

La coopération en matière d'environnement : la crainte d'un nivellement par le bas des réglementations européennes. L'exemple des OGM et des produits chimiques

Mai-Anh NGO
Docteur et HDR en droit
Ingénieur de recherche au GREDEG (UMR 7321 Université de Nice Sophia
Antipolis/CNRS)
Et
Cécile ZAKINE
Docteur en droit

L'objectif affiché partenariat du traité transatlantique est la suppression des barrières non-tarifaires et la création d'un véritable marché transatlantique¹. Les questions environnementales ne se trouvent pas au cœur du texte au débat, mais elles s'imposent peu à peu comme des éléments incontournables.

La difficulté d'un accord sur ces questions peut d'ailleurs expliquer le choix stratégique du bilatéralisme. En effet, le cadre multilatéral semble dans l'impasse, comme le révèle par exemple les blocages du cycle de Doha ou l'échec de la négociation de la FAO qui révèlent les limites du multilatéralisme². Un traité bilatéral peut ainsi apparaître comme une solution. Cela représente paradoxalement soit une étape préalable aux accords multilatéraux, les ensembles régionaux négociant deux par deux, ou au contraire comme un moyen d'assurer une suprématie par le biais d'accords bilatéraux multiples³. « L'Union européenne, représentant un cinquième du commerce mondial, est un acteur clé dans le cadre de la mondialisation »⁴, ce cadre régional constitue un partenaire commercial crucial.

Dans le cadre du traité de partenariat transatlantique qu'il s'agisse d'asseoir une suprématie ou de commencer à négocier, les enjeux sont d'importance. Pour les États Unis, il s'agit d'assurer des débouchés dans des secteurs où ils apparaissent comme des leaders mondiaux⁵ tandis que pour l'Europe, il convient, conformément à l'objectif du développement durable, de défendre sa conception de la gestion des risques sans freiner l'innovation.

Pourtant, la difficulté qui se pose est que la protection des consommateurs *via* la protection de la l'environnement et de la santé humaine ne peut s'affranchir des questions relatives au commerce international et *a fortiori* de la sphère économique. L'économie étant la pierre angulaire du TFTA, comment alors accorder à l'environnement et à la santé publique une place de choix ?

¹ Voy, mandat de négociation, disponible à l'adresse suivante : <https://france.attac.org/sites/default/files/mandat.pdf>

² Voy. B. GUILLONCHON, « L'approche économique du bilatéralisme et du multilatéralisme », in *Le commerce international. Entre Bi- et Multilatéralisme*, op. cit., pp. 31-39, spec. p. 31

³ Voy, sur ce sujet, H. RUIZ-FABRI (sous la direction de), *Le commerce international entre bi et multilatéralisme*, Larcier 2010 ; J-F MORIN, *Le bilatéralisme américain : la nouvelle frontière du droit international des brevets*, Larcier 2007.

⁴ « La politique commerciale de l'Union européenne », *LPA*, 12 juin 2001 n° 116, p. 17

⁵ Voir rapport ISAAA 2013, disponible à l'adresse suivante <http://www.isaaa.org/resources/publications/briefs/46/pptslides/Brief46slides-French.pdf>

De plus, si « le régionalisme maximise les effets de l'asphyxie de puissance entre les parties puisque précisément le cadre bilatéral gomme la puissance du nombre que permet le multilatéralisme pour laisser place au rapport de force brut (...) »⁶, la Commission européenne devra, malgré la puissance affichée par les Etats-Unis, se montrer intransigeante quant à la protection de ses valeurs non-marchandes à savoir l'environnement et la santé humaine.

Devant un tel constat, il est nécessaire de savoir si « *la recherche du libre échange* »⁷ et la création d'une zone de libre-échange entre deux blocs régionaux très puissants à l'origine d'un bilatéralisme exacerbé se fera au détriment des préoccupations environnementales et sanitaires, et à la seule faveur des industriels et d'un *l'homo faber*⁸ cherchant à créer toujours plus⁹ ?

Libre échange – objectif ultime *versus* protection du consommateur. Voilà le grand défi posé à la Commission européenne dans le cadre de ces négociations. Par voie de conséquence, il est légitime de se demander s'il est à craindre que la libéralisation des échanges entre les Etats-Unis et l'Union européenne ne tend pas à entraîner un nivellement par le bas du niveau de protection accordé à l'environnement et à la santé humaine. Or, cette absence de protection maximale apparaîtrait en contradiction avec la clause d'intégration environnementale prévue à l'article 11 TFUE¹⁰ ainsi que la clause d'intégration sanitaire énoncée à l'article 9 TFUE¹¹.

La difficulté provient également du fait que les Etats-Unis perçoivent le commerce international comme un commerce devant être réalisé de manière loyale, en conformité avec la clause du « traitement juste et équitable »¹². Les échanges ne doivent par conséquent, en aucun cas être faussés par des pratiques discriminatoires notamment liées aux valeurs non-marchandes. Néanmoins, les barrières liées à des préoccupations environnementales et sanitaires ne constituent pas inéluctablement le fruit d'une volonté européenne de discriminer les produits importés, mais peuvent être au contraire conformes au principe de proportionnalité. Reste à savoir comment les Etats-Unis analyseront les refus d'importation de produits chimiques ou des OGM considérés comme nocifs pour l'environnement et/ou la santé humaine. En outre, la notion de développement durable désormais prise en compte par l'Organisation Mondiale du Commerce¹³ doit être largement intégrée dans l'Accord Etats-Unis-Europe. En effet, dès lors que la notion de développement durable « vise au développement respectant simultanément l'efficacité économique, la protection de

⁶ H. GHERARI, « Rapport introductif : Aspects juridiques », in *Le commerce international. Entre Bi- et Multilatéralisme*, op. cit., pp. 11-30, spec. p. 27.

⁷ *Ibid.*, p. 17.

⁸ H. BERGSON, *L'Évolution créatrice*, Paris, PUF, coll. « Quadrige : Grands textes », 1907, réédition 2007, 693 pages.

⁹ H. ARENDT, *La condition de l'homme moderne*, Pocket, coll. « Agora les classiques », 1950, réédition 2001, 406 pages.

¹⁰ Article 11 TFUE : « les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union, en particulier afin de promouvoir le développement durable ».

¹¹ Article 9 TFUE : « Dans la définition et la mise en œuvre de ses politiques et actions, l'Union prend en compte les exigences liées à la promotion d'un niveau d'emploi élevé, à la garantie d'une protection sociale adéquate, à la lutte contre l'exclusion sociale ainsi qu'à un niveau élevé d'éducation, de formation et de protection de la santé humaine ».

¹² C. DEBLOCK, « le bilatéralisme commercial des Etats-Unis », in *Le commerce international. Entre Bi- et Multilatéralisme*, op. cit., p. 134.

¹³ P. REIS, « Commerce international, clause sociale et développement durable », in *Le commerce international. Entre Bi- et Multilatéralisme*, op. cit., p. 307.

l'environnement et l'équité sociale »¹⁴, il ne devrait pas y avoir de problème à faire admettre, outre Atlantique, que les objectifs environnementaux et sanitaires constituent à l'heure actuelle un enjeu majeur sur lequel il n'est pas possible de transiger. Cette perspective paraît-elle utopique ? L'institutionnalisation d'un bilatéralisme entre l'Europe et les Etats-Unis entraînera-t-elle une régression de la protection accordée au consommateur en Europe ? De prime abord, la réponse serait positive.... Mais le libéralisme que pourrait instaurer l'accord transatlantique pourrait prendre une forme plus « modérée », à l'image du libéralisme établi entre les pays de l'Union européenne, à savoir une absence de barrières avec néanmoins la possibilité pour les Etats-membres d'édicter des mesures nationales plus sévères nécessaires pour protéger de manière plus accrue l'environnement et/ou la santé humaine.

Les questions soulevées jusqu'à présent démontrent l'acuité des problématiques environnementales et sanitaires concernées par le partenariat. Afin de mettre en exergue les difficultés que l'accord transatlantique sera susceptible de poser dans ces secteurs, nous avons choisi de nous concentrer sur deux exemples symboliques : les OGM (I) ainsi que les risques juridiques générés par le TFTA dans le domaine des produits chimiques (II).

I] Les OGM : un sujet de divergence irréductible ou l'exemple d'un accord possible ?

Depuis leur création dans les années 1970, les organismes génétiquement modifiés (OGM) n'ont cessé d'interroger les chercheurs. Les juristes se sont eux aussi trouvés confrontés à ces nouveaux objets. Au-delà de leur nouveauté technique, le fait que certains OGM soient ingérés ajoute à la problématique de multiples autres considérations. L'aliment n'est un bien ordinaire. La consommation des produits alimentaires est porteuse de dimensions culturelles, socio-géographiques et affectives¹⁵. Plus encore, l'aliment doit être regardé comme un « bien fondamental », « bien d'humanité »¹⁶. De fait, le droit qui régit ce secteur traduit de façon exemplaire la diversité des intérêts à protéger.

L'intérêt du droit agro-alimentaire s'accroît encore en constatant que la tentative d'imposer ici un modèle dominant exacerbe les particularismes nationaux ou régionaux¹⁷. Les réponses juridiques ne sont par conséquent pas uniformes ; elles sont au contraire la manifestation de la diversité culturelle liée à l'aliment. Nous allons lors de l'analyse qui va suivre mesurer toute l'étendue de cette diversité. Il faut souligner certains auteurs évoquent même le concept de désarticulation pour définir la réglementation en la matière¹⁸. Cela en dépit du fait, qu'il existe *a priori* un cadre juridique international règlementant pour partie ce domaine : il s'agit du Protocole de Carthagène sur la biosécurité. C'est un instrument international contraignant qui régit les mouvements transfrontières d'organismes vivants modifiés résultant de la biotechnologie moderne. Pour les mouvements intentionnels d'OGM destinés à être disséminés dans l'environnement, le principe de base de ce texte est la

¹⁴ *Ibid.*, p. 134-135.

¹⁵ Voy. par exemple, en ce sens, M. BRUEGEL ET L. LAURIOUX (sous la direction de), *Histoire et identités alimentaire en Europe*, Hachette Littératures 2002 ; J-P BRANLARD, « Conflits de cultures alimentaires et culinaires : les réactions du droit », *Option qualité*, numéro 259, avril 2007

¹⁶ Voy. C. DEL CONT « Introduction générale » in *les dossiers de la RIDE* n°1, 2007 « La régulation du commerce communautaire et international des aliments », p 11.

¹⁷ CH. NOUVILLE, « Brèves réflexions sur la reconnaissance d'un droit à la différence alimentaire dans le commerce international », *Sociologie du travail*, n° 45, 2003, p 64 et CONSEIL NATIONAL DE L'ALIMENTATION, avis 61, « Avis sur la mise en œuvre de la réforme des signes d'identification de la qualité et de l'origine des produits agricoles et agroalimentaires » du 12 juin 2008. Disponible sur <http://cna-alimentation.fr/>, p 5

¹⁸ S. MALJEAN – DUBOIS, « Biodiversité, biotechnologies, biosécurité. Le droit international désarticulé », *JDI*. N°4, 2000, p 947s.

« procédure d'accord préalable en connaissance de cause », selon laquelle le consentement du pays importateur doit être acquis avant l'expédition et l'introduction d'un organisme vivant modifié dans son environnement¹⁹. Si les États membres et la Communauté ont signé le protocole de Carthagène en 2000²⁰, il faut noter les États-Unis n'ont pas ratifié ce protocole. La voie d'un cadre international de régulation semble aujourd'hui compromise. Dans ces circonstances le traité de partenariat peut-il représenter une alternative intéressante et de quelle manière ? C'est à ces questions que nous tenterons répondre dans les développements qui vont suivre.

