

CNCDH

COMMISSION NATIONALE
CONSULTATIVE
DES DROITS DE L'HOMME
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AVIS

NE SACRIFIONS PAS LES DROITS DE L'HOMME AUX INTÉRÊTS COMMERCIAUX : L'EXEMPLE DU CETA

15 DECEMBRE 2016



*Avis sur les accords internationaux de commerce et d'investissement
« Ne sacrifions pas les droits de l'homme aux intérêts commerciaux - L'exemple
de l'accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada (CETA) »
a été adopté avec 33 voix « pour » et 4 abstentions
lors de l'Assemblée plénière du 15 décembre 2016.*

TABLE DES MATIÈRES

Partie I	13
Le chapitre Développement durable : de l'affichage à la réalité des dispositions, une prise en compte des droits de l'homme en demi-teinte	
A. La volonté affichée de l'Union européenne d'un accord respectueux des enjeux de développement durable	13
B. Un accord peu ambitieux en matière de développement durable	14
C. Un accord vivant écartant la nécessaire prise en compte des droits de l'homme : la coopération réglementaire	17
1. Aspect substantiel : la coopération en matière de réglementation	18
2. Aspect institutionnel : le Forum sur la coopération réglementaire	23
Partie II	26
Les impacts de l'accord sur la protection des droits sociaux	
A. La clause sociale du CETA : une prise en compte modérée des normes sociales internationales	28
1. Les normes internationales du travail incluses dans le CETA	29
2. L'incertitude quant à la portée de l'engagement des Etats	31
B. La clause de non-abaissement et les garanties procédurales dans la mise en œuvre du droit interne	34
C. Suivi, mise en œuvre et sanction des violations des standards internationaux en matière de travail	36
1. Le choix de la coopération intergouvernementale plutôt que du mécanisme de règlement des différends	36
2. Le Groupe d'experts, mécanisme subsidiaire sans pouvoir de sanction	37
3. La mise en œuvre des droits sociaux via la clause des droits de l'homme : une possibilité purement théorique	39
4. Société civile et surveillance de la mise en œuvre du droit international du travail : un rôle insuffisant	40

Partie III **42**

Les enjeux climatiques et environnementaux de l'accord

A. Question de la conformité du CETA avec l'Accord de Paris sur le climat	43
1. Acte manqué : aucune mention de l'Accord de Paris et de ses objectifs	44
2. La crainte d'un accord aux effets climaticides	46
B. Les standards de protection menacés : l'affaiblissement du principe européen de précaution	49
C. Les possibles conséquences du RDIE sur les politiques environnementales et climatiques	54

Partie IV **60**

L'investissement et règlement des différends entre investisseurs et Etats

A. La réforme du système du RDIE	62
1. Les raisons de cette réforme	62
2. La nouvelle approche de l'UE	65
B. Des critiques persistantes malgré la réforme	69
1. Le Tribunal permanent des investissements et le mécanisme d'appel	69
2. Le code de conduite	72
3. Le déséquilibre procédural, caractéristique propre au RDIE	74
4. Remise en cause de la légitimité de l'ICS : pourquoi ne pas recourir aux juridictions nationales ?	75
5. Droit de réguler : véritable barrière à l'arbitraire ou trompe-l'oeil ?	79

Annexe I - Recommandations de la CNCDH **84**

Annexe II - Liste des personnes auditionnées **92**

Annexe III - Structure du CETA **93**

Depuis la crise financière de 2008, l'Union européenne (UE) fait face à un défi constant, celui de stimuler l'emploi, la croissance et l'investissement. Prouvant sa volonté d'y parvenir, l'UE a hissé ces objectifs en toute première ligne de ses priorités politiques. Elle a inscrit cette ambition dans une stratégie plus globale intitulée « *Le commerce pour tous, vers une politique de commerce et d'investissement plus responsable* », qui a été présentée par Mme Cécilia Malmström, la Commissaire européenne au commerce, en octobre 2015¹. Elle a, à cette occasion, souligné que la politique commerciale de l'UE doit être plus responsable, autrement dit plus efficace, plus transparente, et en mesure de promouvoir non seulement nos intérêts mais aussi nos valeurs².

La CNCDH se félicite de cette nouvelle approche, visant à pleinement intégrer la promotion et la protection des droits de l'homme dans la politique commerciale de l'UE, comme dans l'ensemble de ses politiques extérieures. Elle rappelle ses travaux antérieurs en la matière, notamment l'avis sur l'action extérieure de l'UE en matière de droits de l'homme³ – adopté le 26 juin 2014 – et l'avis sur le développement, l'environnement et les droits de l'homme⁴ – adopté le 16 avril 2015.

L'UE est en vertu des traités dotée d'une compétence exclusive en matière de politique commerciale commune⁵. Au titre de l'article 207 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), la Commission européenne est chargée, après approbation du Conseil de l'UE, et au nom des 28 Etats membres, de la négociation des accords internationaux de commerce et d'investissement.

C'est sur cette base qu'elle a entamé de nombreuses négociations bilatérales et conclu certains accords en matière de commerce et d'investissement avec des

1. Commission européenne, « *Le commerce pour tous – Vers une politique de commerce et d'investissement plus responsable* », 14 oct. 2015. Disponible sur [http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5806_fr.htm].

2. Commission européenne, Discours, « *CETA : An Effective and Progressive Deal for Belgium and Europe* », C. MALMSTRÖM, Commissaire européenne au commerce, 20 sept. 2016. Disponible sur [<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1543>].

3. CNCDH, *Avis sur la politique extérieure de l'Union européenne en matière de droits de l'homme*, Assemblée plénière du 26 juin 2014, JORF n°0156 du 8 juillet 2014, texte n° 90.

4. CNCDH, *Avis sur le développement, l'environnement et les droits de l'homme*, Assemblée plénière du 16 avril 2015, JORF n°0119 du 24 mai 2015, texte n° 50.

5. Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, article 3, lettre e).

partenaires de tout continent⁶. Cependant, trois d'entre eux cristallisent l'attention. Il s'agit :

- de l'Accord économique et commercial global (CETA – en anglais *Comprehensive Economic and Trade Agreement*) avec le Canada, qui a été conclu le 26 septembre 2014 et signé le 30 octobre 2016 ;
- du Partenariat Transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP – en anglais *Transatlantic Trade and Investment Partnership*) avec les Etats-Unis, dont les négociations lancées en 2013 ont vu les obstacles se multiplier de part et d'autre jusqu'à l'impasse dans laquelle elles se trouvent aujourd'hui ;
- et enfin de l'Accord sur le commerce des services (TISA – en anglais *Trade In Services Agreement*) avec 23 parties membres de l'Organisation mondiale du Commerce (OMC), l'UE comprise, les Etats-Unis, la Suisse et le Canada, dont les négociations ont été entamées en 2013⁷.

Dans le cadre de cette auto-saisine, la CNCDH a cependant fait le choix de n'examiner à la lumière des droits de l'homme que le seul de ces trois accords qui a été formellement conclu, à savoir le CETA, sans pour autant se priver d'illustrer certains aspects en se référant aux deux autres lorsque cela s'y prêtera, ni de revenir sur ces accords lorsque le moment sera venu. En effet, l'on sait d'ores et déjà que ces trois accords ont été construits de façon coordonnée et comprennent nombre de dispositions identiques.

Le CETA est l'accord incarnant le mieux la nouvelle approche de l'UE en matière de commerce et d'investissement. Il est ainsi en effet défini comme un accord de « nouvelle génération », soit un accord qui a vocation à être plus large qu'une simple élimination des barrières tarifaires au commerce. Alors que les accords classiques en matière de commerce et d'investissement entendaient ne traiter que des seules barrières tarifaires, c'est-à-dire des droits de douane, le CETA va plus loin. En s'attaquant aux barrières non-tarifaires au commerce, il fait entrer en son champ les mesures restrictives non-tarifaires mises en place par un pays et visant à protéger son marché, qui se traduisent par exemple, par des normes

6. Pour un état des accords conclus ou encore de négociations, voir : Commission européenne, « *Overview of FTA and other trade negotiations* ». Disponible sur [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc_118238.pdf].

7. La CNCDH fait le choix dans cet avis d'utiliser les acronymes anglais des accords. Il est à noter qu'en France, ces derniers sont couramment utilisés, à défaut des acronymes français.

techniques, mais aussi sociales, environnementales, ou encore fiscales.

Au vu de la pluralité des sujets réunis dans le CETA, et particulièrement de l'appartenance de certains à la sphère des droits de l'homme, cette situation sans précédent mérite d'initier une réflexion sur la concordance des différents enjeux présents en un seul et même accord⁸.

D'autre part, le CETA est susceptible de générer un effet d'entraînement dans la politique de commerce et d'investissement de l'UE, et de servir de « modèle » pour la régulation internationale. Selon la Commissaire européenne au commerce, le CETA est « *la première étape vers la réforme du reste du régime mondial* »⁹. Cette perspective est relayée par certaines institutions, dont l'Assemblée nationale, et des représentants de la société civile¹⁰, conscients du rôle de modèle que sera amené à jouer le CETA une fois ratifié et entré en vigueur.

Enfin, le CETA représente l'accord le plus abouti, en comparaison avec le TTIP et le TISA qui sont tous deux en cours de négociations, pour le premier suspendu, et pour le second évoluant en pleine opacité.

Les relations commerciales entre le Canada et l'UE existent de longue date et reposaient, à titre principal, sur l'Accord-cadre de 1976 pour la coopération économique et commerciale qui a été complété par un ensemble d'accords sectoriels¹¹. Les deux Parties ont alors fait le choix de tirer profit de cette relation bien assise et d'agréger ces différents accords en un partenariat unique. Les

8. Voir en ce sens : Assemblée nationale, *Proposition de résolution européenne pour que la France s'oppose à toute application provisoire de l'Accord économique et commercial global avec le Canada et s'assure de sa compatibilité avec les traités de l'UE*, n°4071, 30 sept. 2016, p.6 : « *Considérant la portée de l'AECG sur de nombreux champs tels que l'environnement, le social, les marchés publics, dans des proportions sans précédents dans l'histoire commerciale européenne* ».

9. Commission européenne, Discours, « CETA – An Effective Progressive Deal for Europe », C. MALMSTRÖM, Commissaire européenne au commerce, Civil Society Dialogue meeting, 19 sept. 2015. Traduction de la CNCDH. Disponible sur [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/september/tradoc_154955.pdf].

10. Voir par exemple : Assemblée nationale, *Résolution européenne sur le projet d'accord économique et commercial entre l'Union européenne et le Canada*, Texte adopté n°428, 23 nov.2014, p.2 : « *Considérant le précédent que pourrait constituer un tel accord pour les négociations du projet de partenariat en cours* ».

11. Ces différents accords sectoriels sont : Le plan d'action commun de 1996 ; l'Accord de coopération scientifique et technologique de 1997 ; l'Accord sur la reconnaissance mutuelle de conformité de 1998 l'Accord vétérinaire et l'accord sur le concurrence de 1999 ; l'Accord relatif au commerce des vins et spiritueux de 2004 ; l'Accord sur la sécurité de l'aviation civile de 2009 ; et l'Accord global sur le transport aérien de 2009.

négociations ont été entamées en 2009 par la Commission européenne, sous mandat du Conseil de l'UE¹², et se sont achevées le 26 septembre 2014 avec la remise de l'accord, soit après un cycle de cinq ans de négociations. Après une relecture juridique de part et d'autre des services pertinents, le CETA est en cours de traduction dans les langues usitées par les parties prenantes à l'accord¹³.

La procédure d'adoption du CETA suit la procédure classique en matière d'accords internationaux¹⁴. Sur proposition de la Commission, en juillet 2016¹⁵, le Conseil de l'UE a adopté une décision autorisant cette dernière à signer l'accord au nom de l'UE. Après les réticences des députés de la Wallonie¹⁶, le CETA a finalement été signé le 30 octobre 2016, après quelques jours de retard sur la date initialement prévue.

En effet, le blocage wallon a quelque peu bouleversé la conclusion et le contenu du CETA. Pour parvenir à signer l'accord, tout en respectant les *desiderata* des dirigeants belges francophones, autrichiens et allemands, les Parties ont établi un « *instrument interprétatif commun* »¹⁷, en plus des 37 autres déclarations interprétatives unilatérales, ce qui n'est pas sans emporter un flou quant à leur statut juridique respectif¹⁸. Cet instrument a pour ambition de préciser « *clairement et sans ambiguïté* » certaines dispositions « *qui ont fait l'objet de débats et de préoccupations au sein de l'opinion publique* »¹⁹. La nature juridique de cet

12. Conseil de l'Union européenne, *Recommandation de la Commission au Conseil visant à autoriser la Commission à engager des négociations en vue d'un accord d'intégration économique avec le Canada*, 9036/09, 24 avr. 2009.

13. La version française du CETA est disponible sur [<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10973-2016-INIT/fr/pdf>].

14. Voir TFUE, article 218.

15. Commission Européenne, *Proposition de Décision au Conseil relative à la signature, au nom de l'Union européenne, de l'accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne et ses Etats membres, d'autre part*, COM(2016)444 final, 2016/0206(NLE), 5 juil. 2016.

16. Le Monde, « Pourquoi les Wallons bloquent le CETA », 17 oct. 2016, disponible sur [http://www.lemonde.fr/economie/article/2016/10/17/pourquoi-les-wallons-bloquent-le-ceta_5015033_3234.html]. Le texte devait être adopté lors d'une réunion ministérielle réunissant l'ensemble des Etats membres à Luxembourg le 18 octobre 2016. Or selon le droit belge, les différentes régions et communautés belges doivent approuver un tel traité, dit « mixte », faute de quoi celui-ci ne peut être entériné par le gouvernement fédéral.

