les moins dotés, à l'échelon local par exemple) peuvent retarder, ou renoncer à, des mesures réglementaires nécessaires pour la

protection de leurs populations. Le Québec pourrait être dissuadé de réguler l'exploitation des gaz de schiste alors que les effets sur le paysage, l'environnement, la santé, sont extrêmement lourds. La restriction des domaines de l'action publique qui naît de ce genre de dispositifs mine donc la souveraineté de l'État sur son territoire. Elle met sur un pied d'égalité, en quelque sorte, les pouvoirs privés et les pouvoirs publics. Du coup, ceux-ci sont obligés de négocier. Cette symétrisation État/entreprise fait-elle partie de notre conception européenne de l'État ?

2. Une discrimination nouvelle est introduite par ces tribunaux d'arbitrage, au prétexte d'égaliser les droits des investisseurs nationaux et des investisseurs étrangers. En effet, il faut remarquer que l'investisseur étranger qui s'estime lésé aura un accès non pas à un seul forum judiciaire, mais à deux lieux de résolution du conflit : soit le tribunal national, soit le tribunal arbitral. Il pourra choisir en fonction de son intérêt. En revanche, l'investisseur national a, quant à lui, accès à un seul tribunal (national). Il y a là une évidente discrimination, qui s'exerce cette fois au détriment des nationaux (cf. Atik, 2003 : 227-228).

3. La tendance au secret de la procédure arbitrale est hautement problématique. On sait que la *publicité* des procédures est un acquis historique fondamental de nos démocraties. Les procédures secrètes, telles qu'elles furent pratiquées par l'Inquisition, ont laissé de très sombres souvenirs en Europe. Il en va de même de la *justification publique* des décisions de justice. Un juge doit rendre compte de ses raisons : cela participe de la prévisibilité du droit mais aussi du contrôle du juge lui-même. Une « *judicial review* » des décisions de justice est constitutive d'un droit démocratique. Le *droit de faire appel* d'une décision de justice est un droit fondamental.

Ni la publicité, ni la justification, ni l'appel ne sont, en principe, *exclus* par un système d'arbitrage. Mais l'application de ces principes n'est pas *requise* de manière formelle. Un régime transnational de l'arbitrage est certes en voie de constitution (ICSID et organismes professionnels, notamment) qui assure progressivement le respect de certains principes de procédure judiciaire. Cependant, cette institutionnalisation se réalise dans le monde clos des professionnels du droit privé, et non de manière démocratique. Il ne faut donc pas s'étonner que ni la publicité, ni la justification, ni l'appel ne soient très largement pratiqués dans ce régime.

4. Le doute jeté sur les institutions judiciaires nationales (et européennes) est injustifié. Rappelons que l'ISDS est un mécanisme qui a été conçu dans le cadre de la relation commerciale entre l'occident et les pays en développement. Les occidentaux se méfient du système judiciaire de ces pays. Les systèmes domestiques leur paraissent corrompus, ou trop nationalistes, ou en tout cas politisés. Dans les instances des multinationales, on pense qu'on ne peut leur confier la protection juridique des investissements étrangers. En conséquence, le dispositif alternatif de l'ISDS a été mis en place, avec le « consentement » des pays hôtes. Il y a peut-être du bon sens à mettre en place une telle procédure dans certains cas. Mais on doit se demander si elle de mise dans le cas de sociétés démocratiques très avancées comme celles qui composent l'Union. En Europe, les juges sont indépendants, des contrôles de constitutionnalité sont régulièrement pratiqués, le droit de propriété est protégé par le juge. Les juges nationaux interviennent quotidiennement dans des conflits opposants des personnes privées (morale et physique) et l'État.

Pourquoi jeter la suspicion sur le système judiciaire européen ? S'il y a des arguments qui justifient une réforme structurelle du système judiciaire commercial en Europe compte tenu de la globalisation, ils doivent être examinés par le Parlement à travers des consultations *ad hoc*. Une

réflexion de fond, sérieuse, pourrait être mise en chantier. L'Europe ne manque pas de bons juristes. Des propositions de réforme pourraient en découler, qui renforceraient l'ordre juridique européen.

Dans la situation actuelle, on ne peut manquer de trouver surprenant que la Commission, dont l'objectif doit être de renforcer la démocratie européenne, se jette si légèrement dans un processus de décrédibilisation de ses propres institutions judiciaires.