À titre préliminaire, il est nécessaire de préciser certaines caractéristiques concernant la problématique des OGM. Premièrement, il s'agit de risques multiples (essentiellement, sanitaires, environnementaux), de risques incertains, irréversibles, globalisés et invisibles²¹. Deuxièmement il faut prendre en considération 3 grands axes : un axe économique, un axe sécuritaire et un axe sociétal²².

Si le partenariat transatlantique peut constituer une réponse adaptée sur plan économique, il n'est pas certain qu'un texte d'accord puisse être trouvé tant les divergences sont fortes sur les dimensions sécuritaires et sociétales. Ces visions opposées (A), que nous allons évoquer dans la première sous partie, nous conduisent à envisager deux schémas d'accords possibles, dans la deuxième sous partie (B)

A) Des visions opposées concernant les OGM

Les OGM mettent en lumière de façon éclatante les différences de cultures face au risque, notamment au risque alimentaire et, en conséquence, les différences fondamentales entre les législations. En schématisant, deux modèles principaux s'opposent et semblent irréductibles pour le moment. D'une part, le modèle nord américain selon lequel le régime est celui de la liberté, l'appréciation des risques alimentaires se faisant par type de produit sans préoccupation particulière pour le processus de fabrication. Il repose sur le principe d'équivalence substantielle. Concrètement, aux États-Unis, il n'existe pas de mesure particulière pour les produits génétiquement modifiés qui soient fondées sur le caractère spécifique du processus de transgénèse lui-même dont ils sont issus. Pour la *Food and Drug Administration*, les nouvelles méthodes offertes par la biotechnologie moderne ne sont simples extensions des méthodes traditionnelles d'hybridation utilisées antérieurement. C'est le produit fini qui est pris en compte. Dans la mesure où un produit est considéré équivalent en substance à un produit qui existe déjà, il s'insère dans les mêmes mécanismes d'approbation que n'importe quel autre produit. Cette approche de l'équivalence substantielle justifie que les États-Unis ne voient pas la nécessité d'instaurer obligatoirement un étiquetage particulier pour les produits

¹⁹ Sur ce Protocole de Carthagène sur la biosécurité du 28/1/2000, Voy. S. MALJEAN – DUBOIS « Le Protocole de Carthagène sur la biosécurité et le commerce international des organismes génétiquement modifiés », in *Les ressources génétiques végétales et le droit dans les rapports Nord-Sud*, sous la direction M-A HERMITTE ET PH. KAHN, Bruylant, Bruxelles 2004, pp. 249-271 ; S. MALJEAN-DUBOIS ET J. BOURRINET, *Le commerce international des organismes génétiquement modifiés*, La documentation Française 2002 ; E. JUET, *L'action de l'Union Européenne en matière de biotechnologies nouvelles*, thèse Rennes 2009, p 849s.

²⁰ Cette signature s'est traduite ensuite dans le règlement (CE) n° 1946/2003 du 15 juillet 2003, du Parlement européen et du Conseil relatif aux mouvements transfrontières des organismes génétiquement modifiés.

²¹ Voy. sur ce sujet, S. MATHIEU, *Le droit de la société de l'alimentation, vers un nouveau modèle de maîtrise des risques alimentaires et technologiques en droit communautaire et international*, Larcier 2007, p. 60s.

²² Voy. sur ce sujet, S. MATHIEU, *Le droit de la société de l'alimentation, vers un nouveau modèle de maîtrise des risques alimentaires et technologiques en droit communautaire et international*, Larcier 2007, *ibid*.

transgéniques ou un système de traçabilité. Contrairement à l'Europe qui a adopté un règlement en ce sens. Dans le modèle européen, au contraire, le régime est un régime d'autorisation préalable se basant sur le principe de précaution dans lequel l'évaluation des risques doit se faire non seulement par produits, mais aussi par procédés de fabrication²³.

Il convient de souligner cependant que le principe d'équivalence substantielle n'est pas absent du droit de l'Union européenne, l'équivalence en substance permettant l'application de la procédure simplifiée de notification aux aliments et ingrédients alimentaires dérivés d'OGM mais n'en contenant pas²⁴

Enfin pour en terminer avec cette question d'équivalence en substance, il faut souligner que le rapport du groupe spécial sur les biotechnologies rendu le 29 Septembre 2006 ne s'est prononcé concernant le fait que les OGM devaient ou non être considérés comme des produits équivalents aux produits issus de cultures traditionnelles²⁵

Une telle différence d'approche sur nature même des OGM engendre des conséquences juridiques importantes en matière de traçabilité et d'étiquetage des produits OGM. Nous concentrons sur l'étiquetage qui apparaît comme un sujet emblématique.

B) Deux schémas d'accords possibles, l'exemple concret de l'étiquetage

Ces conceptions divergentes concernant la perception des OGM ont des conséquences juridiques multiples, en particulier en matière de gestion des risques, de traçabilité et d'étiquetage. Nous avons choisi de nous concentrer sur l'étiquetage car cette question concerne l'ensemble de la chaîne du producteur au consommateur.

De plus, il convient de préciser que l'OGM est un bien de confiance. Pour ce type de bien, le consommateur ne peut pas distinguer de lui même s'il s'agit d'un produit OGM ou non OGM. Les sens et la capacité personnelle d'expertise du consommateur sont insuffisants pour lui permettre de juger et de choisir seul, il doit s'appuyer sur des garanties extérieures au marché. Le recours à ces dernières suppose qu'elles soient dignes de confiance, c'est-à-dire que leur validité se fonde sur la capacité d'expertise d'une personne, d'un organisme ou d'une institution fiable et reconnue. L'étiquetage transforme un bien de confiance en un bien de recherche²⁶.

²³ Sur ce sujet, voy. notamment H. KEMPF, *La guerre secrète des OGM*, Seuil, 2003 ; S. POUTEAU, « Au-delà de l'équivalence en substance, l'équivalence éthique », *option qualité* n°204, avril 2002 ; E. MILLSTONE, E. BRUNNER, ET S. MAYER, « Beyond 'Substantial Equivalence' », *Nature* 1999, n°401, p. 525-526. M. MATTHEE, « L'identification et l'étiquetage des OGM : la démocratie existe elle sur le marché international des aliments génétiquement modifiés » in, *Le commerce international des organismes génétiquement modifiés*, (sous la direction de S. MALJEAN – DUBOIS ET J. BOURRINET) La documentation Française 2002, p 97s ; G.C SHAFFER et M. A POLLACK « Vers un compromis transatlantique des OGM ? » in *Le commerce international des organismes génétiquement modifiés*, (sous la direction de S. MALJEAN-DUBOIS ET J. BOURRINET) La documentation Française 2002, p 305s

²⁴ Exemple : le ketchup issu de tomates OGM.

²⁵ Communautés européennes - Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques (Plainte des Etats-Unis, du Canada et de l'Argentine) (2006), OMC Doc. WT/DS291/292/293/R (Rapport du Groupe spécial) [Rapport].

²⁶ Un bien de recherche est un bien dont on peut déceler la qualité par la recherche avant la consommation, contrairement au bien de confiance

Dans les développements qui vont suivre, nous allons envisager successivement la façon dont serait utilisé l'étiquetage des OGM du point de vue des États-Unis ou du point de vue de l'Europe.

Concernant les États-Unis, un produit OGM étant équivalent un produit conventionnel, l'étiquetage ne présente pas d'intérêt²⁷. Pour preuve, dans l'avis des États-Unis rendu sur le différend commercial sur les biotechnologies, l'étiquetage des OGM est même présenté comme une information non pertinente pour le consommateur, qui cherche plutôt la composition, la valeur ou les effets nutritionnels²⁸. Par conséquent, aux États-Unis, l'étiquetage OGM n'est pas obligatoire et les consommateurs qui ne souhaitent pas consommer d'OGM achètent des produits labellisés « bio » ou « *GMO free* ». Ces derniers étant contraints par leurs cahiers des charges à ne pas utiliser volontairement de produits OGM

Pour l'Europe, au contraire, la préservation d'une consommation sans OGM peut apparaître comme le respect d'un droit à l'alimentation. Ce droit à l'alimentation va au-delà du « simple » aspect qualitatif ou sanitaire et prend en compte l'aspect culturel de l'alimentation²⁹. Dans ce contexte, l'étiquetage est un moyen d'assurer le respect du principe d'information et est indispensable pour exercer plus spécifiquement le droit de consommer sans OGM³⁰. L'étiquetage apparaît dès lors comme un moyen de reconnaissance de valeurs liées aux nouvelles méthodes de production³¹.

Cependant le modèle européen est un modèle complexe, il ne se limite pas à une forme unique d'étiquetage. Il est nécessaire dès lors d'entrer dans les détails de la réglementation pour mesurer pleinement l'écart entre les deux systèmes proposés.

Avant de d'analyser la réglementation de l'étiquetage des OGM dans le droit de l'Union, il est nécessaire de rappeler que l'information fournie par l'étiquetage peut-être de deux ordres. Un étiquetage obligatoire et un étiquetage volontaire. Le premier donnant aux consommateurs l'information dont il a besoin pour effectuer son choix, le second permettant au professionnel de se distinguer et de valoriser son produit aux yeux du consommateur³². Ces deux hypothèses se retrouvent en ce qui concerne les OGM. L'étiquetage obligatoire concerne les OGM et concerne tous les états de l'Union. Parallèlement, un étiquetage volontaire du type « non

²⁷ Voy. A. G. HALSBERGER, « Monitoring and Labeling for Genetically Modified Products », *Science*, 2000 287, p. 431-432.

²⁸ OMC, comité des obstacles techniques au commerce, communication des États-Unis, règlement numéro 1139/98 du conseil européen mention obligatoire sur l'étiquetage de certaines denrées alimentaires produites à partir d'organismes génétiquement modifiés, 16 octobre 98 OMC, doc G/TBT/W/94 point 6

²⁹ Le droit à une alimentation adéquate est un droit de l'homme, inhérent à tous, "le droit d'avoir un accès régulier, permanent et libre, soit directement, soit au moyen d'achats monétaires, à une nourriture quantitativement et qualitativement adéquate et suffisante, correspondant aux traditions culturelles du peuple dont est issu le consommateur, et qui assure une vie psychique et physique, individuelle et collective, libre d'angoisse, satisfaisante et digne" (Rapporteur spécial des Nations Unies, 2002). Voir par exemple sur ce sujet, FAO Rapport sur la consécration progressive du droit à une alimentation adéquate dans le contexte de sécurité alimentaire nationale, Rome, 23 septembre 2004 ; Comité européen de droit rural, *Le droit à une alimentation adéquate*, l'Harmattan 2006.

³⁰ Sur ce sujet, voy. notamment L. BOY Labels écologiques et alimentaires : les enjeux de la réglementation Européenne », *RIDE*, n°1/ 2013, p 1s

³¹ M.D MATHEE, « L'identification et l'étiquetage des OGM : la démocratie existe-t-elle sur le marché international des aliments génétiquement modifiés ? » in *Le commerce international des organismes génétiquement modifiés*, la documentation française, 2002, p 104

³² J. CALAIS AULOY et F. STEIMETZ, *Droit de la consommation*, 8^{ème} édition, Dalloz 2010, p. 51s.

OGM », pourra être mis en place pour répondre en particulier à la demande des consommateurs. Ce dernier a été mis en place de façon volontaire dans certains états membres.

L'étiquetage obligatoire est imposé au-delà du seuil de 0,9 % de présence fortuite ou accidentelle d'OGM. Ce principe est posé par le règlement 1830/2003³³.

Il faut souligner qu'au niveau européen rien n'a été précisé en ce qui concerne un étiquetage « sans OGM ». Le règlement 1830/2003 n'évoque pas ce sujet et la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la mise en œuvre des mesures nationales relatives à la coexistence des cultures génétiquement modifiées et de l'agriculture conventionnelle et biologique affirme qu'en la matière c'est le principe de subsidiarité qui s'applique³⁴.