17. Conseil de l'Union européenne, *Instrument interprétatif commun concernant l'accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses Etats membres, d'autre part* (ci-après : l'« instrument interprétatif »), 27 oct. 2016.

18. Audition de M. Yannick JADOT, député européen, devant la CNCDH le 6 décembre 2016.

19. Conseil de l'Union européenne, op. cit., note 17, 1), lettre e).

instrument est néanmoins controversée : alors que certains points ne font que paraphraser le CETA, d'autres modifient la portée matérielle de l'engagement des Parties²⁰. Il est néanmoins encore prévu que le texte du CETA évolue, au moins sur le chapitre relatif aux investissements, à la demande de la Belgique dont les régions ont annoncé qu'elles ne pourraient ratifier le CETA en l'état.

La signature du CETA ne vient toutefois pas clore toutes les incertitudes quant aux modalités de sa mise en œuvre. En effet, en vertu du droit de l'union, l'entrée en vigueur du CETA peut se faire dès le vote du Conseil. En pratique il est néanmoins d'usage d'attendre l'approbation du Parlement européen, qui devra consentir au traité à la majorité des suffrages exprimés. Une autre étape est prévue en cas de mixité de l'accord²¹ - ce qui est le cas pour le CETA - à savoir une ratification par chacun des Etats membres de l'UE. Conscientes que les ratifications nationales prendront du temps, les Parties ont décidé que certaines dispositions de l'accord seraient appliquées provisoirement, dès sa ratification par le Parlement européen²². Par conséquent, l'entièreté de l'accord n'entrera en vigueur qu'après les ratifications nationales mais une partie de ce dernier commencera à produire des effets dès maintenant.

Pour la CNCDH, cette application provisoire soulève différents questionnements. Tout d'abord, la notion de « mixité » perd toute sa portée si une application provisoire est faite de l'accord. En effet, le besoin d'obtenir l'assentiment des parlements nationaux semble surfait, car ils seront dans une situation de non-retour où l'accord qui leur est proposé aura déjà commencé à produire des effets. Il s'agit d'une imposition de fait du traité qui contrevient au principe même de mixité, plaçant la voix des parlements nationaux à hauteur de celle des institutions de l'UE.

20. Par exemple, l'instrument interprétatif élargit la liste des « objectifs légitimes » dans lesquels les Etats disposent d'un « droit de règlementer » ; présente un engagement formel du Canada à ratifier la convention n°98 de l'OIT ; cite l'Accord de Paris, dont la mise en œuvre est qualifiée de « responsabilité partagée » de l'UE, des Etats membres et du Canada ; précise que les investisseurs peuvent opter pour les voies de recours disponibles au niveau interne ; et énonce que les Parties rédigeront un nouveau code de conduite pour les arbitres qui devra être finalisé avant l'entrée en vigueur du CETA.

21. Un accord est dit « mixte » lorsqu'il comporte à la fois des compétences exclusives de l'UE et des compétences partagées entre l'UE et les Etats membres.

22. Voir : CETA, article 30.7, « Entrée en vigueur et application provisoire » ; Conseil de l'UE, *Proposition de décision relative à l'application provisoire de l'accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses Etats membres, d'autre part*, 2016/0220 (NLE).

Par ailleurs, une question plus ambiguë et complexe se pose quant aux conséquences d'un refus éventuel de l'un des parlements nationaux des Etats membres. À ce jour, cette question, pourtant épineuse, n'a encore trouvé aucune réponse définitive car il est difficile de savoir si le refus d'un parlement national mettrait en péril tout l'accord ou seulement une partie, ni même si le refus concernerait uniquement les compétences partagées ou bien également des compétences exclusives. À la demande de la Cour constitutionnelle allemande, le Conseil a précisé la procédure, dans le point 20 des déclarations à inscrire au procès-verbal : « *Si la ratification de l'AECG échoue de façon définitive en raison d'une décision prononcée par une Cour constitutionnelle, ou à la suite de l'aboutissement d'un autre processus constitutionnel et d'une notification officielle par le gouvernement de l'État concerné, l'application provisoire devra être et sera dénoncée. Les dispositions nécessaires seront prises conformément aux procédures de l'UE* ». Cette déclaration pourrait signifier que la proposition de mettre fin à l'application provisoire reviendrait à la Commission après notification par un pays et requerrait un vote à l'unanimité des États membres au sein du Conseil. Cette incertitude se couple à celle de la répartition des compétences au sein du CETA, entre les dispositions qui relèvent d'une compétence exclusive ou celle qui relèvent d'une compétence partagée. Le découpage du CETA selon cette grille de lecture n'a pas encore été réalisé. La décision attendue de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) sur l'accord conclu entre l'UE et Singapour pourrait apporter des éléments de réponse à cet égard mais celle-ci n'interviendra qu'après la ratification du CETA au sein de l'EU et sa mise en œuvre provisoire.

On pourrait donc se retrouver très prochainement avec une application provisoire du CETA sans aucune certitude sur son terme ni même sur son champ, et hors de tout contrôle démocratique national.

Pour remédier à ces incertitudes, une solution serait de saisir la CJUE pour un contrôle plus général de légalité du CETA. Cette issue semble toutefois close depuis que le Parlement européen a refusé l'appel lancé par une coalition de députés européens visant à ce que le CETA soit soumis à la CJUE²³. Néanmoins, le Royaume de Belgique s'est engagé, à la suite de l'épisode dit « Wallon », à

23. Voir : Site internet Europe Ecologie au Parlement européen, Communiqué, « Le Parlement européen refuse de vérifier la légalité du CETA », disponible sur [<http://europeecologie.eu/Le-Parlement-europeen-refuse-de-verifier-la-legalite-du-CETA>].

saisir lui-même la CJUE afin de demander à ce que soit vérifiée la compatibilité entre le droit de l'Union européenne et le CETA. Deux plaintes constitutionnelles ont par ailleurs été déposées en Allemagne, le 30 Août 2016 et au Canada, le 21 octobre 2016. En France, des juristes attestent de risques comparables d'incompatibilité entre le CETA et la Constitution et recommandent une saisine du Conseil Constitutionnel pour effectuer un contrôle a priori du CETA, sur la base de l'article 61 de la Constitution.

Compte tenu de l'ensemble des points soulevés, et parce que l'ensemble des Etats Parties au CETA, mais également au TTIP et au TISA, adhèrent aux principes universels des droits de l'homme²⁴, la CNCDH engage une réflexion sur cette nouvelle génération d'accord. Les développements ne visent pas à déterminer si le libre-échange devrait exister ou non - la CNCDH est consciente qu'il a favorisé le développement depuis des siècles. Mais ils s'attachent à s'interroger sur la volonté, soulignée par la Commission européenne elle-même, de démontrer qu'un accord solide et ambitieux peut permettre de créer un cadre propice à la protection des droits de l'homme. Selon un rapport des Nations unies, « *il faut reconnaître que les droits de l'homme ne sont pas un obstacle au commerce mais que le commerce peut compromettre gravement la réalisation des droits de l'homme* »²⁵.

Les recommandations de la CNCDH issues de cet avis sont donc émises à l'égard du CETA, afin d'alerter les pouvoirs publics sur certains points qu'elle estime problématiques. Cependant, consciente que le CETA s'inscrit dans un ensemble plus large tenant à un renouveau dans la politique commerciale de l'UE, les recommandations de la CNCDH s'inscrivent également dans la perspective des accords en cours de négociation ou à venir.

Recommandation préalable : La CNCDH recommande très vivement une réouverture des négociations pour prendre en compte les recommandations qui suivent. Cette réouverture des négociations pourrait permettre de clarifier le statut juridique des déclarations interprétatives accompagnant le CETA.

24. Pour l'Union européenne et ses Etats membres, cette adhésion est exprimée à l'article 6§3 du Traité sur l'Union européenne.

25. Assemblée générale des Nations unies, *Rapport de l'Expert indépendant sur la promotion d'un ordre international démocratique et équitable*, A/HRC/33/40, 12 juil. 2016, p.20.

Pour lever les doutes sur la compatibilité du CETA avec la Constitution française, la CNCDH recommande également la saisine a priori du Conseil constitutionnel.

En tout état de cause, il est impératif que le gouvernement français saisisse la CJUE aux fins de vérifier la compatibilité de l'accord tel qu'il existe aujourd'hui au droit de l'Union.

Enfin, et à titre tout à fait liminaire, la CNCDH tient à remercier la Représentation de la Commission européenne en France, ainsi que les experts ayant accepté d'être auditionnés. La CNCDH s'interroge néanmoins sur le silence du gouvernement, et en particulier du Secrétaire d'état chargé du Commerce extérieur, qui malgré les nombreuses demandes de la CNCDH, a refusé toute rencontre et audition. La CNCDH regrette ainsi de n'avoir pu recueillir sa vision et son expertise sur ce sujet éminemment complexe et politique. De même, la CNCDH s'interroge sur les raisons qui ont poussé la députée de la cinquième circonscription de Paris, à refuser de répondre aux questions de la CNCDH, même par écrit, alors même qu'elle était l'auteure d'un rapport parlementaire intitulé « *le règlement des différends Investisseur – État dans les accords internationaux* ».

Dans le présent avis, la CNCDH s'est tout d'abord attachée aux chapitres touchant au développement durable dans leur ensemble avant de les traiter de façon particulière en analysant les enjeux de l'accord liés au droit du travail et à la protection de l'environnement. Elle a ensuite porté son analyse sur le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et Etats prévu dans le CETA.

Partie I

Le chapitre Développement durable²⁶ : de l'affichage à la réalité des dispositions, une prise en compte des droits de l'homme en demi-teinte

A. La volonté affichée de l'Union européenne d'un accord respectueux des enjeux de développement durable

Selon les lignes directrices données à la Commission²⁷, le CETA devait faire du développement durable un objectif prioritaire pour les Etats Parties, et viser à « *garantir et faciliter le respect des normes et accords environnementaux et sociaux adoptés au niveau international* »²⁸. Pour ce faire, le mandat de négociation précisait que devaient être inclus dans l'accord les engagements pris par les deux Parties sur les aspects sociaux et environnementaux du commerce et le développement durable. Il prévoyait également l'interdiction pour les Parties d'encourager le commerce ou l'investissement direct étranger en « *abaissant les normes et les exigences locales en matière d'environnement, d'emploi ou de santé et de sécurité sur le lieu de travail ou en assouplissant les normes fondamentales du travail* »²⁹.

Cet engagement devait se concrétiser par un chapitre dédié à ces questions, afin de doter l'accord d'un caractère « global », intégrant alors le commerce dans une approche plus large de « développement durable ».

C'est ainsi que l'UE et le Canada ont inclus trois chapitres dans l'accord en vue d'affirmer leur engagement en faveur du développement durable. Ces chapitres sont : le Chapitre 22 « Commerce et développement durable » ; le Chapitre 23 « Commerce et travail » ; et le Chapitre 24 « Commerce et environnement ». Au travers de ces chapitres, les deux Parties entendent accompagner les échanges commerciaux et les investissements d'un renforcement de la protection des droits du travail et de l'environnement, et non concevoir l'un sans l'autre, ou pire, rendre

26. Dans le présent avis, la CNCDH entend comme « Chapitre développement durable », l'ensemble des chapitres 22, 23 et 24, à savoir, respectivement : le Chapitre « Commerce et développement durable », le Chapitre « Commerce et travail » ainsi que le Chapitre « Commerce et environnement ».

27. Conseil de l'Union européenne, op. cit., note 12.

28. *Idem*, §7.

29. *Ibidem*.

les premiers dommageables aux seconds.

La CNCDH se félicite de l'inclusion de dispositions sociales et environnementales dans l'accord, et plus largement de la prise en compte du développement durable. Se faisant, le CETA apparaît novateur et ouvre la possibilité d'une meilleure conciliation entre les intérêts économiques, que sont le commerce et les investissements, et les intérêts liés aux droits de l'homme. Cependant, force est de constater que l'occasion d'une véritable prise en compte des enjeux de développement durable n'a pas été pleinement, ni même correctement, saisie par les Parties au cours des négociations.

Recommandation n°1 : Compte tenu du fait que les nouveaux accords de commerce vont désormais bien au-delà des simples questions commerciales, la CNCDH invite la France à inciter à ce que les négociateurs commerciaux soient accompagnés par une équipe pluridisciplinaire spécialisée notamment en matière sociale, du droit du travail, de lutte contre le changement climatique, et plus largement en matière de droits de l'homme, afin de porter une vision globale des enjeux en présence.

B. Un accord peu ambitieux en matière de développement durable

En effet, on constate que peu de place est accordée à ces questions dans le CETA. Sur près de 1 600 pages que compte l'accord, annexes comprises, seules une quarantaine de pages³⁰ sont consacrées aux chapitres développement durable. Alors que ces enjeux étaient décrits par le Conseil de l'UE comme un objectif prioritaire, l'on peut douter de la fidélité de l'accord au mandat de négociation.

Par ailleurs, il est à noter que les chapitres semblent encourager les Etats bien plus qu'ils ne les obligent. Tandis que les Etats s'engagent, à juste titre, à « promouvoir », « encourager », ou encore « favoriser » les normes en matière de droits du travail et de protection de l'environnement, la CNCDH ne peut que déplorer l'absence préjudiciable de piste d'actions concrètes. De plus, les intentions des deux Parties, aussi louables soient elles, ne sont accompagnées d'aucun contrôle effectif de leur mise en œuvre, et encore moins d'une sanction éventuelle en cas

30. Les chapitres 22, 23 et 24 du CETA couvrent les pages 386 à 429 (dans la version française de celui-ci).

de non-conformité de leur comportement avec les dispositions de ces chapitres. Plusieurs exemples, compris dans le CETA, permettent de s'interroger quant à la réelle effectivité des dispositions qu'il contient.

