

POURQUOI IL FAUT SAUVER LE TPPA (TRANS-PACIFIC PARTNERSHIP AGREEMENT)

Le retrait annoncé des États-Unis de l'Accord de Partenariat Transpacifique ("TPPA" ou "Traité") a été largement commenté dans les médias français et généralement occidentaux du point de vue américain. Mais le Traité est aussi un instrument de développement pour les pays d'Asie Pacifique !

Par son origine tout d'abord, puisque trois des quatre membres fondateurs en 2006 appartenaient à cette Région (Brunei, Nouvelle Zélande et Singapour), que le premier round de négociations s'est déroulé à Melbourne en 2010, que la signature de l'accord le 4 février a eu lieu à Auckland, qui est aussi le dépositaire des instruments de ratification, et que la Malaisie a été le premier pays signataire à ratifier la convention en janvier 2016.

La liste des signataires n'est pas moins significative, puisque sept des douze signataires (nombre qui serait réduit à onze) proviennent d'Asie Pacifique, de même que les trois pays (Indonésie, les Philippines et la Corée du Sud) ayant officiellement exprimé leur intérêt à rejoindre le groupe des signataires d'un traité conçu comme étant évolutif et ouvert à toutes les bonnes volontés .

Or, du point de vue des pays d'Asie Pacifique, ce traité de nouvelle génération revêt une importance capitale et laisse une grande latitude aux États pour protéger leurs intérêts nationaux.

1. Le TPPA est beaucoup plus qu'un accord de libre échange

1.1. Le TPPA s'est développé en parallèle du RCEP (Regional Comprehensive Economic Partnership), porté par la Chine et qui inclut l'ASEAN, l'Australie, l'Inde, le Japon, la Nouvelle Zélande et la Corée du Sud.

Si cela a été possible, et si le RCEP est désormais présenté comme une solution de remplacement pour les pays d'Asie Pacifique au TPPA, c'est parce que les champs d'application des deux traités ne coïncident pas mais se complètent, celui du TPPA étant considérablement plus large par nature.

C'est d'ailleurs pourquoi les USA ont refusé de rejoindre le RCEP, comme ils l'auraient pu, car ils considéraient qu'ils n'allait pas assez loin en ce qui concerne l'agriculture, les services, l'investissement et les droits de propriété intellectuelle.

Le TPPA énonce expressément le principe de sa coexistence avec les autres engagements internationaux des États signataires, bilatéraux ou multilatéraux, y compris l'Organisation Mondiale du Commerce.

1.2. Le TPPA a pour vocation et pour contenu d'être plus qu'un simple accord de libre échange.

Le TPPA a été décrit comme le premier d'une nouvelle génération d'accords de libre échange et même qualifié par la Banque Mondiale d'accord commercial régional "le plus large, le plus divers et le plus approfondi de tous les temps" parce que son objet va au delà de l'élimination complète des droits de douane et des quotas, son but ultime.

1.3. La (très) grande originalité du TPPA est qu'il impose une "trade discipline", une obligation de rapprochement des normes juridiques internes dans des domaines qui peuvent être cruciaux comme la santé, la sécurité des aliments, le droit du travail et l'environnement.

Cet aspect, limitant la souveraineté des Etats, est à l'origine des controverses entourant le TPPA dans certains pays (Canada, Nouvelle Zélande, Malaisie...) où des groupes d'opinion en craignent les effets pour certains produits (produits agricoles et laitiers, automobiles, textiles et habillement), la propriété intellectuelle, l'environnement, les droits des employés, les entreprises publiques, la résolution des différends entre investisseurs et Etats, et l'accès aux marchés publics.

1.4. Le TPPA couvre à la fois des aspects "traditionnels" d'un accord de libre échange et des aspects novateurs.

Un classement a, par exemple, été effectué par le MITI malaisien, qui range parmi les domaines "traditionnels" l'accès marché, les barrières non tarifaires, les mesures sanitaires et phytosanitaires, les règles d'origine, l'application des réglementations douanières, la réglementation des investissements, les services et les aspects juridiques et institutionnels.

Appartiennent en revanche à la catégorie des domaines novateurs et qui jusqu'au TPPA n'étaient pas couverts par les accords de libre échange: les marchés publics, les règles de concurrence, la propriété intellectuelle, le droit du travail, le droit de l'environnement ainsi qu'une approche horizontale par industries.