La France a ainsi choisi d'encadrer l'étiquetage « sans OGM » par un décret³⁵. Ce texte est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2012.

Le dispositif est assez complexe et distingue plusieurs cas de figure. Premièrement, les ingrédients d'origine végétale (par exemple, la farine, l'amidon) pourront porter la mention « sans OGM » s'ils sont issus de matières premières contenant au maximum 0,1% d'OGM³⁶. Deuxièmement, l'étiquetage des ingrédients d'origine animale (par exemple, le lait, la viande, le poisson ou les œufs) précisera « nourri sans OGM (<0,1%)³⁷ » ou « nourri sans OGM (<0,9%)³⁸ ». Il convient de souligner que cet étiquetage pourra être utilisé pour les animaux nourris avec des ingrédients issus de végétaux dont aucune espèce génétiquement modifiée n'a fait l'objet d'une autorisation de mise sur le marché de l'Union européenne³⁹. Troisièmement, les ingrédients d'origine apicole (par exemple le miel ou le pollen) pourront être étiquetés « sans OGM dans un rayon de 3 km (autour des ruchers)»⁴⁰.

Pour être exhaustif, il faut rappeler que plusieurs textes ont été élaborés ou sont en cours de rédaction dans différents Etats Membres de l'Union européenne. C'est le cas par exemple en Allemagne, en Italie et en Autriche. Or, tous les États de l'Union n'ont pas adoptés de

³³ Règlement (CE) n° 1830/2003 du Parlement européen et du Conseil du 22 septembre 2003 concernant la traçabilité et l'étiquetage des organismes génétiquement modifiés et la traçabilité des produits destinés à l'alimentation humaine ou animale produits à partir d'organismes génétiquement modifiés, et modifiant la directive 2001/18/CE, *JOCE L 268 du 18.10.2003*

³⁴ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Rapport sur la mise en œuvre des mesures nationales relatives à la coexistence des cultures génétiquement modifiées et de l'agriculture conventionnelle et biologique », COM(2009) 153 final, le 2.4.2009

³⁵ Décret n° 2012-128 du 30 janvier 2012 relatif à l'étiquetage des denrées alimentaires issues de filières qualifiées « sans organismes génétiquement modifiés », *JORF* n°0026 du 31 janvier 2012 page 1770 texte n° 27

³⁶ Article 3 du décret n° 2012-128 du 30 janvier 2012 relatif à l'étiquetage des denrées alimentaires issues de filières qualifiées « sans organismes génétiquement modifiés, *op cit*

³⁷ Article 4 du décret n° 2012-128 du 30 janvier 2012 relatif à l'étiquetage des denrées alimentaires issues de filières qualifiées « sans organismes génétiquement modifiés, *ibid*

³⁸ Article 5 du décret n° 2012-128 du 30 janvier 2012 relatif à l'étiquetage des denrées alimentaires issues de filières qualifiées « sans organismes génétiquement modifiés, *ibid*

³⁹ Article 4 du décret n° 2012-128 du 30 janvier 2012 relatif à l'étiquetage des denrées alimentaires issues de filières qualifiées « sans organismes génétiquement modifiés, *ibid*.

⁴⁰ Article 7 du décret n° 2012-128 du 30 janvier 2012 relatif à l'étiquetage des denrées alimentaires issues de filières qualifiées « sans organismes génétiquement modifiés, *ibid*.

règlementation uniforme⁴¹. En Autriche, les mesures mises en place sont plus rigoureuses. En ce sens, l'aquaculture est envisagée par le droit autrichien, alors que ce n'est pas le cas en Allemagne par exemple. Il y a par conséquent déjà des disparités fortes au sein de l'Union Européenne.

Ces quelques développements permettent de mesurer l'écart entre les deux modèles proposés. Si le modèle américain est retenu dans l'accord, il n'y aurait plus d'étiquetage des OGM. En revanche, si le modèle européen est retenu, de très fortes contraintes risquent de peser sur les producteurs américains qui seront contraints pour assurer un étiquetage efficace des produits OGM de mettre en œuvre toute une politique de traçabilité. Quel que soit le choix retenu, ce dernier provoquera une véritable mutation comme annoncé dans le titre général de cet ouvrage.

Pour en terminer, sur une prise de risques et une note idéaliste, il me semble que retenir le modèle américain ne soit pas possible eu égard à la définition du mandat retenu pour la négociation de ce partenariat transatlantique. L'article 8 du mandat garantit en effet un haut niveau de protection de l'environnement, des travailleurs et des consommateurs, préservant l'acquis réglementaire des Etats Membres (article 8) et le droit des partenaires à établir des règles publiques dans ces domaines. A priori aux termes du mandat, l'étiquetage obligatoire européen devrait être préservé. Pour conforter ce sentiment, aux États-Unis le débat sur l'étiquetage des OGM reste ouvert le Connecticut envisage un étiquetage sans OGM⁴².

Les développements précédents concernant les OGM démontrent déjà une certaine difficulté de trouver un accord entre les États-Unis et l'Europe dans le cadre d'un partenariat transatlantique. Il semblerait, au vu des développements qui vont suivre, que ce sentiment sera conforté par l'analyse de la réglementation des produits chimiques

II] Les risques juridiques générés par le TFTA dans le domaine des produits chimiques

L'accord transatlantique a pour objectif de créer la plus importante de toutes les zones de libre-échange qui existe dans le monde. Il vise à stimuler la croissance et créer des emplois, en éliminant les droits de douanes entre les deux régions qui sont aujourd'hui en moyenne de 4% entre les deux continents. Il est à ce titre prévu que cet Accord concerne la moitié du PIB mondial et 40 % des échanges mondiaux.

Ce traité intègre le commerce des produits chimiques ce qui constitue un enjeu de taille dans la mesure où la production mondiale des produits chimiques⁴³ est passée d'un million de tonne en 1930 à 400 millions à l'heure actuelle⁴⁴. Par ailleurs, il convient de souligner que le

⁴¹ Article 2 du « Gesetz zur Änderung des Gentechnikgesetzes, zur Änderung des EG-Gentechnik-Durchführungsgesetzes und zur Änderung der Neuartige Lebensmittel- und Lebensmittelzutaten- Verordnung », http://www.keine-gentechnik.de/fileadmin/files/Infodienst/Dokumente/08_04_01_bgb11_gtg.pdf

⁴² Voy. C. NOISSETTE, « Bientôt un étiquetage obligatoire des OGM dans le Connecticut ? », inf'omg juin 2013. Disponible à l'adresse suivante : <http://www.infogm.org/spip.php?article5432>

⁴³ La définition de la substance chimique sera donnée ultérieurement lors des développements, consacrés dans l'introduction, à l'avènement du règlement REACH.

⁴⁴ T. MUSU, « REACH au travail - Les bénéfices potentiels de la nouvelle politique européenne sur les agents chimiques pour les travailleurs », www.unep.org/labour_environment/TUAssembly/.../REACH-FR.pdf, 34 pages, ., 20 mai 1976, *De Peijper*, aff. 104/75, précité, pt. 15. Voy. également, C.J.C.E., 8 avril 1992, *Allemagne*, aff. C-62/90 ; 10 novembre 1994, *Ortscheit*, aff. C-320/93 ; 11 juillet 2000, *Kemikalieinspektionen*, aff. C-473/98,

commerce des substances chimiques s'est trouvé à l'origine de la prospérité économique des sociétés occidentales. Aujourd'hui, 21 % des ventes mondiales de produits chimiques sont assurés par l'industrie chimique européenne⁴⁵. De même, avec un chiffre d'affaires de 88,9 milliards d'euros en 2012⁴⁶, l'industrie chimique française occupe la 2^{ème} place en Europe, après l'Allemagne et la 5^{ème} dans le monde, après les États-Unis, le Japon et la Chine⁴⁷. Outre Atlantique, les États-Unis sont les leaders mondiaux dans le secteur de la chimie.

Dès lors, si l'Union européenne et les États-Unis se sont lancés le défi de mettre fin aux « obstacles non tarifaires » générés par l'harmonisation des réglementations – tels que les règlements techniques, des normes et des procédures d'approbation –, la difficulté majeure concernera très probablement les barrières non-tarifaires. Il s'agit de s'orienter vers une véritable convergence réglementaire.

La question qui se pose alors est de savoir si cette convergence des réglementations européennes et américaines permettra de conserver le niveau accru de protection tel qu'il est entendu en Europe depuis l'insertion d'une clause d'intégration environnementale dans le Traité d'Amsterdam⁴⁸. Cette prise en compte toujours plus croissante de l'environnement et de la santé humaine passe par l'application du principe de précaution ainsi que des mesures de gestion des risques liées à l'utilisation d'un produit. Ainsi, si en Europe cette conciliation des intérêts économiques et non-économiques semble de plus en plus acceptée sous le coup de la construction prétorienne de la Cour de justice des communautés européennes⁴⁹, il en est autrement aux États-Unis et ce, même si la question environnementale semble de plus en plus dominée les mentalités notamment depuis la prise en compte croissante de cette problématique par l'Organisation Mondiale du Commerce.

Dans le cadre de l'accord transatlantique, deux réglementations se trouvent ainsi confrontées : le règlement REACH élaboré par l'Union européenne et le *Toxic Control Act* édicté par les États-Unis.

D'une part, le *Toxic Substances Control Act* (ci-après « TSCA ») est la loi sur le contrôle des substances toxiques) élaborée aux États-Unis en 1976 dans le but d'encadrer la fabrication, l'importation, la distribution et l'utilisation des substances chimiques.

Rec., p. I-5681 ; 1^{er} février 2001, *Mac Quen*, *aff.* 108/96, *Rec.*, 2001, p. I-837. Par ailleurs, en ce qui concerne la reconnaissance de l'environnement *Voy.* Notamment C.J.C.E., 7 février 1985, *Association de Défense des Brûleurs D'huiles Usagées (ADBHU)*, dit « arrêt des huiles usagées », *aff.* 240/83, *Rec.*, 1985, p. 531, pt. 13. p. 3 ; CEDEF, *Dossier documentaire - Reach : dispositif de contrôle des substances chimiques*, 2013, disponible sur www.economie.gouv.fr.

⁴⁵ chimique. Ce secteur se décline en différents domaines : la chimie de base (pétrochimie, carbochimie notamment), les filières telles que les engrais, les grands intermédiaires et les plastiques, la fabrication de produits phytosanitaires, la fabrication de peintures, l'industrie pharmaceutique, la parfumerie, les biocides, la fabrication de charbon de bois et la fabrication de fibres textiles artificielles et synthétiques.

⁴⁶ Source : www.uic.fr.

⁴⁷ Sources : UIC, CEFIC.

⁴⁸ *Voy.* Article 6 CE.

⁴⁹ Devenue la Cour de justice de l'Union européenne. *Voy.* notamment, pour ce qui est de la protection de la santé : C.J.C.E.

⁴⁹ C.J.C.E., 20 septembre 1988, *Commission/Danemark*, dit « arrêt des Bouteilles danoises », *aff.* 302/86, *Rec.*, 1988, p. 460, pt. 64

⁴⁹ Nous soulignons.

⁴⁹ C.J.C.E., 10 novembre 1994, *Orsheit*, *aff.* C-320/93, *Rec.*, 1994, p. I-5243, pt. 16.