À titre d'illustration, le CETA institue un Comité sur le commerce et le développement durable³¹, qui, selon l'article 22.4, est chargé de veiller au respect des dispositions contenues dans les chapitres Commerce et Développement durable, Commerce et travail et Commerce et environnement. Le Comité est composé de représentants de haut niveau des deux Parties au traité, sans plus de précisions sur le niveau de compétence requis dans les domaines susmentionnés³². Le Comité est ainsi chargé de superviser « *la mise en œuvre [...] [des] activités de coopération et l'examen de l'incidence que le présent accord a sur le développement durable, et traite de façon intégrée toute question d'intérêt commun pour les Parties concernant le lien entre le développement économique, le développement social et la protection de l'environnement* »³³. Néanmoins, le Comité n'est doté d'aucune fonction juridictionnelle et encore moins de pouvoir de sanction, ce qui vide ses activités de supervision de tout effet réel sur la protection des dispositions du Chapitre « Développement durable ». Les seules prérogatives conférées par le traité à ce Comité résident dans la présentation d'un rapport annuel sur les questions qui ont pu être soulevées en son sein³⁴.

Recommandation n°2 : Bien que le Comité sur le commerce et le développement durable ne soit doté d'aucun pouvoir de sanction, la CNCDH préconise, à tout le moins, que les représentants de haut niveau de chacune des parties qui le composeront soient dotées de compétences certaines dans les domaines couverts et, plus largement, en droit international des droits de l'homme. Cela permettra en effet *a minima* que les questions soulevées soient appréhendées avec la meilleure

31. Le comité est institutionnalisé à l'article 26.2.1, lettre g).

32. L'article 22.4.1 du CETA précise que les représentants de haut-niveau des Parties qui composeront le Comité sur le commerce et le développement durable devront être « *compétents pour les questions visées par le présent chapitre et les chapitres Vingt-trois (Commerce et travail) et Vingt-quatre (Commerce et environnement)* ». Cependant, rien n'est indiqué quant au niveau de la compétence visée. Un exemple aurait pu être d'indiquer si l'activité principale de ces représentants devait être directement liée aux domaines mentionnés. Un autre aurait pu être d'indiquer le niveau de compétence entendu, à savoir, par exemple, une expérience de longue date dans ces domaines.

33. CETA, article 22.4.1.

34. CETA, article 22.4.4, lettre c), « *Le Comité sur le commerce et le développement durable présente chaque année un rapport concernant toute question qu'il a examinée* ».

expertise possible et conformément aux droits de l'homme.

Un autre exemple est celui des procédures de consultations et des groupes d'experts instaurés aux chapitres 23 et 24³⁵. Le mandat de ces groupes d'experts, intervenant après l'échec des procédures de consultation, est d'examiner, à la lumière des chapitres dont ils découlent, la question énoncée par l'une des Parties et de produire un rapport présentant des recommandations en vue de résoudre le différend. Cependant, ces mécanismes sont loin de remplir leur rôle de contrôle et ne disposent, là encore, d'aucun pouvoir de sanction (voir *infra*).

Enfin, l'exclusion expresse³⁶ du Chapitre « Développement durable » du règlement des différends interétatiques prévu au Chapitre 29 de l'accord démontre l'absence de volonté de sanctionner les violations du droit international du travail et de l'environnement. Ce choix opéré dans l'accord est à déplorer car il aurait permis d'assortir le Chapitre « Développement durable » d'une effectivité certaine (voir *infra*).

Recommandation n°3 : La CNCDH recommande que la mise en œuvre et le respect de l'ensemble des dispositions notamment en matière de droits sociaux et de protection de l'environnement dans les accords internationaux de commerce et d'investissement relèvent du mécanisme général de règlement des différends entre Etats qui vaut pour l'ensemble des accords.

Il apparaît à la CNCDH que les dispositions des chapitres « Développement durable » relèvent de la généralité et des bonnes intentions. Et cela, en toute contrariété avec les recommandations du Parlement européen³⁷ formulées à l'égard du TTIP, mais en partie transposables au CETA, qui appelait à ce que le chapitre sur le développement durable soit contraignant et exécutoire.

Si certaines dispositions, notamment en matière de droits sociaux, sont à saluer, la CNCDH ne peut que regretter que les chapitres mentionnés ne parviennent pas

35. Pour le Chapitre 23 « Commerce et travail », voir article 23.9 (Consultations) et article 23.10 (Groupe d'experts) ; pour le Chapitre 24 « Commerce et environnement », voir article 24.14 (Consultations) et article 24.15 (Groupe d'experts).

36. CETA, article 23.11.1 ; CETA, article 24.16.1.

37. Parlement européen, *Résolution du Parlement européen du 8 juillet 2015 contenant les recommandations du Parlement européen à la Commission européenne concernant les négociations du partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI)* (2014/2228(INI), P8_TA(2015)0252.

suffisamment à remplir les ambitions affichées et ne sauraient par conséquent concrétiser la réalisation pleine et effective des droits de l'homme.

C. Un accord vivant écartant la nécessaire prise en compte des droits de l'homme : la coopération réglementaire

Le CETA est défini comme un accord « vivant ». Ce qualificatif est utilisé car il comporte un mécanisme dit de « coopération réglementaire »³⁸ qui donne la possibilité aux Etats d'approfondir et d'élargir au besoin son contenu après ratification³⁹. Autrement dit, la coopération réglementaire consiste à mettre en place au préalable les modalités de négociation future des normes sanitaires, industrielles, environnementales, et autres, au-delà de ce qui est agréé initialement dans l'accord⁴⁰. En effet, d'après l'article 21.1 de l'accord, « *le présent chapitre s'applique aux aspects liés au développement, à l'examen et à la méthodologie des mesures réglementaires prises par les autorités de réglementation des Parties qui sont visées [...] [aux] chapitres [...] Vingt-deux (Commerce et développement durable), Vingt-trois (Commerce et travail) et Vingt-quatre (Commerce et environnement)* ».

L'accord en lui-même ne crée pas de nouvelles normes ou règles communes, mais il permet aux Parties, par les mécanismes institués, de travailler sur le rapprochement des législations existantes et futures.

Pour nombres d'acteurs de la société civile, ce chapitre 21 entraîne un « marchandage »⁴¹ des normes, qui plus dans des conditions encore obscures, tout en poursuivant l'unique but de faciliter le commerce et l'investissement et non de tendre vers un respect effectif des droits de l'homme. Aussi, et notamment au vu des chapitres concernés par ce mécanisme, la coopération réglementaire

38. Voir CETA, chapitre 21 « Coopération en matière de réglementation ».

39. Le projet TTIP contient également un chapitre sur la coopération réglementaire.

40. Collectif national unitaire stop TAFTA - Association internationale de techniciens, experts et chercheurs (AITEC), « Le TAFTA avant l'heure : tout comprendre au traité UE-Canada », avr. 2006. Disponible sur [<https://www.collectifstoptafta.org/ressources-materiels/ceta/article/le-tafta-avant-l-heure-tout-comprendre-au-traite-ue-canada>].

41. Pour une utilisation du terme, voir : Collectif national unitaire stop TAFTA - Association pour la taxation des transactions financières et pour l'action citoyenne (ATTAC), « Petit guide pour contrer la propagande en faveur du CETA/AECG ». Disponible sur [<https://france.attac.org/nos-publications/brochures/article/petit-guide-pour-contrer-la-propagande-en-faveur-du-ceta-aecg>].

comprise dans l'accord CETA mérite une attention particulière de la CNCDDH.

1. Aspect substantiel : la coopération en matière de réglementation

Dans chacun de ces discours ou communiqués⁴², la Commission, par la voix de sa Commissaire au commerce, Cecilia Malmström, n'a de cesse de défendre le mécanisme de coopération réglementaire. Le Chapitre 21 est présenté comme visant, avant tout, à améliorer la transparence et à favoriser des relations plus étroites entre les deux Parties. Pour ce faire, les Parties sont encouragées à dialoguer et échanger des informations en vue d'établir des standards pour le futur, et de tout faire pour éviter les barrières au commerce jugées inutiles.

Ce chapitre de l'accord repose sur une logique propre. Il est tout d'abord rappelé que les Parties sont déjà liées par des engagements multilatéraux en matière de coopération, notamment dans le cadre de l'OMC⁴³. Ainsi, dans le cadre du CETA, tout en réitérant la reconnaissance du bien-fondé et de l'utilité de la coopération réglementaire⁴⁴, les Parties s'engagent, à « *assurer des niveaux élevés de protection de la vie et de la santé des personnes et des animaux, de préservation des végétaux et de protection de l'environnement* »⁴⁵. C'est donc sur la base de ces engagements que les Parties entendent mettre en œuvre la meilleure coopération possible dans le domaine de l'élaboration, de l'évaluation ou de la révision des diverses normes et standards.

À titre liminaire, il convient de noter que le CETA ne fixe pas lesdits standards lui-même, mais qu'il détermine néanmoins dans quels objectifs et à travers quels processus ces derniers pourront être définis.

42. Commission européenne, discours de Cecilia MALMSTRÖM, Commissaire au commerce, « CETA – Making an informed decision », 14 sept. 2016 ; Commission européenne, discours de Cecilia MALMSTRÖM, Commissaire au commerce, et de Chrystia FREELAND, Ministre du commerce international au Canada, 18 sept. 2016 ; Commission européenne, discours de Cecilia MALMSTRÖM, Commissaire au commerce, « CETA – An Effective, Progressive Deal for Europe », Civil society dialogue meeting, 19 sept. 2016 ; Commission européenne, blogspot, « Next stop in the trade debate : Bratislava », 21 sept. 2016. Pour l'ensemble des discours et propos de la Commission européenne, voir le site internet de la Direction générale du Commerce de la Commission européenne [http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/index_fr.htm]. Ces propos ont également été repris par Mme JEGOUZO, Cheffe de la Représentation de la Commission européenne en France, lors de son audition devant la CNCDDH le 18 octobre 2016.

43. CETA, article 21.2.1.

44. CETA, article 21.2.3.

45. CETA, article 21.2.2.

Ainsi, l'article 21.3 de l'accord énumère les objectifs que poursuivra la coopération réglementaire entre les Parties. Il s'agit, tout en gardant à l'esprit la nécessité de « *contribuer à la protection de la vie, de la santé ou de la sécurité des personnes, de la vie ou de la santé des animaux ou à la préservation des végétaux et à la protection de l'environnement* »⁴⁶ : de « *promouvoir [...] la prévisibilité dans l'élaboration et l'adoption de règlements* » ; de « *renforcer l'efficacité de la réglementation* » ; d'« *identifier les instruments alternatifs* » ; ou encore d'« *éviter des différences réglementaires inutiles* »⁴⁷. Les objectifs ainsi mentionnés sont conçus de manière à faciliter le commerce et à « *contribuer à l'amélioration de la compétitivité et de l'efficacité de l'industrie* », en visant à la réduction des « *exigences réglementaires redondantes* » et à « *assurer la compatibilité des approches réglementaires* »⁴⁸.

Pour une part d'entre eux, les objectifs assignés à ce chapitre sont légitimes, et la mention faite aux aspects de protection est à saluer. Cependant, bien que dans l'ordre d'énumération de ces objectifs la protection des personnes et de l'environnement soit mentionnée en premier lieu, il apparaît que les aspects ayant trait au commerce, à l'investissement, et au climat des affaires priment largement. En effet, on constate que les différents sujets sont traités de manière inégale, certains ayant plus d'importance que d'autres. Ce constat permet de douter, à terme, de la réelle mise en balance de ces deux aspects – droits de l'homme et commerce - dans les modalités de mise en œuvre de la coopération réglementaire. Il est donc à craindre que les aspects liés aux droits de l'homme ne l'emportent rarement, voire jamais, sur les aspects économiques.

La CNCDH regrette que cet article n'ait pas posé, comme principe liminaire, l'obligation de faire des droits de l'homme le curseur et socle de la coopération réglementaire. Il eût ainsi été possible de s'assurer de leur parfaite prise en considération, et de la conformité de l'activité normative des Etats à ces principes fondamentaux.

46. CETA, article 21.3, lettre a).

47. Pour la liste complète des buts à atteindre afin d'instaurer la confiance, approfondir la compréhension réciproque de la gouvernance réglementaire et tirer parti de l'expertise et des points de vue respectifs, voir l'article 21.3, lettre b).

48. CETA, articles 21.3, lettre c) et 21.3, lettre d).

Recommandation n°4 : Dès lors qu'un traité de commerce et d'investissement prévoit un mécanisme de coopération, la CNCDH recommande que les droits de l'homme en soient une partie intégrante, en posant leur respect comme objectif principal dudit mécanisme.

L'article 21.4 de l'accord expose quant à lui les méthodes à suivre dans le cadre de la coopération réglementaire. Il s'agit principalement⁴⁹ pour les Parties de se tenir informées mutuellement de leurs projets de réglementations, des objectifs poursuivis, des instruments qui seront utilisés et des mesures de méthodes appliquées, et ce, le plus en amont possible et tout au long du processus de réglementation interne. Par ce biais, les Parties peuvent réciproquement formuler des commentaires à l'égard des réglementations prévues, et procéder à un examen des possibles convergences ou différences afin de tendre vers une harmonisation et équivalence des législations. Le CETA impose également que la pertinence et l'étude d'alternatives à ces réglementations soient sérieusement analysées et contrôlées.