Les objections à l'ISDS sont donc nombreuses. Il ressort des débats actuels que ce dispositif est le maillon faible du TAFTA. A ce sujet, la Commission de Jean-Claude Juncker souffle le chaud et le froid, mais fait déjà montre de souplesse. Il est possible que l'abandon de ce chapitre sera, au bout du processus de ratification, la magnanime concession de la Commission européenne aux opposants au Traité, si du moins les USA le permettent. Les entreprises multinationales présentes à la table de négociation le prendraient mal (vu la perte de revenu et de pouvoir que cela représenterait pour elles), mais de cette manière le monde politique sauverait la face. Cependant, il faut souligner que même si le chapitre ISDS disparaissait du Traité, toutes les autres dispositions resteraient en place et seraient d'application dans les juridictions nationales. Au bout du compte, la concession ne serait pas tellement importante. La limitation des pouvoirs publics (à tous niveaux : Europe, nation, régional, municipal) resterait au programme de l'Europe du XXIème siècle, et c'est cela qui compte aux yeux des partisans de l'accord.

4. Le projet européen est-il soluble dans l'Atlantique ?

Le projet TAFTA n'est pas rien qu'un traité de type quasi-constitutionnel. Il présente aussi une face politique. Il annonce un nouvel agenda pour l'Europe. Il s'agit d'un tournant historique dans le projet de construction européenne. Ce tournant se mesure si on prend en compte deux questions, entremêlées : la question de l'élargissement ; la question du débat entre marché unique et État européen.

L'élargissement permanent

Le premier point concerne le processus d'élargissement de l'Union. Depuis la chute du mur, l'Union s'est engagée, sous les applaudissements américains, dans un processus d'élargissement qui n'est pas encore arrivé à son terme (mais y en a-t-il un ?). Elle a engagé un immense chantier de négociations conduisant à des adhésions : les pays d'Europe centrale d'abord, et puis les pays d'Europe orientale. A présent, de nouvelles adhésions sont à l'agenda, qui vont nous occuper pendant une vingtaine d'années : l'Albanie, la Macédoine, le Monténégro, l'Islande, la Serbie sont candidats à l'Union. Le cas de la Turquie est particulièrement épineux, comme on le sait. D'autres élargissements sont possibles, comme la Bosnie, ou l'Ukraine, bien sûr, pourquoi pas l'Ukraine ? Ces adhésions ont un double effet : elles retardent la possibilité de stabiliser un ensemble politique cohérent, aux frontières définies. Et elles ajoutent, à chaque nouvelle négociation, un obstacle de plus à la constitution d'une volonté politique commune. Nous savons bien que les nouveaux entrants sont très différents des fondateurs, et les efforts d'harmonisation normative toujours plus ardu. En engageant des négociations d'adhésion plutôt que des discussions bilatérales d'association, les

autorités européennes compliquent et repoussent aux calendes grecques la constitution de l'Europe politiquement unifiée.

Mais cette complexité ne semble pas suffire à certains. Voilà que la Commission s'engage dans un processus d'élargissement nouveau, vers l'Ouest cette fois. Les Etats-Unis ne sont pas du tout un pays européen. Ils sont plus puissants que l'Union, sur le plan politique et sur le plan monétaire. Ils constituent une entité politique accomplie, et non en devenir, beaucoup plus intégrée que l'UE. Avec le TAFTA, l'Union se donnerait pour mission d'harmoniser ses normes de marché avec ce partenaire qui n'a pas besoin d'elle. Elle se déclarerait prête à céder le pouvoir à des institutions de convergence judiciaire (ISDS) et législative (le « comité de convergence ») qui vont empiéter directement sur ses propres institutions. On ne parle pas (encore ?) de marché unique transatlantique mais on ne voit vraiment pas ce qui pourrait y faire obstacle si le TAFTA venait à être implémenté. La dollarisation de l'Europe serait-elle à l'horizon ? Dans quinze ou vingt ans, si le projet Tafta est avalisé, ce ne serait plus de la politique-fiction.

Mais ne pourrait-on pas, pour constituer une Europe forte qui protège ses citoyens, fixer une frontière et ne pas tomber dans le piège du décentrement permanent ? Ne devrait-on pas à présent affermir l'acquis européen, constituer une entité politique plus homogène (au plan fiscal, macro-économique, budgétaire, social, écologique) et surtout ne pas nous perdre dans d'improbables convergences avec un allié américain si rétif à l'idée même de régulation ? Accepter d'être un État européen aux frontières stables et reconnues, prêt à nouer des partenariats solides avec le reste du monde mais non à se dissoudre dans des arrimages incontrôlables ? Une autre politique est possible. Elle n'attend qu'une chose pour se réaliser : la volonté éclairée des dirigeants européens.

Marché ou État européen ?