D'autre part, le règlement REACH acronyme de « *registration evaluation authorisation of chemicals* »⁵⁰, d'applicabilité directe et immédiate⁵¹, a été adopté le 18 décembre 2006 et est entré en vigueur le 1^{er} juin 2007. Cette réglementation offre un cadre juridique sur les substances chimiques uniforme qui s'impose à tous les États membres de l'Union européenne. Elle vise à encadrer le secteur des substances chimiques pour élever le niveau de protection de la santé humaine et de l'environnement tout en améliorant la compétitivité de l'industrie chimique européenne. De l'adoption de cette réglementation, a découlé l'objectif suivant : au cours des onze années qui suivront l'entrée en vigueur du règlement REACH, 30 000 substances sur les 100 000 existantes seront enregistrées auprès de l'Agence européenne des produits chimiques (ci-après « l'ECHA »), clef de voûte du règlement REACH⁵².

Le Traité transatlantique suscite alors de nombreuses questions compte tenu des divergences qui se situent au niveau des deux réglementations et qui seront étudiées ci-dessous.

Quels sont les enjeux du TFTA sur le régime juridique des substances chimiques ? Le TFTA permettra-t-il de maintenir le niveau de contrainte élaboré par le législateur de l'Union européenne à travers le règlement REACH ? En outre, une convergence réglementaire est-elle possible ? Le TFTA ne montre-t-il pas des signes d'une résurgence d'un conflit entre les intérêts marchands et non-marchands ?

Afin de comprendre les raisons pour lesquelles le TFTA suscite autant d'interrogations pour ce qui concerne l'encadrement du secteur des produits chimiques, il conviendra de se pencher dans un premier temps sur les obstacles à une convergence réglementaire portant sur les substances chimiques (A), pour ensuite mettre en exergue les risques créés par le TFTA sur la portée même du règlement REACH (B).

A) Les obstacles à une convergence réglementaire portant sur les substances chimiques

Compte tenu des insuffisances révélées par le *Toxic Control Substances Act*, comment collaborer pour l'élaboration de nouvelles règles s'il n'existe pas de dénominateur commun entre cette réglementation et le règlement REACH ? Cette absence de dénominateur commun provient du fait qu'il existe des différences avérées entre le règlement REACH et le *Toxic Control Substances Act* (ci-après « TFTA ») (1) susceptibles d'avoir des incidences pratiques non négligeables (2).

1) L'absence de dénominateur commun entre les régimes juridiques européen et américain

⁵⁰ Le règlement européen REACH n° 1907/2006 a donc été adopté le 18 juin 2006 après cinq années de débats et est entré en vigueur le 1^{er} juin 2007. Il modifie la directive 1999/45/CE et abroge le règlement (CEE) n° 793/93 du Conseil et le règlement (CE) ainsi que la directive 76/769/CEE du Conseil et les directives 91/155/CEE, 93/67/CEE, 93/105/CE et 2000/21/CE de la Commission. Le règlement a lui-même été modifié par le règlement (CE) n° 1354/2007 du Conseil du 15 novembre 2007 portant adaptation du règlement (CE) n° 1907/2006 du fait de l'adhésion de la Bulgarie et la Roumanie.

⁵¹ Article 288 TFUE.

⁵² L'ECHA constitue l'interface et le premier point de contact entre l'industrie et les parties prenantes. Il convient toutefois de souligner que c'est la Commission qui conserve son pouvoir décisionnel pour toutes les dispositions se rattachant à la mise en œuvre du règlement REACH. L'Agence ne fait que gérer les aspects techniques et administratifs d'où la conclusion selon laquelle il ne s'agit pas d'une autorité de régulation. À titre comparatif, ce pouvoir décisionnel n'a pas été accordé à l'autorité européenne pour l'évaluation des médicaments (EMEA) laquelle ne prépare que des avis sur les autorisations de mise sur le marché, la décision finale étant prise par la Commission.

Il conviendra d'examiner successivement les dispositions du règlement REACH (a) ainsi que le mécanisme élaboré dans le cadre du *Toxic Substances Control Act* (b).

a. Les dispositions du règlement REACH

Le règlement REACH repose sur l'idée d'une bonne gouvernance européenne⁵³ intégrant la gouvernance des risques. Celle-ci est notamment fondée sur une amélioration profonde de l'expertise⁵⁴.

Le règlement REACH vise une gestion centralisée des risques qui ne pourra être atteinte que si tous les acteurs de la chaîne d'approvisionnement respectent les phases précédant la mise sur le marché des substances chimiques. Il s'agit d'une « *démarche proactive* »⁵⁵ que doivent adopter les entreprises et dont découle une série d'obligations imposées par le législateur de l'Union européenne.

Conformément au principe « *pas de données, pas de marché* » issu de l'article 5 du règlement REACH, il incombe aux industriels d'enregistrer et d'évaluer les substances chimiques qu'ils souhaitent continuer à fabriquer, commercialiser ou exploiter. Ce principe, à la base de toutes les obligations auxquelles sont soumis les industriels, implique de rapporter la preuve de la maîtrise valable du risque pour la santé humaine et/ou l'environnement présentés par une substance chimique en tant que telle ou contenue dans des mélanges, articles ou préparations.

Pour ce faire, première étape cruciale imposée le mécanisme élaboré par le législateur de l'Union européenne⁵⁶ : les entreprises déclarantes, fabricants ou importateurs, ont l'obligation préalable de présenter un dossier d'enregistrement⁵⁷ à l'Agence européenne des

⁵³ Commission européenne, *Livre blanc sur la gouvernance européenne*, Bruxelles, 25 juillet 2001, COM(2001) 88 final.

⁵⁴ Commission européenne, *Livre blanc sur la gouvernance européenne. Chantier n° 1. Elargir et enrichir le débat public sur les enjeux européens*, 2 février 2001, p. iii.

⁵⁵ C. BANET, « Élaborer aujourd'hui les outils réglementaires pour la chimie de demain : vers la promotion de la chimie verte », *Gaz. Pal., Rec.* novembre-décembre 2005, pp. 3856-3861, spéc. p. 3858.

⁵⁶ Pour transmettre toutes les données par le biais du dossier, les déclarants doivent réaliser des études sur les propriétés des substances qu'ils fabriquent et collectent auprès des utilisateurs de leurs substances des informations sur leurs usages. Le dossier doit contenir les informations suivantes :

- l'identité du ou des fabricants ou importateurs ;
- l'identité de la substance ;
- des informations sur la fabrication et la ou les utilisations de la substance ;
- la classification et l'étiquetage de la substance ;
- des conseils d'utilisation de la substance ;
- une déclaration précisant si des informations ont été produites à l'aide d'essais sur des animaux vertébrés ;
- des propositions de nouveaux essais en fonction des quantités produites ou importées ;

Il convient de noter que si les substances sont produites ou importées à plus de 10t/an, un « rapport sur la sécurité chimique » doit être transmis. Ce rapport consiste en une comparaison entre l'exposition de chaque population humaine – dont on sait qu'elle est ou qu'elle sera probablement exposée – et les concentrations environnementales prévues dans chaque milieu de l'environnement, avec une évaluation de la probabilité et de la gravité d'un événement qui se produirait à cause des propriétés physicochimiques de la substance.

⁵⁷ L'enregistrement est précédé d'un pré-enregistrement gratuit (dit aussi « enregistrement préalable ») au cours duquel trois étapes doivent être effectuées par l'entreprise déclarante : la réalisation d'un inventaire des substances à l'intérieur de l'entreprise, l'identification de ces substances au regard du Guide technique d'identification sur les substances disponibles, l'évaluation des quantités pour chacune des substances et, enfin, l'identification du statut de l'entreprise vis-à-vis de chacune des substances. L'enregistrement se réalise par étape et s'étale sur onze années en fonction du tonnage de la substance chimique fabriquée ou importée. En effet, ce régime est marqué par des délais variant selon la catégorie de tonnage, la nature et la dangerosité de la substance à savoir deux ans pour les

produits chimiques (ci-après « ECHA »). Dans ce cadre, les exigences d'informations, incluses dans le dossier d'enregistrement, varient en fonction des tonnages et des risques : plus les tonnages sont élevés ou plus le risque est important, plus le volume d'informations qu'il convient de fournir à l'ECHA est important.

La phase d'enregistrement donne lieu à une évaluation préalable de la sécurité chimique nécessitant la mise en œuvre d'expertise scientifique. En effet, le règlement REACH impose une phase d'évaluation scientifique préalable des substances chimiques très approfondie qui couvre toutes les phases du cycle de vie de la substance chimique, de sa fabrication à son élimination.

L'évaluation de la sécurité chimique comprend plusieurs étapes : une évaluation des dangers pour la santé humaine ; une évaluation des dangers découlant des propriétés physicochimiques qui a pour objet de déterminer la classification et l'étiquetage d'une substance conformément à la directive 67/548/CEE et désormais – depuis 2010 – au règlement *Classification, Labelling, Packaging* 1272/2008 du 16 décembre 2008 dit règlement « CLP »⁵⁸ ; une évaluation des dangers pour l'environnement ; une évaluation des substances persistantes, bioaccumulables et toxiques (PBT) et des substances très persistantes et très bioaccumulables (vPvB)⁵⁹.

À la suite de ces quatre étapes, si le fabricant ou l'importateur conclut que la substance ou la préparation répond aux critères de classification comme substance dangereuse conformément à la directive 67/548/CEE ou à la directive 1999/45/CE – et désormais au règlement CLP – ou qu'il s'agit d'une substance PBT ou vPvB, l'évaluation de la sécurité chimique doit également comprendre une évaluation de l'exposition se distinguant en plusieurs étapes : la production de scénario(s) d'exposition⁶⁰ ou des catégories d'utilisation et d'exposition pertinentes et le cas échéant, une estimation de l'exposition ainsi qu'une caractérisation des risques.

Ainsi, à la suite de l'évaluation de la sécurité chimique, des mesures de gestion des risques telles que l'autorisation ou la restriction, sont adoptées.

D'une part, la procédure d'autorisation vise les substances chimiques les plus préoccupantes pour la santé humaine et l'environnement⁶¹ et a pour but de n'autoriser qu'un usage bien précis d'une substance qui serait maîtrisé. Cette étape se trouve étroitement liée au

C.M.R. de classes 1 et 2 à plus d'une tonne par an (2010), six ans pour les substances mises sur le marché à plus de 100 tonnes par an (2013) et onze ans pour les substances entre 1 et 100 tonnes par an (2018) .

⁵⁸ Règlement (CE) n° 1272/2008/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relatif à la classification, à l'étiquetage et à l'emballage des substances et des mélanges, modifiant et abrogeant les directives 67/548/CEE et 1999/45/CE et modifiant le règlement (CE) n° 1907/2006, dit « règlement CLP », *J.O.*, L 353/2 du 31 décembre 2008, p. 10.

⁵⁹ CNRS, « stratégie de test pour la mutagénicité sous REACH », 2007, www.prc.cnrs-gif.fr/reach/fr/diagrams/testing_strategy_muta_fr.pdf.

⁶⁰ Le scénario d'exposition final est présenté sous la rubrique pertinente du rapport sur la sécurité chimique et inclus dans une annexe à la fiche de données de sécurité.

⁶¹ L'autorisation s'applique, sans limite de tonnage, aux substances très préoccupantes, c'est-à-dire les cancérigènes, mutagènes et toxiques pour la reproduction de catégorie 1 et 2 (CMR 1 et 2), les substances persistantes, bioaccumulables et toxiques (PBT), les substances très persistantes et très bioaccumulables (vPvB) conformément aux critères de l'annexe XIII et, par extension, à toute substance qui suscite un niveau de préoccupation équivalent aux CMR ou PBT/vPvB.

principe de substitution qui a pour objectif le remplacement des substances les plus nocives par des substances moins dangereuses pour la santé humaine et l'environnement⁶².