Ainsi, à la lecture de l'ensemble des méthodes de coopération réglementaire envisagées dans le CETA, il est clair que l'objectif visant à limiter les différences réglementaires dans tous types de politique en vue de faciliter le commerce est central.

Pour la CNCDH, la volonté ainsi affichée par les Parties d'adopter des objectifs de politique touchant aux barrières non-tarifaires au commerce en plus des objectifs de pure libéralisation du commerce n'est pas sans emporter quelques inquiétudes.

En effet, face à un mécanisme dont on discerne encore peu les effets et les conséquences, il est à craindre, entre d'autres : une ingérence des gouvernements en défense des intérêts de leur industrie ; la possibilité ouverte à l'ingérence directe de l'industrie européenne ou canadienne dans les processus réglementaires ; des processus allongés et complexifiés en matière d'élaboration des lois et réglementations ; ou encore la disqualification des considérations sociétales,

49. Pour une vision complète des méthodes prévues par le CETA dans le cadre de la coopération réglementaire, voir l'article 21.4, lettre a) à s).

politiques ou morales parmi les critères d'élaboration⁵⁰.

Cependant ces risques ne doivent pas supplanter les avantages non négligeables qu'une telle coopération réglementaire peut revêtir. En effet, il peut être très utile, tant pour l'Union européenne, que pour ses Etats membres, mais également pour la société civile et les citoyens, d'être informés d'un projet de loi ou de réglementation canadien pouvant entraver le respect effectif des droits de l'homme, notamment les droits sociaux et la protection de l'environnement. Une telle information permettra alors à l'UE ou à ses Etats membres d'intervenir dans le processus de réglementation pour y faire valoir les droits fondamentaux et les valeurs communes qui animent l'Union européenne, et espérer peser pour un meilleur respect des droits de l'homme.

La CNCDH considère toutefois que les craintes évoquées sont fondées car les choix de politiques internes qui seront concernés par la coopération réglementaire reposent sur l'intérêt général et sont définis par la volonté collective. C'est ainsi qu'elle déplore que l'accord n'apporte pas plus de garanties quant au respect effectif du droit des Etats à définir leur politique en matière de droits de l'homme, ou tout autre politique pouvant, selon les parties concernées, entraver le commerce⁵¹.

La CNCDH se joint donc aux critiques tenant à ce que le Chapitre 21 ouvre la voie au démantèlement des normes et standards existants, remettant largement en cause les compétences législatives et réglementaires au sein des Etats membres, dans l'objectif affiché d'accroître la compétitivité et les échanges.

Recommandation n°5 : La CNCDH encourage les Parties à réviser le chapitre sur la coopération réglementaire afin de garantir effectivement le droit des Etats à réguler, ou tout du moins, envisager fortement de le faire dans les accords à venir, de

50. Pour un développement des différents risques pouvant découler de la mise en œuvre de la coopération réglementaire, voir : Collectif national unitaire stop TAFTA - ATTAC, op.cit., note 41 ; Collectif national unitaire stop TAFTA - AITEC, op.cit., note 40.

51. Le manque de garanties est d'autant plus inquiétant que plusieurs exemples de dérives existent déjà. Pour exemple, la Fondation Nicolas Hulot fait état de plusieurs législations européennes ayant été profondément modifiées sous la pression américaine ou canadienne en marge des négociations. C'est le cas de la Directive sur la qualité des carburants qui a été démantelée, de l'importation du bœuf trempé dans l'acide lactique qui a finalement été autorisée, ou encore d'une réglementation qui prévoyait l'abandon de 31 pesticides potentiellement cancérigènes qui a été suspendue.

manière à protéger les réglementations prises dans l'intérêt public, et à s'assurer que les intérêts privés ne priment pas le bien commun. À défaut de révision, il apparaît indispensable d'exclure les chapitres 22, 23 et 24 de la coopération réglementaire. Une façon d'assurer le respect de la volonté collective pourrait être l'introduction d'un certain contrôle démocratique, par le biais des parlements nationaux, au cours du processus de coopération réglementaire.

Enfin, il convient de noter que l'accord précise que les activités de coopération réglementaire se feront sur une base volontaire⁵². Ainsi, l'article 21.5 alinéa 2 stipule qu' « *une Partie peut adopter des mesures réglementaires différentes ou poursuivre des initiatives différentes pour des raisons découlant notamment d'approches institutionnelles ou législatives différentes ou de circonstances, de valeurs ou de priorités qui sont propres à cette Partie* ».

Cette disposition semble aller dans le sens d'un droit au respect des intérêts propres de l'Etat, quand bien même ceux-ci contreviendraient au commerce ou à une certaine recherche d'harmonisation mutuelle des normes, comme ce peut être le cas en matière de droits de l'homme. Toutefois, l'article 21.2.6 vient considérablement restreindre cette possibilité en prévoyant que « *la Partie qui refuse d'entamer la coopération en matière de réglementation ou qui se retire d'une telle coopération devrait être prête à expliquer les motifs de sa décision à l'autre Partie* ». En effet, l'obligation de motiver le refus de coopérer en matière réglementaire fait perdre toute efficacité à la possibilité contenue à l'article 21.5. L'Etat voulant conserver son approche et sa réglementation devra alors justifier ses choix politiques, se heurtant alors à de potentiels arguments contraires suffisamment forts pour le pousser à réintégrer le processus de coopération réglementaire, faute de pouvoir se défendre de manière idoine dans le cadre d'un accord centré sur le commerce.

Il convient de noter sur ce point que l'instrument interprétatif ne vient pas préciser si un Etat peut se défaire ou non de cette obligation de motiver le refus de coopérer. En effet, elle ne fait que rappeler, dans des termes assez généraux, le

52. En ce sens, voir : CETA, article 21.2.6 « *Les Parties peuvent entreprendre des activités de coopération sur une base volontaire. Il est entendu qu'une Partie n'est pas tenue de participer à une quelconque activité de coopération et peut refuser ou cesser de coopérer* ».

caractère volontaire de la coopération réglementaire⁵³.

Recommandation n°6 : La CNCDH salue la possibilité de refuser ou de cesser la coopération réglementaire lorsque les intérêts de l'Etat sont tels qu'ils ne peuvent être discutés, cependant, elle souhaite qu'on ne puisse pas déroger à cette faculté et qu'elle ne soit assortie d'aucune obligation, ou incitation, à motiver le refus.

Alors que la coopération réglementaire pourrait servir à une meilleure prise en compte des droits de l'homme, et particulièrement du droit du travail et de la protection de l'environnement, dans les normes existantes et à venir, il semble pourtant que ce processus comporte un risque non négligeable de remise en cause des obligations existantes en la matière, au profit du commerce et de l'investissement.

2. Aspect institutionnel : le Forum sur la coopération réglementaire

L'article 21.6 de l'accord institue un Forum de coopération en matière de réglementation (FCR)⁵⁴. Selon la Commission européenne⁵⁵, le Forum fonctionnera comme un mécanisme de coopération volontaire permettant d'échanger des expériences et des informations utiles entre les autorités de réglementation et de faciliter la détermination des domaines dans lesquels ils pourraient coopérer

Néanmoins, il est précisé que le Forum ne disposera pas du pouvoir de modifier les réglementations existantes ou d'élaborer de nouvelles dispositions législatives. Il ne pourra donc pas lui-même agir comme régulateur, se cantonnant à assister les autorités internes et à leur présenter des suggestions. Ainsi, l'Union européenne insiste sur le fait que le FCR ne saurait limiter le pouvoir de décision des régulateurs dans ses Etats membres ou à son propre niveau⁵⁶.

La CNCDH reconnaît que ce point est garanti de façon adéquate dans l'accord

53. Conseil de l'Union européenne, op. cit., note 17, Point 3, « Cette coopération s'effectuera sur une base volontaire, les autorités de réglementation pouvant choisir librement de coopérer, sans y être contraintes ou sans devoir mettre en œuvre les résultats de leur coopération ».

54. Le Forum est établi en vertu de l'article 26.2.1, lettre h) (Comités spécialisés).

55. Commission Européenne, op. cit., note 15.

56. Commission européenne, Id., p.4.

et que selon ses dispositions, rien n'encourage ou ne permet au FCR d'outrepasser ses fonctions initiales. Cependant, d'autres points, tenant plus aux aspects opérationnels de ce Forum semblent, selon la CNCDH, plus préoccupants.

Le FCR est « *co-présidé par un haut représentant du Gouvernement du Canada [...] et par un haut représentant de l'Union européenne* »⁵⁷. De plus, son fonctionnement prévoit, à l'article 21.6.4 qu'il rapporte au Comité mixte de l'AECG⁵⁸ sur la mise en œuvre du Chapitre 21.

Ainsi, il s'agit d'un processus purement intergouvernemental pouvant tendre à une certaine opacité et opérant hors de tout contrôle démocratique. En effet, alors qu'il est un acteur inévitable en matière de réglementation, le Parlement européen n'est prévu à aucun moment de la procédure de consultation du Forum. Il en est, a priori, de même pour les parlements nationaux, pourtant premiers instigateurs des lois et réglementations existantes ou à venir qui seront examinées au sein du Forum.

Ce constat est d'autant plus troublant que l'article 21.3 prévoit que « *les Parties peuvent, par consentement mutuel, inviter d'autres parties intéressées à participer aux réunions du FCR* ». Autrement dit, les représentants du Canada et de l'UE auront toute latitude pour inviter lesdites « parties intéressées » aux questions traitées à leur convenance, et ce sans qu'ils soient soumis à une obligation d'impartialité et de consultation égalitaire entre tous les acteurs concernés⁵⁹. Il est donc à craindre, dans un accord ayant pris parti pour le commerce et l'investissement, que les personnes invitées ne soient majoritairement des groupes d'intérêts d'entreprises ou les entreprises elles-mêmes n'ayant pas pour premier intérêt la défense des droits de l'homme.

57. CETA, article 21.6.3.

58. Le Chapitre « Dispositions administratives et institutionnelles » prévoit à l'article 26.1 la création d'un Comité mixte de l'AECG chargé du suivi permanent de la mise en œuvre, du fonctionnement et de l'incidence de l'accord. Le Comité mixte est composé de représentants de l'Union européenne et du Canada qui se réuniront une fois par an ou à la demande de l'une des Parties et superviseront les travaux de tous les comités spécialisés et autres organes établis en vertu de l'accord. Le Comité mixte de l'AECG n'est pas un organisme indépendant et il ne pourra adopter ses décisions et recommandations uniquement si l'Union européenne et le Canada y consentent.

59. AITEC et ATTAC, « CETA, marche-pieds pour l'Accord transatlantique – première analyse du texte de l'accord UE-Canada obtenu en août 2014 ». Disponible sur [<https://france.attac.org/nos-publications/notes-et-rapports/article/structure-generale-de-l-accord>].

Par conséquent, pour la CNCDH, l'un des risques majeurs tient à l'absence totale de clarté et de précision dans l'accord quant aux modalités de composition, de saisine et de contrôle du Forum⁶⁰. Une certaine marge de manœuvre semble être laissée aux pouvoirs exécutifs, et ce, sur un sujet aussi délicat que le développement durable, sans être assuré que les personnes pertinentes dans ce domaine seraient effectivement invitées au sein du Forum.

Recommandation n°7 : La CNCDH recommande que la coopération réglementaire soit soumise au contrôle démocratique et aux exigences de transparence avec l'introduction d'un rôle défini au Parlement européen, et si possible, aux parlements nationaux lorsque leur législation est concernée.

Recommandation n°8 : La CNCDH demande que soient définies avec précision les modalités de composition, de saisine, de décision et de contrôle du Forum de coopération en matière réglementaire.

60. Bien que responsable devant le Comité mixte de l'AECG, le Forum de coopération en matière de réglementation sera libre d'adopter son propre cahier des charges et sa propre feuille de route, selon l'article 21.6.4, lettre a).

Partie II

Les impacts de l'accord sur la protection des droits sociaux

Pour la Commission européenne, le CETA « *contient des règles fortes concernant la protection des droits sociaux* »⁶¹. Si cet accord de libre-échange (ALE) semble effectivement novateur sur plusieurs points, une analyse du CETA appelle à la nuance de ces propos.

Concernant la question de l'emploi, argument fort de la Commission⁶², la CNCDH s'interroge sur les raisons qui ont poussé celle-ci à signer un tel accord. En effet, la seule étude d'impact date de 2008 et prévoit une hausse du PIB de 0,08%. D'autres études d'impact prédisent une perte nette de 200 000 emplois pour l'Union Européenne⁶³. Sans rentrer dans les conflits d'économistes sur la manière dont sont réalisées ces études, il semblerait opportun que la Commission publie avant la signature d'accords de commerce une étude d'impact actualisée, incluant des données ventilées par pays et par secteur, afin que les décideurs politiques et les citoyens puissent décider en connaissance de cause de l'intérêt de la signature d'un tel accord.

Plus largement, la CNCDH a constaté qu'il n'existe à ce jour aucune étude globale permettant de déterminer si la libéralisation des échanges commerciaux et d'investissement conduit à une amélioration mutuelle des standards de protection sociale (*race-to-the-top*) ou si, au contraire, ce phénomène mène à un abaissement mutuel de ces standards (*race-to-the-bottom*). Les études portant sur ce sujet⁶⁴ sont circonscrites à certains standards de protection sociale (par ex., le droit d'association et de négociation collective), à certains cas particuliers, et sont largement dépendantes de la disponibilité de données fiables. La méthodologie utilisée est également source de contradictions entre les différentes études.

61. Commission européenne, op. cit., note 15.

62. Commission européenne, DG Trade, Accord économique et commercial global. Disponible sur : [http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/index_fr.htm].