Cette première question sur la stratégie de construction politique de l'Union renvoie à une deuxième question. Le projet d'union européenne est depuis son origine traversé par une ambiguïté constitutive. D'un côté, l'union de l'Europe est un projet économique qui vise à construire un grand marché. Il s'agit d'un objectif ambitieux qui concerne tous les types de marchés : des produits, du travail, des capitaux. D'un autre côté, l'union européenne est un projet politique qui vise à construire un État européen supranational. Cet État européen suppose un pouvoir législatif, un pouvoir exécutif, un pouvoir judiciaire. Il doit représenter une puissance de niveau mondial garantissant le maintien d'une civilisation européenne dont la différence avec les autres civilisations est reconnue. Cet État serait un État social (compromis de classes, dialogue social, protection sociale généreuse) et multiculturel (reconnaissance réciproque des cultures, multilinguisme).

Le projet de marché et celui d'État sont partiellement convergents, et aussi partiellement contradictoires. Dans cette tension propre à la construction européenne, le projet TAFTA réactualise le projet de marché au détriment du projet d'État. Il semble même resserrer la construction européenne autour d'un projet d'*affaiblissement* de l'État qui a toujours caractérisé la perception américaine de la construction européenne post-1945. Le marché a sans nul doute permis l'érosion des nationalismes destructeurs qui furent à l'origine de deux guerres atroces. Il fut donc, après 1945, dans l'intérêt des Européens de s'appuyer sur lui pour faire émerger une autre réalité politique. Mais cette fois, on peut douter de l'intérêt des Européens à marcher dans cette direction avec les États-Unis.

En rassemblant ses 28 États-membres, l'Europe constitue désormais un immense marché intérieur (500 millions de consommateurs) qui représente presque le double de celui des États-Unis. Pourquoi ne pas s'arrêter en ce point, et protéger et équiper activement cet ensemble économique, déjà très performant ? Le libre-échange a été bon pour la constitution du marché intérieur ; il cesse de l'être en-dehors des frontières de l'Union. L'élargissement du marché aux États-Unis, doublé de concessions politiques, risque bien d'ouvrir un jeu nouveau où l'Europe sera perdante. Il faut remarquer que le taux de croissance escomptée par les défenseurs du TAFTA est très faible : ils annoncent 0,5 % de croissance (et encore, Karel de Gucht a dit au Parlement européen, avec la brutale candeur qui le caractérise, que ce chiffre, qui apparaît dans certains documents de la Commission, ne reposait sur rien). On sait que les profits de ces 0,5 % de croissance seront très *inégalement* répartis. Les profits des grands opérateurs transatlantiques ne font pas de doute. Mais qu'en est-il des petites et moyennes entreprises ? De l'agriculture biologique ? Des services publics ? De l'économie sociale ? Les secteurs les plus créateurs d'emplois seront-ils favorisés, ou bien sont-ce ceux qui détruisent les emplois qui vont en bénéficier ? Le coût (perte de pouvoir politique sur nos destinées) risque bien, dans dix ans, d'apparaître exorbitant par rapport à la maigreur et la disparité des bénéfices économiques obtenus de ce côté-ci de l'Atlantique.

Une évidente alliance avec les États-Unis s'impose dans le monde qui est le nôtre. Mais il existe d'autres manières de construire ce partenariat que cette voie douteuse qui risque bien, si on l'emprunte, d'enterrer le projet d'une Europe politique forte, socialement intégrée, écologiquement responsable.

Bibliographie

- Aglietta, Michel, and André Orléan, eds. *La monnaie souveraine*. Paris: Odile Jacob, 1998.
- Canadian Center for Policy Alternatives. "Making Sense of the Ceta. An Analysis of the Final Text of the Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement ", 2014.
- Atik, Jeffery. "Repenser Nafta Chapter 11: A Catalogue of Legitimacy Critiques." *Asper Rev. Int'l Bus. & Trade L.* 3 (2003).
- Dezalay, Yves, and Bryant G. Garth. *Dealing in Virtue. International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*. Chicago, London: the University of Chicago Press, 1996.
- Fisher-Lescano, Andreas, and Günther Teubner. "Regime-Collisions : The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law." *Michigan Journal of International Law* 25 (2003-2004): 999-1046.
- Freitag, Michel et Pineault, Eric, eds. *Le monde enchaîné. Perspectives sur l'AMI et le capitalisme globalisé*. Québec : Nota bene (coll. Essais critiques), 1999.
- Hart, Herbert Lionel Adolphus. *Le concept de droit*. Traduit par Michel van de Kerchove. Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976.
- Maniruzzaman, F.M. "The Lex Mercatoria and International Contracts : A Challenge for International Commercial Arbitration? ." *American University International Law Review* 14 (1999): 657-.
- Sassen, Saskia. *Critique de l'État. Territoires, Autorités et Droits, de l'époque médiévale à nos Jours*. Traduit par Fortunato Israël. Paris: Demopolis, Le Monde diplomatique, 2006.
- Weber, Max. *Economie et société. Tomes I et 2*. Paris: Pocket (Agora), 2003.