La première phase de cette procédure consiste en l'identification de substances éligibles à la procédure d'autorisation et à l'établissement par l'ECHA d'une liste candidate ou, en cas de divergences avec le comité des États membres, une possible intervention de la Commission est prévue. En outre, après avis du comité d'évaluation des risques et du comité d'analyse socio-économique⁶³, et à la suite de la décision adoptée par la Commission, la deuxième étape se matérialise par l'inclusion de la substance chimique qui a fait l'objet d'une autorisation dans la liste de l'annexe XIV du règlement REACH⁶⁴.

D'autre part, la procédure de restriction permet une restriction d'utilisation de substances dangereuses en tant que telles ou contenues dans des articles ou préparations. Ce mécanisme permet à la Commission européenne ou aux États membres d'intervenir pour proposer des mesures de gestion des risques pour toute substance, sans condition de tonnage, et ce, dès lors qu'ils estiment que la mise sur le marché ou l'utilisation de cette substance entraîne un risque inacceptable pour la santé ou l'environnement. L'ECHA peut également proposer des mesures de restrictions autres que celles déjà présentées. Dans ce cadre, le Comité d'évaluation des risques et le Comité d'analyse socio-économique contrôlent que le dossier présenté soit conforme aux prescriptions de l'annexe XV⁶⁵.

Ainsi, l'inscription à l'annexe XVII du règlement REACH précise quelles sont les restrictions qui frappent la substance chimique. Il en résulte que dès lors qu'un industriel veut mettre une substance incluse à l'annexe XVII sur le marché, ce dernier doit se conformer aux conditions qui y sont décrites.

Mais l'innovation majeure opérée par le règlement REACH se situe dans l'élaboration de Forums d'échange d'informations sur les substances (ci- après « les FEIS ») permettant aux déclarants d'une même substance chimique, dès le stade de l'enregistrement, de soumettre conjointement la partie technique du dossier. La création des FEIS a pour objectif de répondre à plusieurs enjeux. Tout d'abord, ces structures permettent le partage des données ainsi que la mutualisation des études. Par ailleurs, ce mécanisme est destiné à éviter les essais inutiles sur les animaux vertébrés. Enfin, les entreprises s'inscrivent à des FEIS en vue de s'accorder sur la classification et l'étiquetage des substances concernées lorsque cette classification diffère entre les déclarants potentiels.

En pratique, un FIES est formé dès lors que les déclarants potentiels d'une substance, présente sur la liste des substances préenregistrées, s'accordent pour dire qu'ils fabriquent ou importent une substance similaire, permettant ainsi une soumission conjointe du dossier d'enregistrement comprenant des données valides⁶⁶ auprès de l'ECHA. Par le biais de ce

⁶² Le principe de substitution irrigue le règlement REACH et se trouve au cœur de cette réglementation européenne destinée, à termes, à éradiquer les substances les plus préoccupantes pour la santé humaine et pour l'environnement.

⁶³ Article 133 du règlement REACH.

⁶⁴ Sous l'effet des modifications régulières de l'annexe XIV du Règlement REACH, les autorisations des substances chimiques font l'objet de mises à jour constantes. En ce sens, voir Règlement (UE) n° 125/2012 de la Commission du 14 février 2012 modifiant l'annexe XIV du règlement (CE) n° 1907/2006 du Parlement européen et du Conseil concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques, ainsi que les restrictions applicables à ces substances (REACH), *J.O.*, L 41 du 15 février 2012, p. 1.

⁶⁵ Article 70 du règlement REACH.

⁶⁶ Article 11 du règlement REACH.

dispositif, les industriels répondent à toutes les demandes d'informations qui leur sont adressés. Pour ce faire, les membres des FEIS ont l'obligation de désigner rapidement un déclarant principal.

La diffusion des informations s'exerce également par le biais de fiches de données de sécurité « tout au long de la chaîne d'approvisionnement⁶⁷ pour permettre à tous les acteurs de s'acquitter de leurs obligations en matière de gestion des risques résultant de l'utilisation de substances ». L'article 31 du règlement REACH impose à l'ensemble des acteurs de la chaîne d'approvisionnement des substances en tant que telles ou contenues dans des articles ou préparations, de fournir des informations sur ces dernières par le biais d'une fiche de données de sécurité, élaborée sur support papier ou informatique.

Ces fiches de données de sécurité constituent le document principal de la transmission de l'information entre les acteurs de la chaîne d'approvisionnement, de l'amont vers l'aval. Par ailleurs, elles contribuent à l'amélioration des conditions de travail en entreprise par leur communication aux travailleurs. Ce document, qui intègre l'identification des dangers, assure à tous les acteurs d'une chaîne d'approvisionnement la délivrance de données nécessaires à une utilisation conforme des substances chimiques.

L'information constitue un objectif clé de la réglementation REACH aussi bien entre les acteurs du secteur privé qu'à l'égard du public. En effet, cette norme est marquée par une référence expresse à la Convention d'Aarhus. La Convention d'Aarhus du 25 juin 1998⁶⁸ sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, entrée en vigueur le 30 octobre 2001, qui a élaboré le socle du droit à l'information du public et a contribué à son épanouissement⁶⁹. À ce titre, la réglementation sur les substances chimiques a expressément admis que « les citoyens de l'Union européenne devraient avoir accès à des informations sur les substances auxquelles ils risquent d'être exposés, afin de pouvoir prendre, en connaissance de cause, des décisions sur l'utilisation qu'ils souhaitent faire de ces substances [...]. Il convient que l'Agence et les États membres permettent l'accès à l'information conformément à la directive 2003/4/CE [...] au règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai⁷⁰ [...] et à la convention de la CEE-ONU sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, à laquelle la Communauté européenne est partie »⁷¹.

⁶⁷ Article 3.17 du règlement REACH : la chaîne d'approvisionnement est entendue comme « l'ensemble des fabricants et/ou importateurs et/ou utilisateurs en aval (...) ».

⁶⁸ J.-F. NEURAY, *Droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Précis de la faculté de l'Université Libre de Bruxelles », 2001, p. 160 et s.

⁶⁹ Voy. notamment sur cette question : E. POZO VERA, « *The Aarhus Convention: a tool for environmental democracy and defending consumers rights on the environment* », *European Journal of Consumer Law*, 2011, p. 53 ; M. PRIEUR, « La Convention d'Aarhus, instrument universel de la démocratie environnementale », *RJE*, n° spécial 1999, pp. 22-40, spéc. p. 22 ; M. PRIEUR, « Le droit à l'environnement », *J.-Cl. Administratif*, Fasc. 360, 2013, introduction, n° 14 et s.

⁷⁰ Règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, *J.O.*, L 145 du 31 mai 2001, p. 43-48. Notons qu'en droit français, le droit de toute personne d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues, reçues ou établies par les autorités publiques mentionnées à l'article L. 124-3 du Code de l'environnement ou pour leur compte à l'article L 124-1 du même Code. L'accès aux documents administratif a été institué par la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal.

⁷¹ Considérant n° 97 du règlement REACH.

b) Le Toxic Substances Control Act

Ce texte est issu d'une loi sur le contrôle des substances toxiques du 11 octobre 1976 est la principale loi des États-Unis en matière de fabrication, d'importation, de distribution et d'utilisation des substances chimiques.

Cette loi donne pouvoir à l'*Environmental Protection Agency* (EPA – agence américaine de protection de l'environnement) d'examiner et de gérer les produits chimiques avant et après leur arrivée sur le marché. Pour ce faire, l'industrie doit informer l'EPA au moins 90 jours avant la production ou l'importation d'une nouvelle substance et fournir divers renseignements que l'EPA pourra utiliser pour déterminer les risques que cette substance peut présenter. Dès lors, toute donnée permettant de penser qu'un produit chimique présente un risque substantiel doit être déclarée. Il s'agit d'une notification.

Dès lors, l'EPA procède à l'examen des préavis de fabrication et à des évaluations toxicologiques de chaque substance dès lors que les industriels ne communiquent pas suffisamment de données toxicologiques et ne réalisent pas suffisamment de tests physiologiques. L'Agence utilise alors diverses approches générales concernant ces nouveaux produits chimiques pour combler les lacunes en matière de renseignements afin d'évaluer rapidement les risques potentiels et prendre des décisions de gestion des risques. L'EPA utilise l'analyse portant sur la « connaissance des substances actives » pour estimer ou prédire les propriétés physiques et chimiques, le devenir dans l'environnement et les effets sur l'homme et sur l'environnement. Ainsi, lorsque les informations apparaissent comme insuffisantes, l'EPA a la charge de réaliser des tests complémentaires. La loi oblige l'EPA à démontrer certains risques pour la santé ou l'environnement avant d'obliger les entreprises à tester davantage leurs produits chimiques, alors que dans le cadre du règlement REACH, ce sont les industriels qui doivent prouver la maîtrise du risque. Or, dans la mesure où l'EPA est incapable d'évaluer et de contrôler les risques, des produits chimiques nocifs sont mis librement sur le marché. Ce phénomène se trouve en totale contradiction avec le règlement REACH qui impose, rappelons-le, le principe « pas de données, pas de marché » obligeant les entreprises à fournir les éléments toxicologiques et éco-toxicologiques etc. nécessaires afin que la substance exploitée puisse librement circuler sur le territoire de l'Union européenne.

L'EPA peut examiner des produits chimiques afin de déterminer s'ils posent un risque « non raisonnable », auquel cas elle peut prendre diverses mesures pour les interdire, en restreindre l'usage ou les gérer d'une autre manière. En effet, l'EPA doit être convaincue qu'il existe un motif raisonnable de croire que le produit présente ou présentera un risque déraisonnable pour la santé humaine et/ou l'environnement et doit choisir la mesure réglementaire la moins lourde pour réagir à ce risque, c'est-à-dire qui tient compte des coûts et avantages de la mesure proposée. De ce mécanisme, on en déduit que l'analyse socio-économique réalisée dans le cadre du règlement REACH au titre de laquelle il est prévu que « l'Agence devrait examiner la nécessité d'une proposition de restriction si elle estime que l'utilisation de ces substances dans des articles présente un risque pour la santé humaine ou pour l'environnement qui n'est pas valablement maîtrisé »⁷², apparaît similaire⁷³. En effet, il est prévu que, dans le cadre d'un bilan coûts-avantages, la Commission européenne mette en balance les avantages sanitaires et environnementaux et les avantages économiques de sorte que si l'industriel rapporte la preuve qu'il n'existe pas de substitut et que la mesure va avoir pour lui des effets très préjudiciables, ce dernier peut solliciter la mise sur le marché de la

⁷² Cette procédure est régie par les articles 67 à 73 ainsi que par l'article 139 du règlement REACH.

⁷³ Ceci vaut également pour la procédure d'autorisation.

substance. Néanmoins, l'approche de l'Union européenne et des États-Unis apparaît complètement opposée. Alors que le règlement REACH est fondé sur le principe de précaution qui tend à prendre en compte le risque dès lors même qu'il existe une incertitude, le *Toxic Substances Control Act* est davantage focalisé sur un risque qui serait déraisonnable. Cette dernière approche demeure à l'évidence beaucoup moins protectrice qu'un principe de précaution « raisonné », c'est-à-dire qui prendrait en compte à la fois la protection de la santé et de l'environnement tout en ne négligeant pas l'intérêt économique.

2) Les incidences pratiques des divergences entre les deux textes

Pourrait-on espérer une possible harmonisation entre le règlement REACH et le TFTA ou, au moins, une reconnaissance mutuelle des produits chimiques européens et américains ? (a). Une convergence réglementaire serait susceptible de voir le jour si et seulement s'il se produisait un durcissement de la réglementation américaine (b).

a) La possibilité d'une harmonisation et/ou d'une reconnaissance mutuelle ?

À l'instar de l'harmonisation réalisée entre les ordres juridiques de l'Union européenne par le biais de l'article 114 TFUE, on peut se demander si une harmonisation pourra intervenir entre le *Toxic Control Act* et le règlement REACH. Sur quelle base ? Quel serait le niveau de contrainte adopté ?