63. P. Kohler et S. Storm « CETA Without Blinders: How Cutting 'Trade Costs and More' Will Cause Unemployment, Inequality and Welfare Losses », *Université de Tufts*, 2016.

64. Dont une synthèse est faite dans Parlement européen, Direction Générale des politiques internes de l'Union, Policy Department, Economic and Scientific Policy, TTIP and Labour Standard – *Study for the EMPL Group*, 2016, p. 14.

Ainsi à ce jour, « *démêler les liens entre les standards du travail, l'ouverture des échanges et des flux demeure un défi* »⁶⁵.

Recommandation n°9 : Constatant un vide préjudiciable en matière d'études d'impact des accords de libre-échange sur les droits sociaux, la CNCDH recommande vivement que de telles études soient systématiquement conduites, et ce, de manière globale et reposant sur des données fiables et attestées. Compte tenu du temps de négociations que nécessite la conclusion de tels accords, la CNCDH recommande que les études d'impact ainsi menées soient actualisées au moment de la signature dudit accord, et fassent la démonstration qu'une véritable consultation des parties prenantes a bien été diligentée.

Néanmoins, la libéralisation des échanges s'analyse en une prise de risque de la part des négociateurs : à court terme, les ALE créent des « gagnants » et des « perdants » au sein des Etats partenaires⁶⁶.

Pour la CNCDH, la principale menace que fait peser la libéralisation des échanges sur les droits sociaux consiste en la quête de compétitivité. En effet, les Etats, afin de paraître « plus avantageux » pour les entreprises comparativement aux autres Etats, peuvent abaisser les standards de protection sociale afin de gagner en compétitivité. C'est ce que l'on appelle communément le social dumping. Ce phénomène n'a rien de nouveau. Au 19^{ème} siècle, lorsqu'apparut pour la première fois l'idée de limiter le temps de travail, il était clair que cela ne pourrait être fait qu'à l'échelle internationale, autrement, « *toute réduction [du temps de travail] réalisée dans seulement un pays se ferait à l'avantage des autres [pays]* »⁶⁷. La Constitution de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) résume ce phénomène de la façon suivante : « *la non-adoption par une nation quelconque d'un régime de travail réellement humain fait obstacle aux efforts des autres nations désireuses d'améliorer le sort des travailleurs dans leurs propres pays* »⁶⁸. Dans le contexte post-crise financière qui caractérise les systèmes économiques occidentaux en

65. S. SALEM et F. ROZENTHAL, *Labor Standards and Trade: A Review of Recent Empirical Evidence*, *Journal of International Commerce and Economics*, 4(2), 2012, pp. 63-98. Traduction de la CNCDH.

66. C. DAVIDSON, S. J. MATUSZ, "Trade liberalization and compensation", *International Economic Review*, 47(3), pp. 723-747.

67. V. FERRANTE, « Social Concerns in Free Trade Agreements », *E-Journal of International and Comparative Labour Studies*, vol. 5, mai-juin 2016, p. 320. Traduction de la CNCDH.

68. Constitution de l'OIT, préambule, quatrième attendu.

recherche de croissance, cette assertion est d'autant plus d'actualité. Il y a deux façons classiques de s'assurer que les Etats partenaires à un accord soient liés par les mêmes standards de protection afin que l'augmentation de la compétitivité ne se fasse pas au détriment des standards de protection :

- soit les négociateurs les plus avancés en matière de ratification d'instruments de protection émettent comme condition à la ratification de l'ALE la ratification par l'autre Partie des mêmes instruments de protection⁶⁹ ;
- soit la partie la moins avancée en matière de ratification d'instruments de protection s'engage à les ratifier après l'entrée en vigueur de l'ALE.

Une troisième voie, plus ambitieuse, consiste en l'inclusion dans le traité d'une « clause sociale » couplée à une clause de non-abaissement des normes de protection du travail et de garanties procédurales dans la mise en œuvre du droit interne, comme c'est le cas pour le CETA. Cependant, l'inclusion de ces clauses n'est pas suffisante en elle-même. Pour parvenir à une protection effective des travailleurs, il est nécessaire que le traité établisse des mécanismes de suivi et de mise en œuvre du traité, et prévoie la sanction des violations des normes internationales du travail.

La CNCDH note également avec intérêt la proposition des syndicats scandinaves visant l'inclusion d'une « clause de la nation la plus favorisée » en matière de droit du travail et des garanties sociales et environnementales, qui contribuerait au progrès social.

A. La clause sociale du CETA : une prise en compte modérée des normes sociales internationales

L'objet de la clause sociale est de poser comme limite aux échanges le respect de standards internationaux de protection du travail. Autrement dit, l'exécution d'un ALE pourrait être suspendue s'il s'avère que l'une des Parties ne respecte pas les normes de protection des travailleurs incluses dans la clause sociale.

69. Pour ce qui concerne le TTIP, il semble que la Commission européenne fasse pression sur les Etats-Unis pour qu'ils ratifient certaines Conventions fondamentales de l'OIT. Voir T. BODE, Le mensonge du libre-échange : Pourquoi il faut s'opposer au TAFTA et au CETA, DVA.

L'idée d'inscrire des standards sociaux minimum dans les ALE fut controversée dès son origine : alors que les opposants à la clause sociale font valoir que « *le jeu des avantages comparatifs serait faussé au profit des pays développés* »⁷⁰ et que la clause sociale s'analyserait en un « *protectionnisme déguisé* »⁷¹, les défenseurs de la clause sociale revendiquent « *l'amélioration des conditions de travail internes et invoquent les droits fondamentaux de l'homme au travail* »⁷². La première approche est toujours défendue par l'OMC, qui considère que « *clause sociale* » rime avec « *protectionnisme* »⁷³. À l'inverse, l'UE et les Etats-Unis ont progressivement intégré dans leurs accords bilatéraux des normes internationalement reconnues⁷⁴.

1. Les normes internationales du travail incluses dans le CETA

Les normes internationales du travail sont insérées à l'article 23.3 §§ 1 et 2 du CETA. Selon ces dispositions, chaque Etat « fait en sorte que »⁷⁵ son droit et ses pratiques en matière de travail « incorporent et protègent » les huit conventions fondamentales de l'OIT, qui protègent quatre droits désignés comme étant une condition nécessaire à la jouissance effective de tous les autres. Il s'agit de : la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective ; l'élimination de toute forme de travail forcé et obligatoire ; l'abolition effective du travail des enfants ; et l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession.

De plus, chaque Etat « fait en sorte que » son droit et ses pratiques en matière de travail « favorisent » certains objectifs de l'Agenda pour le travail décent de l'OIT, à savoir : la santé et la sécurité au travail, y compris la prévention et l'indemnisation de tout accident du travail et de toute maladie professionnelle; la mise en place

70. G. BESSE, « Mondialisation des échanges et droits fondamentaux de l'homme au travail : quel progrès possible aujourd'hui ? », *Droit social*, 1994, n°12, pp. 841-849.

71. *Ibid.*

72. *Ibid.*

73. OMC, Déclaration ministérielle, Singapour, 18 décembre 1996, §4. Au niveau des négociations multilatérales en général et de l'OMC en particulier, faire coïncider protection des droits économiques et sociaux et accord de libre-échange semble impossible. Voir Parlement européen, op. cit. note 57, p. 19. Audition de Mme JEGOUZO, Cheffe de la représentation de la Commission européenne en France, devant la CNCDH le 18 oct. 2016.

74. G. BESSE, « Mondialisation des échanges et droits fondamentaux de l'homme au travail : quel progrès possible aujourd'hui ? », *Droit social*, 1994, n°12, pp. 841-849.

75. Dans la version anglaise : « shall ensure ».

de normes de travail minimales acceptables pour les salariés, y compris pour ceux non couverts par une convention collective ; et la non-discrimination eu égard aux conditions de travail, y compris pour les travailleurs migrants.

Tout d'abord, la référence au principe de non-discrimination en matière de conditions de travail à l'égard des travailleurs migrants est un élément positif. En effet, il permet d'introduire le principe de non-discrimination contenu à l'article 7 de la Convention des Nations unies sur la protection de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, alors même que ni le Canada ni les Etats membres de l'UE ne l'ont ratifié. Cependant, la CNCDH estime qu'il aurait été opportun de faire référence à d'autres aspects de la Convention, dans le sens où elle énonce un catalogue de droits, y compris économiques et sociaux, au-delà du principe de non-discrimination.

Recommandation n°10 : La CNCDH encourage l'inclusion dans les accords de libre-échange futurs de l'ensemble des dispositions pertinentes de la Convention des Nations unies sur la protection de tous les travailleurs migrants et des membres de leurs familles. À cet égard, la CNCDH réitère sa recommandation à la France de ratifier cette Convention.

De plus, l'article 23.3.3 précise, en étant toutefois assez vague, les règles que chaque partie doit « faire en sorte » d'intégrer en matière de sécurité et de santé des travailleurs. Cette disposition établit un principe de précaution, selon lequel les Parties s'engagent à ne pas invoquer « *l'absence de certitude scientifique pour retarder la mise en place de mesures de protection* ». Ainsi, lorsqu'il existe un « *danger existant ou potentiel de blessure ou de maladie, ou en cas de conditions dont il est raisonnable de penser qu'elles puissent entraîner des blessures ou la maladie chez une personne* », les Etats ne sauraient justifier leur inaction par l'absence de certitude scientifique quant aux conséquences médicales d'un phénomène nouveau. La CNCDH considère l'insertion de cette clause comme un élément positif, puisqu'il va au-delà des huit conventions fondamentales de l'OIT.

La référence à l'Agenda pour le travail décent est également un élément positif, qui montre la continuité de la politique de l'UE d'inclusion de cet Agenda dans les ALE remontant à 1995. Les objectifs auxquels il est fait référence n'ont cessé de

s'élargir⁷⁶. Cependant, la CNCDH estime que l'UE et le Canada auraient pu aller bien plus loin que l'article 23.3. En effet, seuls quelques objectifs de l'Agenda y ont été repris.

Recommandation n°11 : La CNCDH salue la référence, certes partielle, faite dans le CETA à l'Agenda pour le travail décent de l'OIT, cependant, elle recommande à la France, dans les prochains accords du même type, de plaider pour une prise en compte de cet Agenda plus extensive, voire exhaustive.

Recommandation n°12 : Eu égard aux risques engendrées par la libéralisation du commerce et de l'investissement (plans de restructuration, délocalisations, etc.), la CNCDH recommande que le CETA et les accords futurs contiennent des dispositions protectrices des salariés ne se limitant pas aux frontières nationales. L'inclusion de dispositions concernant l'investissement doit aller de pair avec le renforcement des droits des travailleurs vis-à-vis des groupes transnationaux. Pour atteindre ce but, la CNCDH considère que le droit à l'information et à la consultation des travailleurs, ainsi que la possibilité d'organiser des réunions de coordination et de coopération, doivent être garantis sur tout le périmètre de l'entreprise et ne pas se limiter aux périmètres national ou européen.

2. L'incertitude quant à la portée de l'engagement des Etats

D'emblée, le vocabulaire utilisé à l'article 23.3 interroge. Pour la CNCDH, il convient de se demander si les Etats sont tenus de respecter ces conventions et normes internationales ou s'ils doivent seulement les prendre en compte, ou, selon l'expression utilisée, « faire en sorte » de les respecter. Autrement dit, la question de savoir si les normes internationales que contient le CETA s'imposent ou non aux Etats.

À cet égard, il faut distinguer les normes par lesquelles les Etats sont déjà liés et les autres normes. Alors que les 28 Etats membres de l'UE ont ratifié les 8 conventions fondamentales de l'OIT, le Canada n'en a ratifié que 7 sur 8⁷⁷. En vertu

76. Voir Parlement européen, op. cit. note 64, pp. 22-23.

77. Le Canada n'a pas ratifié la convention n°98 sur le droit d'organisation et de négociation collective.

de la règle *pacta sunt servanda*⁷⁸, ces Etats sont tenus de respecter les traités qu'ils ont ratifiés, de la même façon qu'ils doivent les interpréter de bonne foi⁷⁹. Ainsi, indépendamment du CETA et de ses dispositions, les Etats sont liés par ces conventions, de même que toute autre convention qu'ils auraient régulièrement ratifiées, comme le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels par exemple.

La question fondamentale qui se pose ici est celle de savoir quel est l'impact du CETA sur les normes auxquelles l'article 23.3 fait référence. En effet, pour la CNCDH, il convient de se demander si le CETA vient confirmer leur valeur contraignante, ou, au contraire, s'il vient affaiblir les engagements des Etats. Le vocabulaire utilisé à l'article 23.3 milite en faveur d'une interprétation régressiste du caractère contraignant des traités cités. En effet, les paragraphes 1 à 3 énoncent que chaque Etat « fait en sorte que son droit et ses pratiques en matière de travail » : « *incorporent et protègent les principes et les droits fondamentaux du travail* » (§1) ; « *favorisent les objectifs suivants de l'Agenda pour le travail décent* » (§2) ; « *incorporent et protègent la santé et la sécurité des travailleurs* » (§3).

Ce vocabulaire contraste nettement avec celui utilisé par exemple, à l'article 2.4 portant sur la réduction et l'élimination des droits de douane, disposition clé de tout ALE : « *chaque Partie réduit ou élimine les droits de douane sur les marchandises originaires de l'autre Partie* », et non pas « *fait en sorte de réduire ou d'éliminer* ».