2. Un traité en réalité "sur mesure" et respectueux des intérêts des Etats

Le TPPA est un traité moins rigide qu'on ne le dit et qui permet bien des accommodements.

2.1. Accès marché

L'engagement de principe consiste en l'élimination de la plupart, sinon de tous, les droits de douane et quotas pour les produits manufacturés et les produits agricoles.

En pratique toutefois, alors que certains droits de douane seront éliminés immédiatement, un délai de grâce pourra être accordé à certains autres pour une période allant jusqu'à 30 ans. Quant aux produits de l'agriculture, il est d'ores et déjà convenu dans le TPPA que les droits de douane et quotas pourront demeurer indéfiniment pour les produits "les plus sensibles".

Par exemple, la Malaisie a demandé et obtenu un calendrier d'abolition des droits de douane s'échelonnant de l'effet immédiat jusqu'à 3, 6, 8, 11 et 16 ans selon les catégories de produits.

S'agissant des quotas, la Malaisie a négocié une pérennité de quotas en volume pour des produits sensibles comme les carcasses de porc et le lait liquide, mais a fait preuve d'une exemplaire flexibilité en accordant la levée des droits de douane pour des produits tels que les poussins, les oeufs, la viande de porc.

2..2 Marchés publics

Le principe posé par le TPPA est celui d'une "discipline" visant à assurer une égalité de traitement entre sociétés locales et étrangères, au dessus d'un certain plancher.

Les Etats contractants doivent procéder à des appels d'offre ouverts, non discriminatoires, et conformes aux normes internationales, et les offres doivent être évaluées sur la base de règles claires et transparentes comportant un mécanisme d'appel des décisions.

L'avancée est donc considérable puisque des pays asiatiques, parmi lesquels la Malaisie, devraient si le Traité entre en vigueur modifier leur législation nationale pour se mettre en conformité avec leurs engagements.

L'analyse US elle-même est que ce chapitre du Traité doit bénéficier avant tout aux industries des États-Unis, en leur facilitant l'accès à des économies en développement où les investissements publics dans les infrastructures sont importants.

2.3. Entreprises publiques

Ce chapitre interdit de mettre une société privée de n'importe quel Etat signataire en position concurrentielle défavorable par rapport à des entreprises publiques bénéficiant d'un traitement préférentiel.

À cette fin, "entreprise publique" signifie une société exerçant une activité de nature industrielle ou commerciale dont l'Etat détient plus de 50% du capital ou nomme une majorité du conseil d'administration ou équivalent.

Le Traité impose la transparence des décisions d'achat et de vente par et au profit de ces entreprises, interdit toute assistance non commerciale à celle-ci et exige l'impartialité des autorités publiques.

Or, de telles entreprises sont beaucoup plus caractéristiques des économies de pays asiatiques comme Brunei, le Japon, la Malaisie, Singapour et le Vietnam que d'économies de mode occidental comme l'Australie, la Nouvelle Zélande, le Canada... et bien entendu les États-Unis.

2.4. Réglementation du travail et de l'environnement

La question de la réglementation du travail est encore plus révélatrice. Le principe est que les États signataires doivent adopter et appliquer des lois internes conformes aux principes internationaux concernant le travail ainsi que certains accords internationaux sur l'environnement. Ces mêmes États doivent appliquer (en positif ou en négatif) leurs lois sur le travail et l'environnement de façon neutre, sans les utiliser pour encourager ou décourager le commerce et l'investissement.

S'agissant des lois sur le travail, la position des Etats-Unis hostile au TPPA est difficilement compréhensible, puisque le Traité prévoit que les États doivent adopter et conserver des lois conformes aux principes édictés par ILO (International Labor Organization), une organisation largement sous influence américaine.

En imposant des standards minimums, le Traité aurait pour effet de réduire la concurrence déloyale supposée des pays tolérant l'exploitation d'une main d'oeuvre à bas coût, pas de l'accroître !