Compte tenu des divergences qui ont pu être soulignées précédemment, il paraît difficile qu'une véritable uniformisation des deux régimes juridiques puisse intervenir. À l'évidence, cela suppose que l'un des deux cadres réglementaires puisse bel et bien servir de dénominateur commun. Néanmoins, dans la mesure où il n'est pas envisageable de diminuer le niveau de contrainte édicté par le législateur de l'Union européenne, la question majeure est de savoir si les États-Unis acceptent de se conformer aux prescriptions du règlement REACH telles qu'elles sont appliquées depuis 2007 jusqu'à aujourd'hui. En l'état actuel de ces deux réglementations, bien qu'elles marquent une relative similarité sur certains points, il est difficile d'imaginer que le règlement REACH soit adopté *stricto sensu* dans le cadre de l'accord transatlantique.

S'agissant par ailleurs de la reconnaissance mutuelle, au titre de ce principe, « un produit légalement fabriqué et commercialisé dans un État membre peut circuler librement sur l'ensemble du territoire communautaire » sauf admission d'une exception permettant à un État de refuser l'entrée sur son territoire. Les autorités nationales doivent accepter la commercialisation sur leur territoire de produits fabriqués dans des conditions licites et mis en circulation dans un autre État membre sauf dans l'hypothèse où ils seraient fondés à invoquer des « exigences impératives » découlant d'une réglementation nationale indistinctement applicable aux produits nationaux et importés.

Au vu de ces éléments, il semblerait que le principe de reconnaissance mutuelle soit davantage envisageable dans la mesure où il sera concrètement très difficile de d'harmoniser deux réglementations aussi disparates sauf si les États-Unis, déjà engagés dans la voie d'un durcissement de leur réglementation sur les produits chimiques à la suite de l'entrée en vigueur du règlement REACH, acceptent d'adopter le niveau imposé par l'Union européenne en matière de produits chimiques.

Néanmoins, de quelle manière est-il possible d'appliquer le principe de la reconnaissance mutuelle dès lors que les standards posés par les deux réglementations divergents tant dans l'application du principe de précaution que de la manière dont la gestion du risque chimique est organisée ? Les deux réglementations doivent ainsi prévoir le même processus permettant la mise sur le marché des substances chimiques à différents stades : l'évaluation préalable des substances chimiques ; le système de classification et d'étiquetage ; l'application des mesures de gestion des risques ainsi que l'élaboration des fiches de données de sécurité.

Si l'Accord transatlantique venait à imposer l'application du principe de reconnaissance mutuelle entre les États-Unis et l'Union européenne, la question est de savoir de quelle manière l'Union européenne pourra refuser un produit chimique composé de substances chimiques interdite en Europe mais encore admises aux États-Unis. L'Europe se verra-t-elle contrainte d'accepter l'importation de produits dont la dangerosité ne fait plus aucun doute ou pour lesquels il existe un risque de nocivité ?

Afin de répondre à cette interrogation d'une certaine acuité, on peut légitimement considérer qu'il serait légitime – compte tenu des avancées constatées auprès de l'Organisation Mondiale du Commerce⁷⁴ quant à la prise en compte de l'environnement et de la santé – d'admettre que les États membres de l'Union européenne puissent invoquer l'Accord relatif aux obstacles techniques au commerce dit « Accord OTC »⁷⁵ et l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires dit « Accord SPS »⁷⁶, repris par le TFTA, et ce, afin d'élaborer des normes de protection plus contraignantes. En effet, l'article 3, § 3 de l'Accord SPS prévoit que « les Membres pourront introduire ou maintenir des mesures sanitaires ou phytosanitaires qui entraînent un *niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire plus élevé* que celui qui serait obtenu avec des mesures fondées sur les normes, directives ou recommandations internationales pertinentes s'il y a une justification scientifique ou si cela est

⁷⁴ *Communautés européennes-mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés*, rapport de l'Organe d'appel, 16 janvier 1998, WT/DS26/AB/R et WT/DS28/AB/R. Voir également, *Australie – Mesures visant les importations de saumons*, Rapport du Groupe spécial WT/DS18/R, 12 juin 1998, pt. 8 ; *États-Unis – Essence*, Rapport WT/DS2/AB/R, 20 mai 1996, p. 33 : l'Organe d'appel a souligné le fait que « les Membres de l'OMC sont libres d'adopter leurs propres politiques visant à protéger l'environnement pour autant que, ce faisant, ils s'acquittent de leurs obligations et respectent les droits que les autres Membres tiennent de l'Accord sur l'OMC » ; *CE - Mesures applicables à l'amiante et aux produits contenant de l'amiante*, WT/DS135/AB/R, 12 mars 2001, AB-2000-11, pt. 168 ; *Etats-Unis – Essence*, Rapport WT/DS2/AB/R, 20 mai 1996, p. 33 ; *Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et certains produits à base de crevettes*, Rapport WT/DS58/AB/R, 6 novembre 1998, § 185.

⁷⁵ Les négociations commerciales du Tokyo Round (1973-1979) au cours desquelles les participants avaient examiné jusqu'à quel point les mesures environnementales (règlements techniques et normes) pouvaient faire obstacle au commerce, donnèrent naissance à l'Accord du Tokyo Round relatif aux obstacles techniques au commerce (OTC), aussi appelé « Code de la normalisation ». Cet accord a été élaboré dans le but d'éviter que les règlements techniques et les normes, ainsi que les procédures d'essai et de certification ne constituent des motifs à des obstacles injustifiés au commerce entre les Membres de l'OMC. Il admet néanmoins qu'un État puisse élever le niveau de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, la préservation des végétaux ou la protection de l'environnement et adopter les mesures qu'il considère comme nécessaires.

⁷⁶ L'accord SPS a été élaboré en vue d'appliquer des mesures sanitaires et phytosanitaires. Il concerne ainsi les réglementations relatives à l'innocuité des produits alimentaires, à la santé des animaux et à la préservation des végétaux. À l'instar de l'accord OTC, il admet que les autorités nationales puissent adopter de telles réglementations mais à la condition qu'elles soient strictement nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, c'est-à-dire qu'elles ne créent pas de discrimination arbitraire ou injustifiée entre les Membres alors même que des conditions identiques ou similaires existent entre les produits. Dans le but d'harmoniser le plus largement possible les mesures sanitaires et phytosanitaires, les accords SPS amènent les Membres à établir les mesures qu'ils adoptent conformément à des normes, directives et recommandations internationales, dans l'hypothèse où il en existe.

la conséquence du niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire qu'un Membre juge approprié (...) ».

Il semblerait de surcroît, que le régime juridique sur les substances chimiques entre dans le champ d'application *ratione materiae* de l'Accord SPS dans la mesure où l'article 1, § 3 dispose que « tous les produits, c'est-à-dire les *produits industriels* et les produits agricoles, seront assujettis aux dispositions du présent accord ». On en déduit alors que l'Union européenne devrait pouvoir – sans porter atteinte à ses engagements internationaux –, conformément à l'article 114, §§ 4 et 5, prendre des mesures de protection plus élevées dès lors que celles-ci apparaissent légitimement fondées.

Au final, que ce soit l'harmonisation et/ou la reconnaissance mutuelle qui soit adoptée dans le cadre du TFTA, il ne faudrait pas que les concessions réalisées par l'Union européenne se répercutent sur le haut niveau de protection sanitaire et environnementale poursuivi par les institutions européennes. À ce titre, les avancées des États-Unis en matière de gestion des produits chimiques les plus dangereux laisse entrevoir l'éventualité d'une issue positive pour l'application de l'un de ces deux mécanismes voire de leur application simultanée.

b) Une possible convergence réglementaire assurée par le durcissement de la réglementation américaine

Afin de répondre à l'amplification des préoccupations environnementales et sanitaires actuelles, les États-Unis ont rapidement durci leurs contrôles sur les produits chimiques les plus dangereux. En effet, l'EPA a pris l'initiative de poursuivre un processus d'identification des substances les plus préoccupantes et a publié par la suite une liste des « *Chemicals of Concern* » qui ont fait prioritairement l'objet de restrictions ou d'interdictions. Dès lors, le texte du *Safe Chemicals Act 2010* entend pallier les graves manquements de la législation en vigueur en responsabilisant les industriels vis-à-vis des produits en leur imposant notamment l'obligation de tester l'impact environnemental et sanitaire des substances avant la mise sur le marché. Ce texte élargit également les pouvoirs de l'EPA en termes de contrôles et de répression en cas de manquements à la réglementation en vigueur⁷⁷. Ces dispositions se rapprochent alors sensiblement de celles du règlement REACH.

Par ailleurs, il convient de noter qu'un important débat a été lancé aux États-Unis en 2012 en vue d'une révision de la réglementation sur les produits chimiques. Le projet de loi, proposé officiellement en avril 2011, prévoit d'imposer aux fabricants d'apporter la preuve que leurs produits sont sûrs et sans danger pour l'homme et l'environnement. Ce ne serait donc plus les autorités publiques qui auraient à prouver que les risques liés aux substances qu'ils produisent sont valablement maîtrisés. On observe un alignement sur la réglementation européenne au niveau du renversement de la charge.

Le texte proposé par les démocrates qui fixe de nouvelles règles en la matière est largement débattu depuis un an sur tout le territoire des États-Unis. Les républicains, qui reconnaissent que le *Toxic Substances Control Act* en vigueur depuis 1976 nécessite une révision urgente, ont pourtant refusé devant le Sénat le nouveau projet intitulé *Safe Chemicals Act of 2011*, qui par ailleurs équivaut à la réglementation REACH de l'Union européenne, en

⁷⁷ Voir en ce sens, E. REBOULET, G. DONATI, « Les États-Unis adoptent la "REACH attitude"... », www.acteinternational.com, avril 2010.

raison certainement des délais trop brefs de mise en œuvre et de la période pré-électorale peu propice à l'introduction de nouvelles mesures.

Enfin, le système d'étiquetage international harmonisé des produits chimiques des Nations unies (ci-après «système SGH»)⁷⁸ permettrait un élan vers l'harmonisation. C'est en 1992, lors du sommet mondial de Rio sur l'environnement et le développement organisé sous l'égide des Nations Unies, que ce système général harmonisé a été initié dans le but de renforcer les efforts internationaux. Il s'agissait de mettre en œuvre une gestion plus effective et plus efficace des produits chimiques. En effet, les paragraphes 26 et 27 du Chapitre 19 de l'Action 21 précisent que « l'on ne dispose pas encore de système de classification et d'étiquetage harmonisé au plan mondial pour promouvoir l'utilisation sans danger des produits chimiques au travail, à la maison ou ailleurs (...) Il y a lieu de mettre au point, sur la base des travaux en cours, des systèmes harmonisés de classification des risques et d'étiquetage ».

En pratique, il aurait été impossible d'aboutir à un accord si les États-Unis n'avaient adhéré au système GSH dans la mesure où ce système se trouve être, par le biais du règlement CLP, le pendant du règlement REACH. En outre, l'adoption du système SGH constitue une avancée très positive pour l'adoption du principe de reconnaissance mutuelle des produits chimiques les plus dangereux. Déjà en ce qui concerne l'étiquetage, la classification et l'emballage.

Sur cette question, *les Amis de la Terre* s'inquiètent des conséquences que pourraient avoir le TTIP sur les régulations de l'industrie chimique dite « REACH »⁷⁹. Cette organisation non-gouvernementale explique que l'accord transatlantique pourrait exiger de l'UE d'accorder une « reconnaissance mutuelle » aux produits chimiques considérés comme sans risques aux États-Unis, mais pas en Europe. Le Traité transatlantique aurait ainsi pour conséquence soit d'harmoniser par le bas la réglementation européenne de manière à ce que ses dispositions rejoignent le niveau des standards américains soit un alignement du cadre juridique américain sur le modèle du règlement REACH. La deuxième hypothèse paraît toutefois plus improbable ce qui, *in fine*, limiterait la possibilité pour l'Union européenne de réguler les produits chimiques toxiques.