Il semble donc que les Etats s'engagent par des obligations de moyen et non des obligations de résultat, alors que les conventions de l'OIT font clairement état d'une obligation de résultat⁸⁰. Pour la CNCDH, le plus grand danger est que les Etats ne se sentent plus liés par ces conventions qu'ils ont pourtant ratifiées, ou qu'il utilisent l'article 23.3 du CETA comme justification à la non-exécution d'une obligation de résultat par laquelle ils sont liés en vertu de leur ratification des conventions de l'OIT.

78. « Les traités doivent être respectés ».

79. Convention de Vienne sur le droit des traités, art. 31.

80. Par exemple, l'article 1 de la convention n°105 sur l'abolition du travail forcé énonce que « *Tout Membre de l'Organisation internationale du Travail qui ratifie la présente convention s'engage à supprimer le travail forcé ou obligatoire et à n'y recourir sous aucune forme (...)* ».

Recommandation n°13 : La CNCDH recommande que le respect des normes internationales en matière de droits sociaux soit une condition *sine qua none* de la mise en application des accords internationaux de commerce et d'investissement. Il conviendrait de poser comme obligation de résultat la mise en œuvre et le respect des conventions et autres textes internationaux par lesquels les Etats sont auparavant liés en matière de droits de l'homme.

L'article 23.11 ajoute à la confusion. Selon cette disposition, les Etats « comprennent que les obligations énoncées dans le présent chapitre sont contraignantes ». À titre préliminaire, notons que l'expression « contraignantes » est impropre : là où la version anglaise du CETA – langue dans laquelle les négociations ont été menées – emploie le terme « binding », il aurait fallu le traduire par « obligatoire ». Dire que des « obligations » sont « obligatoires » est tautologique et n'apporte aucune donnée substantielle quant à la portée de l'engagement des Etats. Ce flou terminologique est d'autant plus gênant que le CETA ne prévoit aucun mécanisme de contrainte pour le Chapitre 23 (voir *infra*). Même s'il existe certains mécanismes coutumiers de contrainte auxquels l'UE et le Canada peuvent avoir recours en cas de non-respect des droits sociaux fondamentaux, tels que les contre-mesures⁸¹, la contrainte provient précisément de ce mécanisme plutôt que de l'obligation originellement violée.

Il va sans dire que les déclarations d'intention, telles que celle figurant au premier paragraphe de l'article 23.1⁸², ne sont pas des « obligations » en ce sens qu'elles ne présentent aucun engagement juridique de la part des Etats. En revanche, la disposition en vertu de laquelle aucun Etat « ne renonce ni ne déroge (...) à son droit et à ses normes en matière de travail, ni n'offre de le faire, dans le but de stimuler le commerce ou l'établissement, l'acquisition, l'accroissement ou le maintien d'un investissement sur son territoire »⁸³ est formulée de telle manière que l'on peut raisonnablement penser que les Etats aient entendu s'engager

81. Commission du droit international, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, adoptés par l'Assemblée générale le 12 décembre 2001*, (A/56/10), articles 49 à 54.

82. Le passage pertinent se lit comme suit : « Les Parties reconnaissent l'intérêt de la coopération internationale et des accords internationaux en matière de travail en tant que réponse de la communauté internationale aux difficultés et aux possibilités dans les domaines économique, social et de l'emploi du fait de la mondialisation (...) ».

83. CETA, article 23.4.2.

juridiquement à ne pas pratiquer le social dumping.

Enfin, la CNCDH relève que le Canada, qui n'a pas ratifié la convention n°98 de l'OIT sur le droit d'organisation et de négociation collective, ne dispose que d'une obligation de « déployer des efforts continus et soutenus afin de ratifier les conventions fondamentales de l'OIT »⁸⁴. Autrement dit, l'UE n'a pas exigé que le Canada ratifie toutes les conventions fondamentales de l'OIT comme condition préalable à la négociation du CETA, comme elle le fait pourtant dans le cadre du « Système de préférence généralisé plus » (« SPG+ »)⁸⁵. Le Canada n'est donc toujours pas lié par la convention n°98 de l'OIT. Toutefois, selon l'« instrument interprétatif », le Canada s'engage formellement à ratifier la convention n°98 de l'OIT et à la mettre effectivement en œuvre⁸⁶. Ce document précise que le processus de ratification a été engagé par les autorités canadiennes.

Recommandation n°14 : La CNCDH préconise que, dans un accord de nouvelle génération de type CETA, les Parties posent comme condition préalable à l'entrée en vigueur de l'accord la ratification de l'ensemble des conventions fondamentales de l'OIT.

B. La clause de non-abaissement et les garanties procédurales dans la mise en œuvre du droit interne

Aux termes de l'article 23.4, s'intitulant « Maintien des niveaux de protection », les Etats s'engagent à ne pas affaiblir ou réduire les niveaux de protection prévus par leur droit social interne dans le but de stimuler le commerce ou l'investissement. Cette clause, qui montre que les ALE de nouvelle génération ne traitent pas uniquement du droit international du travail, a pour objet d'interdire le *social dumping*. Cet ajout positif s'inscrit dans la continuation d'une politique commerciale initiée dès 2008 par l'UE dans l'accord CARIFORUM⁸⁷. À ce jour, on

84. CETA, article 23.4.4.

85. Voir Conseil européen, *Règlement (CE) N°732/2008 du 22 juillet 2008 appliquant un schéma de préférences tarifaires généralisées pour la période du 1er janvier 2009 au 31 décembre 2011*, et modifiant les règlements (CE) n°552/97 et (CE) n°1933/2006, ainsi que les règlements de la Commission (CE) n°1100/2006 et (CE) n°964/2007, article 9, §1, lettre b).

86. Conseil de l'Union européenne, op. cit., note 17, 8), b).

87. Voir Parlement européen, op. cit. note 64, p. 23.

dénombré 9 ALE conclus par l'UE qui comprennent cette obligation⁸⁸.

Cependant, il n'y a eu à ce jour aucune application par les Etats de la clause de non-abaissement⁸⁹. Ce phénomène s'explique par le fait que la mise en œuvre de cette clause exige la réunion de deux éléments de preuve difficiles à rapporter. Tout d'abord, l'impact sur le commerce et l'investissement, c'est-à-dire qu'il faut prouver que la mesure prise par l'Etat « stimule » le commerce ou l'investissement. Ensuite, l'intentionnalité de la mesure : il faut prouver que l'Etat abaisse ses standards sociaux « dans le but de » stimuler le commerce ou l'investissement, et donc prouver la volonté du pouvoir législatif ou réglementaire.

Cependant, l'« instrument interprétatif » ajoute qu'en cas de violation de la clause de non-abaissement « *les gouvernements peuvent remédier à ces violation qu'elles aient ou non des effets défavorables sur un investissement ou sur les attentes au profit d'un investisseur* »⁹⁰. Ce point constitue une avancée par rapport au texte même du CETA. Cela ne saurait être suffisant pour la CNCDH, car une telle possibilité n'est pas mentionnée dans le CETA directement, ce qui laisse douter de son opérationnalité.

Recommandation n°15 : Pour la CNCDH, il est impératif de rendre les clauses de non-abaissement effectives et opérationnelles dans les accords internationaux de commerce et d'investissement. Pour ce faire, elle recommande que la possibilité offerte aux Etats de saisir cette clause pour dénoncer un abaissement des standards soit facilitée, et que la charge de la preuve soit inversée, la faisant peser sur l'Etat suspecté d'avoir abaissé ses standards sociaux pour stimuler le commerce ou l'investissement.

La CNCDH tient néanmoins à saluer l'article 23.5 qui, dans le but d'assurer le respect effectif de cette clause, fixe un certain nombre de garanties procédurales minimales, globalement favorables à l'employé, que l'Etat doit respecter dans les procédures dans lesquelles une partie invoque une violation du droit du travail en interne. Il semble même qu'un certain nombre de dispositions de cet

88. *Ibid.*

89. *Ibid.*

90. Conseil de l'Union européenne, op. cit. note 17.

article reprennent les garanties procédurales exprimées dans les instruments internationaux relatifs aux droits civils et politiques et par la jurisprudence des organes qui y sont relatifs.

Si le travailleur ou toute personne ayant un intérêt légitime invoquent une atteinte à un droit conféré par la législation nationale – donc, potentiellement, un droit conféré par les instruments énoncés à l'article 23.3 transposé en droit interne – l'Etat doit s'assurer que ces justiciables puissent avoir un accès à un procédure « efficace », qu'elle soit administrative ou judiciaire, permettant la réparation du préjudice subi le cas échéant⁹¹. Les procédures ne doivent pas être d'un « coût prohibitif »⁹² pour le justiciable et ne doivent pas entraîner de « délais déraisonnables ». Ces procédures doivent prévoir la prise d'injonctions. Enfin, ces procédures doivent être « justes et équitables ».

Dans la même veine, l'article 23.6 énonce que les Etats doivent « faire mieux connaître » au grand public son droit du travail et les « procédures visant à en assurer l'application et le respect ».

C. Suivi, mise en œuvre et sanction des violations des standards internationaux en matière de travail

1. Le choix de la coopération intergouvernementale plutôt que du mécanisme de règlement des différends

En vertu de l'article 23.11, le chapitre 23 échappe au mécanisme de règlement des différends Etat-Etat (RDEE). À la place, les Etats peuvent soit recourir aux « *bons offices, à la conciliation ou à la médiation* »⁹³ pour résoudre leur différend, soit saisir un Groupe d'experts spécialement institué pour les différends en lien avec le droit du travail.

91. Un parallèle peut être fait avec l'article 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales : ces deux dispositions exigent que l'Etat mette en place des procédures effectives de permettant la réparation de la violation d'un droit.

92. Cette expression provient de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Voir Guide pratique sur l'article 6, CoE, §45, p. 15.

93. CETA, art. 23.11.2.

Selon la Commission européenne, cette exemption du Chapitre 23 du RDEE s'explique par le fait qu'il est trop difficile de prouver l'impact que peuvent avoir les législations sociales sur le commerce et l'investissement⁹⁴. Dès lors, soumettre les litiges concernant le travail à la juridiction du RDEE serait inadéquat et inefficace. Il est certain que quantifier l'impact de la modification d'une législation en matière de travail qui violerait les standards internationaux sur le commerce et l'investissement peut s'avérer complexe. Cependant, il peut également être évident que la modification d'une législation interne qui violerait le droit international serait de nature à stimuler le commerce et l'investissement et, partant, à augmenter la compétitivité de l'Etat concerné.

Recommandation n°16 : La CNCDH souhaite que la France initie une réflexion afin de faciliter l'inclusion des aspects sociaux des accords internationaux de commerce et d'investissement qui seront négociés par l'UE dans le règlement des différends Etat-Etat. La CNCDH propose d'inclure l'OIT en tant qu'expert dans la surveillance de la mise en œuvre des dispositions de droit social, en lui permettant d'être consulté lors du règlement des différends et de rendre cet avis contraignant.

2. Le Groupe d'experts, mécanisme subsidiaire sans pouvoir de sanction

Si les Etats ne parviennent pas à résoudre leur différend via la consultation gouvernementale, ils peuvent soumettre celui-ci au Groupe d'experts⁹⁵. L'intervention de cet organe est donc subsidiaire.

Il est exigé que les membres du Groupe d'experts possèdent l'expertise correspondant à la question soulevée. Ceux-ci siègent à titre personnel et sont indépendants⁹⁶. Ce Groupe d'experts se prononce sur « *la question de savoir si la Partie défenderesse a respecté ses obligations* » prévues par le chapitre 23 et rend des rapports publics assortis de recommandations.

Cependant, les constats de violation d'une obligation internationale de l'Etat ne

94. Audition de M. BOURCIEU, Conseiller commercial auprès de la Représentation de la Commission européenne en France, devant la CNCDH le 28 oct. 2016.

95. CETA, article 23.10.1.

96. *Id.*, §7.

revêtent aucune autorité de la chose jugée : les Parties ne font que « *tenir compte du rapport final* »⁹⁷ au cours de leurs discussions subséquentes au constat de violation. Il peut donc être passé outre l'avis des experts.

La faiblesse de ce mécanisme est accentuée par le fait que la violation d'une obligation internationale relative au travail ne donne lieu à aucune sanction. La révélation d'un brouillon du CETA démontre que c'est l'UE et non le Canada qui s'est opposée aux sanctions dans le cadre du droit du travail⁹⁸. L'UE aurait insisté sur le fait que les décisions du Groupe d'experts « *ne doivent pas déclencher l'imposition de sanction économique par l'autre partie* », alors que le Canada demandait précisément la possibilité d'appliquer et de procéder à l'exécution forcée au moyen de sanctions économiques⁹⁹. Les institutions européennes considèrent en effet que les sanctions économiques ne sont ni désirables, ni efficaces, et que les droits des travailleurs devraient être promus d'une façon différente¹⁰⁰. Selon la Commission européenne, le fait que des experts prononcent la violation d'une obligation en matière de droit du travail par un Etat a un effet dissuasif, et suffirait à forcer un Etat à se conformer à ses obligations, de peur que sa réputation sur la scène internationale n'en soit entachée¹⁰¹.

Il semble pour la CNCDH que l'approche coopérative, prônée par l'UE, et la possibilité de sanctionner les violations du droit international ne soient pas antinomiques : la coopération pourrait être utilisée en premier ressort pour résoudre les différends, puis, en l'absence de mise en conformité avec le droit international, les Etats pourraient utiliser des sanctions, par exemple économiques, pour forcer l'exécution du droit international du travail. Le CETA n'est pas pour autant régressiste sur ce point : il s'analyse plutôt comme une occasion manquée d'aller plus loin dans la mise en œuvre effective du droit international. Il s'avère que les Etats, détenteurs du processus de production normative, n'ont que peu d'intérêt à la mise en œuvre effective du droit international du travail.