Le Traité est d'autant moins niveleur des conditions sociales que sous la pression de AFL-CIO, le plus important syndicat US qui accusait quatre pays (Brunei, la Malaisie, le Mexique et le Vietnam) de non conformité avec ces principes, et plus spécialement la Malaisie de travail forcé et de traite d'êtres humains, le gouvernement américain a imposé des accords spécifiques avec ces États. Avec la Malaisie par exemple, a été conclu le "Malaysia - United States Labour Consistency Plan" qui prévoit des changements de la législation malaisienne concernant les syndicats, le travail forcé, le travail des enfants, la discrimination dans l'emploi et l'application effective des lois du travail.

En matière environnementale, le Traité n'a pas vocation à se substituer à un quelconque accord international auquel les États signataires pourraient être parties. Il se résume à une interdiction du commerce illégal de la flore et de la faune, des subventions aux fermes piscicoles "les plus polluantes" et à un engagement général de privilégier une utilisation durable de la biodiversité, ainsi que des fermes piscicoles.

2.5. Produits agricoles

En matière de produits issus de l'agriculture, les dispositions du Traité se déclinent pays par pays, mais en tout état de cause les analystes s'accordent pour considérer que l'effet le plus spectaculaire du TPPA consistera à diminuer les obstacles érigés par le Japon contre les importations alimentaires, ce qui se fera au principal bénéfice des agriculteurs américains.

D'autres pays devront aussi s'ouvrir plus à des produits essentiellement fabriqués par les multinationales américaines, comme en Malaisie avec effet immédiat les produits à base de sucre, et au terme d'une période transitoire de 16 ans les produits dérivés du tabac.

2.6. E-commerce

Le commerce digital / E-commerce dans lequel les États-Unis occupent une position de pointe devrait également bénéficier du Traité, qui énonce le principe d'interdiction des blocages de transmissions de données au dessus des frontières par usage de l'internet.

2.7. Douanes

Quant au chapitre sur les formalités douanières dont le principe est la facilitation des mouvements de biens et services au passage des frontières, il ne pénalise a priori aucun des États signataires. Il se distingue à nouveau des accords de libre échange de type traditionnel qui ne se préoccupent que des taux de droit d'importation et des quotas, en ce qu'il implique une réforme des mécanismes d'admission des produits en provenance d'un autre État.

Les engagements des États signataires portent sur une libération rapide et efficace des marchandises, le régime accéléré des livraisons exprès, le traitement électronique de la documentation douanière et la mise en oeuvre d'inspections reposant sur le principe de risk-management plutôt que d'inspection intégrale.

2.8. Différends privé / public

Demeure le chapitre controversé concernant le règlement par arbitrage des différends entre entreprises privées et États. Le système prévu par le Traité permet l'indemnisation d'un investisseur dans le cas d'expropriation par les autorités d'un autre État.

Rien d'exceptionnel ni de nouveau, si ce n'est que la définition comprend les cas d'expropriation non seulement directe mais également indirecte, et que cette dernière résulte d'une appréciation:

- de l'impact économique d'une action étatique (critère non suffisant toutefois);
- d'une interférence avec le retour attendu sur un investissement raisonnable clairement identifié; et
- de la nature de l'action étatique.

À défaut d'exemples concernant l'application de cette procédure sous le régime du TPPA, une référence utile est la sentence arbitrale rendue le 17 décembre 2015 par la Cour Permanente d'Arbitrage de La Haye répondant à une demande présentée par Philip Morris Asia Limited contre l'Etat australien ("Commonwealth of Australia") sur le fondement du traité sur la promotion et la protection des investissements conclu entre Hong Kong et l'Australie en 1993. Philips Morris considérait que la loi Tobacco Plain Packaging Act 2011 et son règlement d'application Tobacco Plain Packaging Regulations 2011 imposant "l'emballage neutre" résultait en une dépossession de sa propriété intellectuelle constitutive d'une atteinte à son investissement en Australie. La Cour de La Haye n'a pas tranché sur le fond, se déclarant incompétente au motif qu'une restructuration au sein du groupe Philip Morris avait pour objectif principal sinon unique de bénéficier des dispositions du traité et constituait un abus de droit.

L'intérêt de cet arrêt, toutefois, est de montrer à quoi pourrait ressembler une demande d'indemnisation pour "expropriation indirecte" au titre du TPPA devant le tribunal arbitral constitué sous le chapitre ISDS (Investor-State Dispute Settlement) du TPPA. Sur ce point, l'effet du TPPA demeure une inconnue, mais le consensus des commentateurs et des opposants au Traité est que cette procédure d'arbitrage bénéficiera surtout...aux multinationales américaines.