Au vu de ces éléments, on peut imaginer une coopération réglementaire entre les industries chimiques européennes et américaines, que ces dernières réclament sans aller jusqu'à une harmonisation totale. Reste à savoir si ce qui est prévu à l'accord transatlantique permettra cette coopération.

⁷⁸ Voir sur ce point J.-A. BUSQUET, « Impact de deux nouveaux règlements européens encadrant les substances chimiques » : CLP (application du SGH) et REACH, Thèse de pharmacie, Université Bordeaux 2, 2009.

Ainsi, en octobre 1999, le SGH a été adopté par le Conseil économique et social des Nations Unies. Sa première version connue sous le nom de « Livre mauve » a été approuvée les 11 et 13 décembre 2002 par le Comité d'experts de l'ONU. La première édition révisée est intervenue en 2003, la deuxième en 2007 et la troisième fut publiée en juillet 2009. En précisant au considérant 1.1.1.1. du Livre mauve que « bien que les lois et les règlements existants se ressemblent à bien des égards, les divergences sont suffisamment importantes pour que, pour un même produit chimique, suivant les pays, des étiquettes et des FDS différentes soient prescrites », les rédacteurs du texte ont sous-entendu la nécessité pour les autorités nationales de se conformer à une réglementation internationale harmonisée afin « d'établir une infrastructure pour contrôler l'exposition à ces produits chimiques et pour assurer la protection des personnes et de l'environnement, et ce, au niveau global » (le considérant 1.1.1.3.).

⁷⁹ A. SINAI, « La protection des consommateurs et de l'environnement au risque du libre-échange transatlantique », www.actu-Environnement.com, 10 septembre 2013

B) Le TFTA créateur de risques pour la portée du règlement REACH

La possibilité de mettre en place un arbitrage entre l'État et les investisseurs pouvant déboucher sur un mépris des mesures nationales plus sévères (1) ainsi que les craintes de pressions des entreprises américaines sur les entreprises européennes (2) sont autant de risques émanant des négociations du Traité transatlantique.

1) L'arbitrage État-investisseur au mépris des mesures nationales plus sévères

Le Traité transatlantique prévoit un chapitre élaborant un mécanisme de règlement des différends à travers lequel les multinationales et investisseurs étrangers auront la possibilité de porter plainte contre les gouvernements devant des tribunaux internationaux et les poursuivre pour des lois ou réglementations qui feraient obstacle à leur profits ou investissements. Dès lors, les investisseurs pourraient avoir la possibilité de porter plainte contre un État s'ils considèrent que les évolutions de la législation les pénalisent. Ces dispositions auraient alors pour effet de restreindre les possibilités d'intervention des régulateurs voire des gouvernements. Il en résulterait que, dès lors qu'elles considéreraient que des lois à vocation environnementale, sociale, de santé publique interfèreraient avec leurs profits, les entreprises américaines investissant en Europe se verraient reconnaître la latitude de passer outre les cours européennes en vue de s'attaquer directement aux gouvernements européens *via* des tribunaux d'arbitrage privé.

Or, dans un plus d'élévation du niveau de protection de la santé humaine et de l'environnement, il est légitime pour les États de conserver une marge d'appréciation quant à la dangerosité d'un produit et donc un rôle normatif bien réel. Dans ce contexte, il convient de concilier l'intérêt général – à savoir l'intérêt des consommateurs et l'intérêt général environnemental – avec les intérêts privés des investisseurs. Un équilibre entre les impératifs divergents en présence doit être impérativement réalisé. Néanmoins, force est d'admettre que cette conciliation sera difficile à atteindre surtout dans le cadre d'un accord de libre-échange avec les États-Unis qui demeurent moins enclins – contrairement aux États-membres de l'Union européenne – à adopter sur une vision visant à trouver un équilibre subtil les exigences économiques et non-économiques. En outre, l'arbitrage tel que prévu par le Traité transatlantique ne doit pas constituer une remise en cause de la possibilité pour les États-membres de l'Union européenne d'établir un niveau de protection très élevé de l'environnement et de la santé humaine au sens de l'article 114, § 3 TFUE⁸⁰ par le mesure nationales plus sévères adoptées ou maintenues sur le fondement de l'article 114, §§ 3, 5 et 10 TFUE.

En conséquence, même s'il convient d'admettre que les mesures dérogatoires peuvent déboucher « sur une confrontation : d'une part, elles sont susceptibles de porter atteinte à l'unité du marché intérieur, et à l'application uniforme du droit de l'Union, alors que d'autre part, elles répondent aux attentes légitimes des États membres, ainsi qu'à la volonté des auteurs des Traités de trouver un meilleur équilibre entre l'intégration économique et les valeurs non marchandes »⁸¹, elles restent incontournables lorsqu'il s'agit de protéger la santé du consommateur ainsi que l'environnement.

⁸⁰

⁸¹ N. DE SADELEER, « Les dérogations nationales à l'harmonisation du marché intérieur : examen au regard de l'article 114, §§ 4-7 TFUE », *Jean Monnet Working Paper Series, Environment and Internal Market*, 2013/3, pp. 1-30, spec. p. 2.

Au regard de ces divers éléments, il convient de se poser deux questions : d'une part, le mécanisme de l'arbitrage constitue-t-il un signe de résurgence du conflit entre les exigences marchandes et non-marchandes ? D'autre part, ce mécanisme ne se trouve-t-il pas en contradiction avec le règlement REACH qui permet aux États membres de l'Union européenne d'adopter ou de maintenir des normes d'harmonisation plus sévères que ce qui est prévu au niveau européen.

On peut constater que le règlement REACH offre une certaine latitude aux États membres pour que ces derniers puissent adopter des mesures nationales plus sévères. En effet, tout ne semble pas totalement uniformisé par cette réglementation européenne. Afin d'illustrer notre observation, il convient de se référer à l'article 128, § 2 du règlement REACH qui précise qu'« aucune disposition du présent règlement n'empêche les États membres de maintenir ou de fixer des règles nationales visant à protéger les travailleurs, la santé humaine et l'environnement et s'appliquant *dans les cas où le présent règlement n'harmonise pas les exigences en matière de fabrication, de mise sur le marché ou d'utilisation*⁸² ». Les termes de cette disposition semblent indiquer que le législateur de l'Union européenne ait pris en compte *des cas* que le règlement n'harmonise pas⁸³.

De surcroît, le règlement REACH insère une clause de sauvegarde à l'article 129 disposant que « lorsqu'un État membre est fondé à estimer qu'une action d'urgence est indispensable pour protéger la santé humaine ou l'environnement en ce qui concerne une substance telle quelle ou contenue dans une préparation ou un article, bien qu'elle satisfasse aux prescriptions du présent règlement, il peut prendre des mesures provisoires appropriées (...) »⁸⁴.

En pratique, l'arbitrage constitue un danger pour la souveraineté des États membres de l'Union européenne qui, conformément à l'article 114, § 4 et 5 TFUE ainsi qu'à l'article 128, § 2 du règlement REACH peuvent adopter des mesures nationales plus sévères et élever ainsi le niveau de protection tel qu'il est prévu par la réglementation européenne.

Dans ces conditions, il est légitime de craindre que le Traité transatlantique constitue une remise en cause des dispositions du règlement REACH⁸⁵ voire même de « l'esprit » orienté vers la promotion d'un haut niveau de protection de l'environnement et de la santé mis en exergue à travers les articles du texte mentionnés ci-dessus.

En outre, il convient de se demander si le mécanisme de l'arbitrage ne pourra pas être contrebalancé par une clause de circulation confortée par la possibilité, au titre des Accords SPS et OTC, d'adopter des normes plus sévères en vue d'élever le niveau de protection accordé à l'environnement et à la santé.

⁸² Nous soulignons.

⁸³ Conclusions de Mme l'Avocat Général J. KOKOTT présentées le 13 décembre 2012 sous C.J.U.E., 7 mars 2013, *Lapin elinkeino-, liikenne- ja ympäristökeskuksen liikenne ja infrastruktuuri -vastuualue/Lapin luonnonsuojelupiiri ry*, aff. C- 358/11, *J.O.*, C 269 du 10 septembre 2011, pt. 11.

⁸⁴ Notons que la réglementation sur les substances chimiques ne fait que reprendre ce qui avait déjà été prévu par la directive Directive « classification » du 27 juin 1967. En effet, l'article 31 de ce texte indiquait qu'un État membre qui avait des raisons valables de considérer qu'une substance présentait un danger pour l'homme ou l'environnement, pouvait interdire ou soumettre à des conditions particulières la mise sur le marché de cette substance sur son territoire sous réserve de respecter les conditions nécessaires à l'admission des mesures nationales contraignantes et ce, en vue de respecter une protection équilibrée des intérêts divergents.

⁸⁵ R. BIDOCHON, « L'accord transatlantique risque de remettre en cause REACH », www.euractiv.fr, 5 décembre 2013.

Le problème qui se pose est que les investisseurs sont protégés contre le « changement politique imprévisible », qu'ils considèrent comme des attentes « légitimes ». En effet, les inquiétudes se situent dans le fait que cette disposition prohibe toute « violation des attentes légitimes des investisseurs ». Dès lors, « l'interdiction d'un produit chimique, qui s'avère nuisible à la santé publique, pourrait donc être considérée comme une violation de cette disposition ». Ainsi, l'ajout d'une substance dangereuse à l'annexe XIV de REACH relative à l'autorisation, et qui mène à l'interdiction de cette substance, pourrait être vue comme allant à l'encontre des intérêts des investisseurs.

2) Le risque de pressions des entreprises américaines sur les entreprises européennes

La création de consortiums entre l'Europe et les États-Unis (a) ainsi que la réduction par l'accord transatlantique des effets négatifs provoqués par le règlement REACH (b) sont vecteurs de pressions qui vont être réalisées sur l'Union européenne dans le cadre des négociations.

a) La création de consortiums entre l'Europe et les États-Unis

Les avantages générés par l'accord de libre-échange entre les États-Unis et l'Union européenne pour la compétitivité de l'industrie chimique européenne pourraient-ils engendrer des concessions de la part de la Commission européenne ?

L'article 1^{er} précise que « le présent règlement vise à assurer un niveau élevé de protection de la santé humaine et de l'environnement, *y compris la promotion de méthodes alternatives* pour l'évaluation des dangers liés aux substances, ainsi que la libre circulation des substances dans le marché intérieur tout en améliorant la compétitivité et l'innovation »⁸⁶. La recherche et le développement nécessiteront très certainement une coopération plus étroite entre les entreprises et les instituts de recherche européens. Les coûts de cette recherche ainsi que les investissements qui en résultent intégreront les nouvelles contraintes. Ceci aura, sur le long terme, pour effet d'accroître la compétitivité des entreprises européennes qui mettront leurs efforts en commun avec les puissantes entreprises américaines en réduisant les coûts de la recherche. Ce rapprochement des entreprises européennes et américaines aura très probablement été facilité par le développement de grands consortiums européens résultant de la coopération, dans le cadre des FIES, de sociétés exploitant une substance chimique identique.