97. CETA, art. 23.10.12.

98. Voir Parlement européen, op. cit. note 64, p. 27.

99. *Ibid.*

100. *Ibid.*

101. Audition de M. BOURCIEU, Conseiller commercial auprès de la Représentation de la Commission européenne en France, devant la CNCDH le 28 oct. 2016.

Recommandation n°17 : La CNCDH encourage la France à veiller, lors des négociations d'accords internationaux de commerce et d'investissement, à ce que soient incorporés des mécanismes de sanction lorsqu'un Etat partie viendrait à violer une obligation internationale relative au droit du travail.

3. La mise en œuvre des droits sociaux via la clause des droits de l'homme : une possibilité purement théorique

Les « clauses des droits de l'homme » permettent la suspension de l'exécution de l'ALE dans le cas où l'une des Parties porte atteinte à un « élément essentiel » de l'accord, dont les droits de l'homme sont parties intégrante. Depuis l'entrée en vigueur du Traité sur l'Union européenne (1993), tous les ALE négociés par l'UE incluaient une clause des droits de l'homme¹⁰². Concernant le CETA, les négociateurs ont préféré inclure cette clause dans l'Accord de Partenariat Stratégique, un Accord négocié parallèlement au CETA.

Pour la CNCDH, cette clause est très faible par rapport à ce que l'UE avait l'habitude d'imposer aux Etats en voie de développement : seuls un « *coup d'Etat ou des crimes graves qui menacent la paix, la sécurité et le bien-être de la communauté internationale* »¹⁰³ peuvent constituer une violation « *particulière grave et substantielle* » et par conséquent fonder la suspension de l'exécution du CETA. Certes, les enjeux avec le Canada ne sont pas les mêmes qu'avec certains autres Etats tiers, mais cela crée un précédent préjudiciable à la mise en œuvre effective des droits de l'homme, notamment au vu du rôle de modèle que s'appête à jouer le CETA.

En tout état de cause, il semble que la clause des droits de l'homme ne pourra être mise en œuvre que dans le cas de violation des droits civils et politiques et non de droits économiques, sociaux ou culturels¹⁰⁴. Le Parlement européen avait exigé, en vain, que la Commission européenne s'assure que tout accord commercial conclu par l'UE avec des pays tiers prévoit une clause des droits de

102. M. GARCIA, « From Idealism to Realism? EU Preferential Trade Agreement policy », *Journal of Contemporary European Research*, 9(4), 2013, p. 526.

103. Accord de Partenariat Stratégique, article 28, §3.

104. Voir Parlement européen, op. cit. note 64, p. 28.

l'homme « juridiquement contraignante et suspensive »¹⁰⁵.

Recommandation n°18 : La CNCDH préconise l'inclusion dans tous les accords internationaux de commerce et d'investissement négociés par l'UE d'une clause des droits de l'homme, forte, obligatoire et cohérente avec les valeurs communes qu'elle promeut, et que celle-ci soit accompagnée d'un mécanisme de suivi et de sanction.

4. Société civile et surveillance de la mise en œuvre du droit international du travail : un rôle insuffisant

La CNCDH tient à relever un des aspects positifs du CETA. En effet, ce traité implique beaucoup d'acteurs à des niveaux différents, et institutionnalise des réunions de la société civile. Néanmoins, l'article 22.5, qui traite du Forum de la société civile, est pour le moins succinct. Le Forum est composé des organisations de la société civile suivantes : employeurs ; syndicats ; organisations de travailleurs ; représentants des milieux d'affaires ; groupes environnementaux « qui sont représentatifs et indépendants » (sic) ; d'autres organisations de la société civile concernées.

Cependant, concernant la composition du Forum, la CNCDH estime que l'ajout de la condition de représentativité et d'indépendance des « groupes environnementaux » est fortement critiquable. Rien n'est précisé quant aux critères permettant de définir ce que « représentatif » et « indépendant » recouvrent. De plus, cette composante de la société civile est la seule à faire l'objet de telles conditions. Bien que l'on puisse comprendre ces critères comme permettant d'exclure les lobbys industriels du Forum, ils peuvent également sonner comme des représailles à des critiques que ces « groupes environnementaux » ont formulé de longue date à l'égard du CETA.

La périodicité des réunions du Forum est également source de critiques. En effet, le paragraphe 2 de l'article 22.5 fixe la périodicité des réunions à une fois par an, mais conditionne celle-ci à l'approbation des Etats¹⁰⁶. Ces derniers pourraient

105. Parlement européen, op. cit., note 37.

106. Par l'ajout du membre de phrase : « à moins que les Parties n'en conviennent autrement ».

par conséquent fixer une périodicité beaucoup plus espacé que le standard – par ailleurs déjà faible – d'un an.

Concernant l'objet des réunions et les relations entre le Forum de la société civile et les Etats partenaires, l'article 22.5 est assez vague. Si l'objet – louable par ailleurs – du Forum est de « *mener un dialogue sur les aspects du [CETA] qui concernent le développement durable* », l'article 22.5 ne précise pas si ce dialogue n'est mené qu'entre les organisations qui composent le Forum, ou si les Etats – seuls à même de modifier le droit existant – y participent également. De plus, les Etats ne s'engagent qu'à « *faciliter l'organisation du Forum* » et ont la possibilité de « *faciliter la participation par des moyens virtuels* ». L'expression « *moyens virtuels* » semble s'opposer aux « *moyens matériels* », et semble insinuer que les Etats ne financeront pas ce Forum. Or il semble clair que l'absence de financement des réunions et des frais connexes (voyage, hébergement, etc.) soit un obstacle à leur tenue effective, et, in fine, à l'efficacité du système de mise en œuvre des standards sociaux internationaux.

Recommandation n°19 : La CNCDH recommande que l'institutionnalisation des réunions de la société civile et des organisations syndicales soit accompagnée de la mise à dispositions des moyens humains et financiers nécessaires, tel qu'un Secrétariat dédié au Forum de la société civile et des ressources propres, afin que cet organe puisse mener à bien son rôle de surveillance dans l'application des accords de libre-échange.

Partie III

Les enjeux climatiques et environnementaux de l'accord

Conformément au mandat de négociation¹⁰⁷, l'accord inclut une dimension environnementale du commerce contenue dans le Chapitre 24 « Environnement et Commerce », qui constitue de manière plus large une condition préalable au développement durable.

Selon la Commission européenne¹⁰⁸, le CETA s'inscrira dans une démarche respectueuse des normes et accords internationaux reconnus dans le domaine environnemental, assurera leur bonne mise en œuvre, et n'emportera ainsi aucune conséquence sur les règles relatives à l'environnement dans l'UE. En ce sens, la Commission insiste sur le fait que les Parties ne devront pas affaiblir ou transgresser leurs lois environnementales afin de se conformer à la finalité de l'accord, à savoir développer leur commerce et attirer les investissements.

Le Gouvernement français, par la voix de la Direction générale du Trésor¹⁰⁹, reprend largement ces raisonnements, en précisant que le niveau de protection environnementale de l'UE ne sera en rien amoindri par l'accord. En effet, il est avancé que l'UE, ses Etats membres et le Canada pourront exercer leur droit de légiférer librement dans les domaines touchant à l'intérêt public tel que le domaine environnemental, dans le respect de leurs engagements internationaux en la matière, et tout en s'efforçant de viser un haut niveau de protection.

Cependant, force est de constater, pour la CNCDH, que les garanties ainsi présentées ne rencontrent pas l'effectivité attendue dans le contenu de l'accord sur certains points.

107. Conseil de l'Union européenne, op. cit., note 12, point 39.

108. Commission européenne, op. cit., note 62.

109. Ministère de l'Economie et des Finances, Direction générale du Trésor, *Accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada – Questions et Réponses*, Disponible sur [http://www.tresor.economie.gouv.fr/10864_AECG-CETA-questions-reponses].

A. Question de la conformité du CETA avec l'Accord de Paris sur le climat

Au titre du mandat de négociation, l'accord devrait « *promouvoir le développement durable en créant les conditions propices au renforcement du commerce des biens et des services environnementaux, notamment celles qui favorisent la transition vers une économie mondiale émettant peu de CO2 et utilisant les ressources de manière efficace. Les échanges de biens et de services environnementaux, ainsi que la suppression des obstacles qui entravent ces échanges, devraient constituer le point de départ permettant à ces biens ou services de procurer un bénéfice global et substantiel pour l'environnement* »¹¹⁰.

Bien qu'ambitieux et conformes aux exigences environnementales actuelles, il est raisonnable de douter de la fidélité de l'accord à ces propos¹¹¹. Tout d'abord, comme il l'a été dit, le Chapitre « Développement durable » auquel appartient le Chapitre 24 n'est assorti d'aucune sanction possible en cas de non-conformité par les Parties, ce qui permet de s'interroger sur la mise en œuvre de ce dernier. De plus, et surtout, aucune mention n'est faite de l'Accord de Paris sur le climat¹¹². Pire, pour nombre d'acteurs, il est à craindre que la mise en œuvre du CETA ne permette pas de respecter les objectifs de l'Accord de Paris, voire même conduise à aggraver le réchauffement climatique.

110. Conseil de l'Union européenne, op. cit., note 12, §39.

111. Un document interne de la Commission européenne rendu public par l'ONG Corporate Europe Observatory (CEO), le 4 décembre 2015, a révélé les instructions données par Bruxelles à ses négociateurs de refuser que le futur accord climatique puisse imposer des limites au commerce. Il s'agit d'une note présentée par la direction générale «Action pour le climat» de la Commission adressée au Comité de la politique commerciale du Conseil, le 20 novembre 2015, c'est-à-dire en amont de la COP21. La position de l'Union européenne (UE) apparaît clairement : « Aucune mention du commerce ne doit figurer dans tout accord sur le changement climatique. Et l'UE est contre «toute mention explicite du commerce», toute mention des droits de propriété intellectuelle, et elle promet que l'UE minimisera «les discussions sur les questions liées au commerce» », indique le CEO. Disponible sur [<http://www.politis.fr/COP-21-La-Commission-europeenne-a,33378.html>].

112. L'Accord de Paris est un accord universel sur le climat, négocié au cours de la Conférence de Paris sur le Climat (COP21) de la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques. Il est entré en vigueur le 4 novembre 2016, voir : ONU, Convention-cadre sur les changements climatiques, *Adoption de l'Accord de Paris*, FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1, 12 décembre 2015.

1. Acte manqué : aucune mention de l'Accord de Paris et de ses objectifs

Après la signature de l'Accord de Paris, le CETA offrait une opportunité sans précédent de conclure le premier accord international de commerce et d'investissement climato-compatible. Bien que les négociations de ce dernier soient antérieures à la Conférence de Paris sur le climat de 2015, nul ne pouvait raisonnablement ignorer les ambitions climatiques qui animaient la communauté internationale et qui ont conduit à la conclusion de l'accord juste, durable, dynamique, équilibré et juridiquement contraignant¹¹³, qu'est l'Accord de Paris.

Ainsi, et alors que le CETA est défini comme un accord dit de « nouvelle génération », il est particulièrement regrettable de constater qu'il ne prévoit aucune mesure concrète pouvant entraîner une baisse des émissions de gaz à effet de serre, et de surcroît qu'aucune mention n'est faite de l'objectif visant à limiter la hausse du réchauffement climatique, que ce soit à 2°C ou bien à 1,5°C.

Plus encore, l'accord en ne comportant pas de chapitre spécifique à l'énergie, à la différence du projet TTIP, fait de cette dernière une marchandise comme les autres¹¹⁴. Un tel chapitre aurait pourtant permis d'imposer une préférence en matière d'échange de biens et services aux énergies dites propres ou renouvelables, et alors de se conformer d'une manière indirecte, sans le mentionner, à l'Accord de Paris. Or le commerce de l'énergie est fortement libéralisé, comme toutes les autres marchandises. Cela recouvre donc la libéralisation des énergies fossiles, pourtant fortement décriées, puisqu'aucune exception à leur utilisation n'est formulée. Bien que les droits de douane en vigueur avant le CETA soient déjà très bas et ne représentent pas un obstacle aux échanges, avec le CETA, la voie est grande ouverte, sans exception, et sans possibilité de retour en arrière.

113. Propos employés par M. Laurent FABIUS, Ministère des affaires étrangères et du développement international, lors de la présentation de la version finale de l'Accord, voir : *Le Monde*, Une dernière journée marathon avant l'adoption d'un « accord décisif pour la planète, 12 déc. 2015. Disponible sur [http://www.lemonde.fr/cop21/article/2015/12/12/cop21-laurent-fabius-presente-un-texte-d-accord-mondial-sur-le-climat_4830539_4527432.html].

114. L'intérêt d'un chapitre spécifique est de pouvoir définir des règles spécifiques d'accès au marché, de discipline en matière de régulation nationale et de prescription de résultat, etc., qui doivent permettre d'inclure des éléments de contenu local pour certains investissements, de proscrire ou de limiter certaines activités, d'interdire les subventions dans les énergies fossiles et au contraire de les favoriser sur d'autres pans d'activités propices à la transition, etc.

Néanmoins, la CNCDH tient à saluer la disposition contenue à l'article 24.9 alinéa 2 qui stipule que « *[les] Parties, conformément à leurs obligations internationales, veillent spécifiquement à faciliter l'élimination des obstacles au commerce ou à l'investissement en ce qui concerne les marchandises et les services qui présentent un intérêt particulier pour l'atténuation du changement climatique, notamment le commerce ou l'investissement en ce qui concerne les marchandises et les services liés à l'énergie renouvelable* ».