3. Un exemple de négociation en Asie Pacifique

3.1. Les possibilités d'exemption offertes par le TPPA

Une adhésion au TPPA n'implique pas nécessairement un renoncement à toutes mesures protectrices de son économie nationale et des intérêts particuliers de certains groupe sociaux considérés à tort ou à raison comme plus vulnérables.

Il est possible aux signataires, et ils ne s'en sont pas privés durant le cours des négociations, d'aménager les effets du TPPA, soit en minimisant les engagements (watered-down commitments) soit en demandant une extension du délai de mise en conformité (longer transition time for implementation) soit en prononçant une exemption partielle via les "Non-Conforming Lists" soit enfin par une exclusion pure et simple (absolute carve-outs).

3.2. L'exemple de la Malaisie

Ce pays dont il est tout de même difficile de croire qu'il disposait durant la phase préparatoire du TPPA d'un pouvoir de négociation supérieur à celui des États-Unis d'Amérique, a pu obtenir des exemptions (et être néanmoins accepté comme membre à part entière du TPPA) concernant des domaines aussi divers que le traitement national (articles 10.3 et 9.4), la présence locale (article 10.6), l'accès marché (article 10.5), la composition du conseil d'administration ou autre organe social ultime de décision (article 9.10), l'interdiction des obligations de performance locale (article 9.9), la clause de la nation la plus favorisée (articles 10.4, 9.5), l'accès marché pour les institutions financières (article 11.5), le commerce transnational (article 11.6), et le traitement non discriminatoire et l'absence d'assistance commerciale en vue de la protection des intérêts Bumiputra.

Sur la base de ces exemptions négociées et obtenues par la Malaisie, une longue liste de concessions a été obtenue. Celles-ci vont de l'industrie (participation étrangère maximum de 49% pour la construction et assemblage automobile sauf exceptions comme les véhicules de luxe, hybrides et électriques), des secteurs entiers comme les télécommunications, ou plus anecdotiquement l'interdiction faite aux navires de pêche étrangers de charger ou décharger du poisson. Mais la liste ne se limite pas là, avec le refus d'accès aux étrangers des fonctions de guide touristique, d'instituteur et professeur pour l'enseignement du curriculum malaisien ou religieux, de membre des professions médicales, d'agent en douane, de gérant de supermarchés, mini markets et bureaux de presse...etc.

Les services financiers font l'objet d'un découpage complexe entre ce qui est ouvert à la concurrence et ce que la Malaisie réserve à ses citoyens et/ou résidents et résidents permanents.

Surtout, la Malaisie a obtenu une dérogation d'ensemble en vue de la protection d'un groupe particulier celui des Bumiputras. Les Bumiputras ou Bumiputeras sont les habitants autochtones composés des Malais et d'autres groupes plus restreints comme les Orang Asli.

Dans son instrument d'accession, la Malaisie a inséré une clause l'autorisant expressément à adopter ou conserver toutes mesures destinées à fournir assistance aux Bumiputras via la création de licences ou permis, dès lors que ces mesures n'affectent pas les droits de ceux déjà détenteurs ou futurs demandeurs en rapport avec des activités où une participation étrangère est autorisée.

Par exemple, les points de vente dans les secteurs de la distribution ouverts aux étrangers (hypermarchés, boutiques spécialisées, franchises...etc.) doivent avoir des administrateurs Bumiputras, engager des Bumiputras et les former, ouvrir 30% du capital au minimum aux Bumiputras et proposer à la vente au moins 30% de produits Bumiputras.

Un autre exemple est celui des entreprises publiques, qui par dérogation aux engagements généraux de la Malaisie, demeurent autorisées à accorder un traitement préférentiel aux entreprises détenues par des Bumiputras dans leurs décisions d'achat de biens et de services, ou encore à leur fournir une "assistance non commerciale" dans le cadre d'un programme "affirmative action" en leur faveur.

EN CONCLUSION...

Ceci ne peut constituer qu'une analyse très résumée d'un document qui ne compte pas moins de 29 chapitres, mais devrait suffire à souligner qu'il s'agit d'un instrument longuement, patiemment et âprement négocié qui vaut beaucoup mieux que sa caricature et qui mérite de survivre, même si ce doit être au sein d'un groupe recomposé d'États.