En effet, le mécanisme de transmission des informations et la coopération qui en résulte peuvent mener, au niveau des contrats de consortium « REACH », à des situations discriminatoires. Ces pratiques vont avoir des incidences sur les coûts très élevés liés aux droits d'entrée, à la réalisation des tests, aux frais administratifs et de fonctionnement ainsi qu'au paiement pour l'accès aux informations. Toute société devrait en réalité pouvoir accéder à ces regroupements. Néanmoins, les coûts sont parfois trop importants pour qu'elles puissent engager des investissements financiers de grande envergure. Il en résulte que certaines entreprises, notamment les petites et moyennes entreprises, doivent renoncer aux études scientifiques ou à l'entrée dans un consortium. L'article 30 du règlement REACH impose un partage des données entre les membres d'un même FIES. Mais il sera très difficile pour l'ECHA d'opérer une distinction entre un coût d'accès discriminatoire et un coût équitable qui

⁸⁶ Nous soulignons.

correspondrait à l'ampleur de l'étude et des investissements engagés à cet effet⁸⁷. À l'heure actuelle, les entreprises se plaignent encore des coûts disproportionnés d'accès aux études des propriétés de ces dernières⁸⁸. Afin d'éviter ces dérives, un partage d'informations fondé sur un système de compensation financière⁸⁹ est institué dans le cadre de la mutualisation des données. En effet, il apparaît nécessaire qu'une *répartition équitable des charges entre tous les membres d'un FIES ou d'un consortium soit réalisée*, et ce afin que ne soient pas écartés ceux qui se verraient affecter une charge financière trop lourde par rapport à d'autres, notamment les petites et moyennes entreprises. À cet effet, il est prévu au règlement REACH que, « dans le mois qui suit la demande, le propriétaire de l'étude fournit la preuve des coûts qu'il a engagés au(x) membre(s) qui demandent à disposer de l'étude. Le ou les membres et le propriétaire mettent tout en œuvre pour faire en sorte que les coûts du partage des informations soient déterminés d'une manière équitable, transparente et non discriminatoire [...] »⁹⁰. Force est d'admettre que les petites et moyennes entreprises ne peuvent pas toujours faire face aux contraintes réglementaires imposées par le règlement REACH et que leur élimination du marché s'opère naturellement. Dans ces conditions, l'apparition de consortium de grande envergure est à prévoir. Dès lors, seuls ces types de groupements d'affaires pourront nouer des relations contractuelles avec les puissantes firmes américaines. Ce phénomène va ainsi avoir pour conséquence d'accroître la compétitivité ainsi que la capacité d'innovation des entreprises européennes.

Il n'en demeure pas moins que le caractère positif de ces répercussions ne doit pas amener la Commission à abaisser le niveau de protection de l'environnement et de la santé humaine tel qu'il est prévu au sein de l'Union européenne en général et dans le règlement REACH, en particulier.

b) La réduction des effets négatifs provoqués par le règlement REACH

Lors des négociations qui ont précédé l'adoption du règlement REACH, les risques d'isolement de l'industrie chimique européenne furent invoqués à maintes reprises. En effet, rappelons que Tony Blair, Jacques Chirac et Gerhard Schröder avaient présenté une lettre commune auprès de la Commission européenne dans laquelle ils l'avaient mise en garde contre

⁸⁷ S. BEAL et al., « Les effets d'une réglementation sur la concurrence et l'innovation : première analyse de la réglementation européenne REACH », *Economie & prévision*, 2011/1, n° 197-198, pp. 63-79, spéc. p. 70.

⁸⁸ Commission européenne, Rapport général sur le règlement REACH, rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions, conformément à l'article 117, paragraphe 4, du règlement REACH et à l'article 46, paragraphe 2, du règlement CLP, ainsi que réexamen de certains éléments du règlement REACH conformément à son article 75, paragraphe 2, et à son article 138, paragraphes 2, 3 et 6, Bruxelles, 5 février 2013, COM(2013) 49 final, précité, p. 34.

⁸⁹ S. BEAL et al., « Les informations exigées par la législation REACH : Analyse du partage des coûts », *Revue d'économie politique*, 6/2010, Vol. 120, pp. 991-1014, spéc. p. 993 : l'auteur explique que chaque donnée a un coût de reproduction correspond à l'investissement que devrait réaliser un agent afin de reproduire la donnée. Ce partage de données est une situation de pure compensation dans la mesure où les agents non propriétaires de données offrent une compensation aux agents propriétaires en échange de l'accès aux données ; voir également Y. DONVAL, F. PUEL, G. PEZZALI et O. SALTRE, « L'impact de Reach sur la Supply Chain, supply chain magazine », n° 38, octobre 2009, p. 2.

⁹⁰ Article 30, § 1^{er}, alinéa 2 du règlement REACH. Notons que l'Union des Industries Chimiques effectue plusieurs recommandations. D'une part, il est nécessaire d'avoir un ordre du jour ainsi que des comptes-rendus qui reflètent de manière précise les sujets et les discussions en vue de limiter les discussions à l'ordre du jour et demander un avis juridique si nécessaire. D'autre part, ainsi qu'il a été indiqué précédemment, faire appel à un tiers dépendant ou un mandataire (notamment un cabinet d'avocats) en cas de nécessité, notamment dans le cas d'échanges, entre entreprises d'informations, sur les tonnages respectifs lors de la détermination du calcul des coûts entre chaque participant, constitue une solution adéquate.

une aggravation « des risques de délocalisation de l'industrie » et de « désindustrialisation de l'Europe »⁹¹.

On ne peut en effet nier que le règlement REACH est susceptible d'affaiblir la position des entreprises européennes vis-à-vis de leurs concurrents extérieurs. Un produit chimique complexe, fabriqué en Europe, nécessite l'enregistrement de toutes les substances entrant dans sa composition, tandis que le même produit, fabriqué dans un pays tiers, ne fera l'objet que d'une seule procédure d'enregistrement de ce produit fini, lors de l'importation, le rendant ainsi moins cher que ses concurrents européens. Ceci aura pour conséquence de provoquer des distorsions de concurrence et par voie de conséquence, l'isolement de l'Europe vis-à-vis de l'Amérique du Nord et de l'Asie⁹². À ce titre, La Commission européenne avait fait part en juillet dernier de ses réticences à amender REACH mais la communication actuelle met davantage l'accent sur les bénéfices que peut apporter le Traité Transatlantique pour l'économie européenne, notamment 119 milliards d'euros d'augmentation du PIB et la création centaines de milliers d'emplois. Certains estiment que la levée des barrières concernant les produits chimiques pourrait augmenter de 8,39 % l'ensemble des exportations vers les États-Unis.

Il reste à savoir si la Commission envisage des compromis ou si elle refusera de remettre en cause la réglementation la plus complète au monde en matière de substances chimiques.

À ce titre, l'Union européenne serait d'autant moins fondée à faire des concessions aux États-Unis sur les enjeux sociaux, environnementaux ou sociétaux que, face aux orientations libérales et isolationnistes et aux pressions des intérêts économiques qui expliquent la position de retrait des États-Unis sur un certain nombre d'engagements internationaux, tout une partie de la société civile et du monde politique américains est naturellement très sensible à ces enjeux.

De ce point de vue, l'accord transatlantique peut être perçu comme permettant à l'Europe de ne plus être isolée du fait sous l'effet des contraintes induites par les dispositions de la réglementation sur les substances chimiques. Il n'en demeure pas moins que les effets positifs résultant de ce Traité ne doivent pas amener la Commission à réaliser des compromis trop importants.

Néanmoins, on peut se demander si la Commission européenne, à qui il incombe la négociation des accords internationaux sur la base de l'article 133, § 3 CEE ne va pas subir de pressions de la part des investisseurs américains. Par exemple, l'inclusion dans les annexes relatives à la restriction et à l'autorisation ne posera-t-elle pas des problèmes ? Les industriels vont-ils faire pression sur la Commission qui statue en dernier ressort, en vue de l'adoption ou de rejet des mesures de gestion, après avis du Comité d'analyse socio-économique et du Comité des risques ?

Le TFTA apparaît comme générateur d'un risque juridique en ce qui concerne le contenu du règlement REACH ou du moins sa portée, mais également un risque quant au niveau élevé de protection accordé à l'environnement et à la santé qui s'est progressivement imposé dans l'ordre juridique de l'Union européenne.

⁹¹ E. GISQUET et al., « REACH : un programme européen de gestion renouvelée des risques sanitaires », Société française de santé publique, 2008/0, n° 20, pp. 191-200.

⁹² C. LAGOUTTE, « L'industrie chimique évoque des licenciements », *Le Figaro*, 17 nov. 2005, p.10 : La crainte de l'industrie chimique de se voir peu à peu isolée se double de celle de ne pas avoir la capacité nécessaire pour contrôler efficacement les produits chimiques en provenance de Chine.

Les discussions qui portent sur une convergence réglementaire entre deux systèmes présentant des niveaux de contraintes bien différents ont provoqué la crainte des lobbies environnementaux et sanitaires.

De nombreuses questions se posent alors. Le TFTA va-t-il permettre un alignement du *Control Toxic Act* sur le règlement REACH ? Ce serait effectivement la solution la plus protectrice de la sécurité environnementale et sanitaire. Il s'agit toutefois d'une solution utopique compte tenu du conflit entre les intérêts divergents en présence. Ainsi, si le conflit s'est apaisé au sein de l'ordre juridique européen en raison de l'insertion de la clause d'intégration environnementale (article 11 TFUE) puis de la clause d'intégration sanitaire (article 9 TFUE) et, à l'évidence, sous l'effet de l'objectif du développement durable, on ne peut que craindre l'absence d'une telle volonté de concilier, aux États-Unis, les exigences marchandes et non-marchandes.

Dans ce contexte, ces divergences d'opinions quant au niveau de protection élevé de l'environnement et de la santé vont rendre difficile une harmonisation des réglementations. Dès lors, le risque d'une harmonisation par le bas est susceptible de se poser. Le défi qui se pose alors pour l'Union européenne est de ne pas céder aux pressions des États-Unis.

Les divergences décelées à travers ces deux réglementations ne peuvent aboutir à l'élimination des barrières non-tarifaires sans que des concessions ne soient réalisées. Reste donc à espérer que les concessions ne seront pas opérées au détriment des prescriptions du règlement REACH et de leur portée.

Le résultat final sera-t-il à la hauteur des exigences environnementales et sanitaires de l'Union européenne ? En outre, trouver avec les États-Unis un accord ambitieux en matière de clauses sociales et environnementales apparaît donc tout à fait envisageable, si l'Union européenne en fait une priorité.

Conclusion

En réalité, les développements précédents présentés sur les OGM ainsi que les produits chimiques, qui font partie des négociations menées dans le cadre du partenariat transatlantique, démontrent l'ampleur des défis et des enjeux de cet accord notamment dans le domaine environnemental. Les approches pratiques et les réglementations américaines et européennes apparaissant bien éloignées en matière de protection de la santé humaine et de l'environnement, l'impression est que, de prime abord, l'établissement d'un dénominateur semble inconcevable. De plus, l'autre difficulté qui se pose est que, dans l'hypothèse où les États-Unis et l'Europe arriveraient à un accord, encore faudrait-il que celui-ci soit ratifié par l'ensemble des membres de l'Union Européenne. Ceci ne sera pas chose aisée au regard de divergences persistantes entre les États membres de l'Union, en ce qui concerne les OGM par exemple⁹³. Dans ce contexte, dans le cas où ce Traité devait bel et bien entrer en vigueur, il faudrait également s'interroger sur son articulation avec les autres bilatéraux déjà signés par les États-Unis et l'Europe. Dès lors, il convient de se demander si la signature d'un partenariat transatlantique ne pose pas plus de questions, qu'il n'en résout ; non seulement des questions mais également des difficultés en matière d'harmonisation réglementation dans le domaine environnemental.

⁹³ Pour ce qui est de la mise sur le marché des substance chimiques, son encadrement est réalisé par un règlement d'applicabilité directe dont la base, à savoir l'ex-article 95 CE, est destinée à l'harmonisation des dispositions administratives, légales et réglementations des États membres de l'Union européenne.