Il est cependant raisonnable de douter qu'une seule disposition dans un accord aussi conséquent, puisse à elle seule, compenser l'absence d'un chapitre spécifique à l'énergie. Si faciliter les échanges et les investissements dans les technologies vertes est une bonne chose, les effets positifs d'une telle décision s'annulent si les mêmes avantages sont donnés aux énergies fossiles.

Ce constat est particulièrement dommageable et déplorable, alors même que le mandat de négociation visait expressément la transition vers une économie mondiale émettant peu de dioxyde de carbone et utilisant les ressources de manière efficace.

Le risque existe que les entreprises se saisissent du règlement des différends entre investisseurs étrangers et Etats afin d'attaquer des réglementations environnementales ou lois portant sur les problématiques climatiques au motif qu'elles entravent le commerce alors qu'elles viendraient répondre aux exigences de l'Accord de Paris (voir *infra*). Pourtant, ces situations auraient pu être évitées. En effet, si mention avait été faite de l'Accord de Paris dans le corps du traité, cette dernière aurait permis d'interpréter la mesure contestée dans le cadre du règlement des différends investisseurs-Etats à la lumière des obligations internationales environnementales et climatiques en découlant, servant alors de grille de lecture aux arbitres.

De même, la coopération réglementaire, traitée précédemment, pourrait remettre en cause ces mêmes lois de lutte contre le changement climatique, et de ce fait, édulcorer leur contenu en amont du processus politique.

Recommandation n°20 : La CNCDH préconise que le domaine de l'énergie fasse l'objet d'un chapitre spécifique, permettant alors d'inscrire dans l'accord des engagements en matière de réduction d'émission de gaz à effet de serre,

et autorisant explicitement les Parties à promouvoir les investissements dans le secteur des énergies propres, ainsi qu'à bannir progressivement ceux orientés vers les énergies fossiles.

Recommandation n°21 : La CNCDH encourage la France, qui a présidé la COP21, à encourager l'inclusion, dans chaque accord, d'une mention explicite et expresse à l'Accord de Paris sur le climat, ou tout le moins à son objectif visant à limiter la hausse du réchauffement climatique.

2. La crainte d'un accord aux effets climaticides

La CNCDH, tout en étant préoccupée par le fait que l'accord ne contienne aucune mesure visant à réduire les émissions de gaz à effet de serre liées aux transports aériens et maritimes, a fait le choix de se pencher sur le cas des sables bitumineux¹¹⁵ afin d'illustrer les effets climaticides potentiels du CETA et les conséquences de l'absence de la mention de l'Accord de Paris. En effet, l'étude d'impact sur le développement durable de 2011¹¹⁶ est sans équivoque quant aux effets de l'accord sur le développement de l'exploitation de ces sols.

Les aspects énergétiques de l'accord représentent très probablement l'une des principales inquiétudes en matière environnementale et climatique au vu du partenaire choisi par l'UE. En effet, le Canada pourrait recéler dans les sables bitumineux, principalement issus de la province d'Alberta, la deuxième réserve de pétrole au monde¹¹⁷. Or il s'agit de l'industrie pétrolière la plus polluante du

115. Un sable bitumineux est un mélange de bitume brut, de sable, d'eau et d'argile. Ces sables bitumineux sont exploités dans des mines à ciel ouvert ou dans des gisements souterrains. Dans le premier cas, leur extraction nécessite des pelles mécaniques et des camions géants. Dans le second cas, il est nécessaire de forer, de chauffer le bitume en injectant de la vapeur et de solvants en profondeur, puis de mélanger le sable extrait avec de l'eau chaude pour ôter son caractère visqueux. Enfin, il doit être décanté pour en extraire le pétrole. Il s'agit ainsi d'un processus complexe, coûteux et extrêmement polluant.

Les gisements de sable bitumineux représentent une importante source de pétrole brut de synthèse appelé « non conventionnel ». Deux régions dans le monde possèdent la majorité des sables bitumineux : le Canada et le Venezuela.

116. A Trade Sustainable Development Assessment relating to the negotiation of a Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between the UE and Canada, Trade 10/B3/B06, Final Report, juin 2011. Ce rapport a été mandaté et financé par la Commission européenne. Cependant, les points de vue exprimés sont ceux des contractants et ne représentent pas une opinion officielle de la Commission.

117. Selon l'étude d'impact sur le développement durable, sur les 175 milliards de barils de réserve de pétrole du Canada, 97% se trouvent dans les sables bitumineux situés dans trois gisements en Alberta et à Saskatchewan. Cette disponibilité ferait du Canada la deuxième réserve de pétrole au rang mondial.

monde avec un surcroît de rejets chimiques et d'émissions de gaz à effet de serre comparé aux pétroles conventionnels¹¹⁸. Puisque l'UE ne dispose d'aucune réserve de pétrole significative, elle est fortement dépendante des sources extérieures et donc des importations, ce qui peut expliquer en partie la recherche d'un accord de libre-échange avec le Canada.

Pourtant, l'étude d'impact sur le développement durable¹¹⁹ est assez claire sur le fait qu'il est peu probable que la libéralisation tarifaire prévue dans le CETA entraîne un accroissement considérable des exportations du pétrole canadien issu des sables bitumineux vers l'Europe. En effet, l'Europe n'est à l'heure actuelle qu'un marché mineur pour le pétrole canadien, et cela ne changera guère avec le CETA, selon l'avis d'experts.

Cependant, l'étude d'impact¹²⁰ est également sans équivoque sur un autre point, à savoir que le CETA est propice à augmenter la production dans l'industrie pétrolière canadienne par le biais de la libéralisation des investissements. Cette conclusion se justifie¹²¹ en ce que les sables bitumineux sont déjà, à ce jour, un important bénéficiaire des investissements mondiaux, et cela vaut également pour les investissements directs européens¹²². Il est donc raisonnable de craindre que les investissements européens dans ce secteur n'augmentent considérablement après la mise en œuvre du CETA compte tenu également des importants profits que peut générer l'industrie du pétrole.

118. Le pétrole non conventionnel est un pétrole produit ou extrait en utilisant des techniques autres que la méthode traditionnelle, et donc conventionnelle, de puits pétroliers, comme la fracturation hydraulique. Le pétrole non conventionnel émet 49% de gaz à effet de serre en plus en moyenne par rapport à l'extraction de pétrole conventionnel.

119. A Trade Sustainable Development Assessment relating to the negotiation of a Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between the UE and Canada, op. cit., note 116, p.150.

120. *Ibid.*

121. Collectif unitaire national Stop-TAFTA, « Le CETA ; un « bon accord ? » - Crash test en 9 mots clés ». Disponible sur [https://www.collectifstopafta.org/ressources-materiels/ceta/article/le-ceta-un-bon-accord-crash-test-en-9-mots-cles] ; AITEC, op. cit., note 40.

122. Selon l'étude d'impact sur le développement durable de 2011, pour l'UE, l'investissement dans le pétrole et le gaz naturel constitue l'une des plus grandes formes d'investissement au Canada. Pour exemple, en 2007, ces domaines représentaient 18,4% du total des investissements directs étrangers de l'UE au Canada. De plus, les trois principales compagnies pétrolières de l'UE ont déjà une certaine forme d'investissement dans les sables bitumineux canadiens. Enfin, l'étude d'impact prévoit que l'investissement dans les sables bitumineux devrait augmenter de façon spectaculaire et ce, sur le long terme, prévoyant même que les investissements atteindront 192 milliards de dollars au cours des 25 prochaines années.

Cette prévision est particulièrement préoccupante eu égard aux exigences climatiques et environnementales qui animent la communauté internationale. En effet, pour tendre à atteindre l'objectif de limitation de la hausse des températures à 1,5°C, et donc se conformer à l'Accord de Paris, la plupart des énergies fossiles – pétrole, gaz, charbon – devront rester dans le sol, non exploitées¹²³. Aussi, les gouvernements qui souhaiteraient honorer cet engagement seront appelés à adopter des politiques ambitieuses et conséquentes¹²⁴ afin d'entamer une transition pérenne vers les énergies renouvelables et propres, et ainsi limiter progressivement l'extraction et le commerce d'énergies fossiles. Or le CETA, en libéralisant officiellement l'investissement dans le secteur de l'exploitation pétrolière, restreint désormais l'UE et ses Etats membres dans leur possibilité de recourir à ces politiques dès lors que le gouvernement canadien et ses entreprises seront concernés.

Cela a déjà pu être constaté en matière réglementaire, notamment dans le cadre de la révision de la Directive européenne sur la qualité des carburants¹²⁵. En effet, pour de nombreux acteurs¹²⁶, le gouvernement canadien, en même temps que la promotion des intérêts de son secteur minier, a utilisé les négociations du CETA comme un moyen d'édulcorer la législation européenne. Ainsi, l'affaiblissement de la directive qui visait à obliger les fournisseurs de carburants à diminuer l'intensité en carbone des combustibles, est imputé au gouvernement canadien, agissant dans l'intérêt des sociétés pétrolières et gazières opérant sur son territoire. Cette directive était, ainsi, initialement censée prendre en compte l'empreinte écologique des produits pétroliers issus des sables bitumineux, dont l'extraction et la production nécessitent davantage d'énergie. Dans sa version finale, la directive reconnaît que l'empreinte carbone de ce pétrole est plus importante, sans imposer pour autant aux entreprises européennes de déclarer la part des pétroles non conventionnels dans leurs importations. Ainsi, la directive a perdu toute ambition

123. La communauté est unanime, pour limiter le réchauffement climatique, 80% des réserves en énergies fossiles doivent rester dans le sol.

124. Pour exemple : restrictions à l'importation, moratoires sur l'extraction des énergies fossiles et des infrastructures polluantes, etc.

125. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, *Directive modifiant la directive 98/70/CE concernant la qualité de l'essence et des carburants diesel et modifiant la directive 2009/28/CE relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables*, 2015/1513, 9 sept. 2015.

126. Voir par exemple : *Corporate Europe Observatory, Trading away democracy – how CETA's investor protection rules could result in a boom of investor claims against Canada and the EU*, Sept. 2016.

de pénaliser ou décourager les entreprises d'investir ou d'importer des produits issus des sables bitumineux.

Il s'agit donc là encore, d'une occasion manquée, alors même que le Parlement européen soulignait, à l'égard du TTIP, qu'il s'agissait d'une opportunité pour « *élaborer des normes communes ambitieuses et contraignantes en matière de durabilité pour la protection d'énergie et l'efficacité énergétique, prenant en compte et respectant toujours les normes en vigueur de part et d'autre, telles que les directives de l'Union relatives à l'étiquetage énergétique et à l'écoconception, et d'explorer les moyens de renforcer la coopération sur la recherche, le développement et l'innovation en matière d'énergie et la promotion des technologies à faible émission de dioxyde de carbone et respectueuse de l'environnement* »¹²⁷.

Ainsi, et dans un moment où toute l'attention et les efforts devraient être concentrés sur l'évitement d'une aggravation de la situation climatique, il est très difficile, pour la CNCDH, de constater que des accords, tel le CETA, ne contiennent aucune référence aux obligations et engagements découlant de l'Accord de Paris, et qui plus est, concourent à une expansion du niveau des émissions de gaz à effet de serre.

B. Les standards de protection menacés : l'affaiblissement du principe européen de précaution

Le principe de précaution est contenu à l'article 191 alinéa 2 du TFUE¹²⁸. Il prévoit ainsi que la politique de l'UE dans le domaine de l'environnement est en partie fondée sur le principe de précaution, et vise ainsi un niveau de protection élevé. Cet article est complété par une communication de la Commission¹²⁹ qui

127. Parlement européen, op. cit., note 37, lettre x).

128. Article 191 al 2 TFUE : « *La politique de l'Union dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé, en tenant compte de la diversité des situations dans les différentes régions de l'Union. Elle est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et sur le principe du pollueur-payeur.*

Dans ce contexte, les mesures d'harmonisation répondant aux exigences en matière de protection de l'environnement comportent, dans les cas appropriés, une clause de sauvegarde autorisant les États membres à prendre, pour des motifs environnementaux non économiques, des mesures provisoires soumises à une procédure de contrôle de l'Union ».

129. Commission des communautés européennes, *Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution*, COM(2000) 1 final, 2 fév. 2000.

précise les modalités d'application dudit principe.

Le principe de précaution permet donc aux autorités compétentes d'adopter des mesures préventives quand bien même toutes les preuves scientifiques¹³⁰ relatives à l'occurrence du risque ne sont pas encore réunies¹³¹. Ainsi, la charge de la preuve est répartie différemment : le produit soumis au régime d'autorisation est présumé présenter un risque tant que le contraire n'a pas été démontré. Lorsque ce principe est appliqué, il peut avoir pour conséquence d'empêcher l'importation dans l'UE de certains produits en provenance d'Etat tiers.

Le principe de précaution est donc la clef de voute de la politique européenne en matière de santé, d'environnement et de protection des consommateurs. L'Union européenne en fait donc une utilisation intensive, avec par exemple, la CJUE qui n'hésite pas à y recourir dans des affaires touchant à la protection de l'environnement et en a fait également un principe général du droit européen¹³².

De plus, il est à noter que ce principe est également inscrit en droit international, dans la Déclaration de Rio de 1992, adoptée dans le cadre de la Conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement¹³³. Par ailleurs, le principe de précaution figure dans la Convention-cadre des Nations sur les changements climatiques¹³⁴ (article 3 alinéa 3) et dans la Convention sur la diversité biologique (Préambule). Sans être exhaustif, il fut également proclamé dans d'autres textes internationaux, comme le Protocole de Carthagène¹³⁵.

130. Commission des communautés européennes, Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution, COM(2000) 1 final, 2 fév. 2000.

131. Foodwatch, « CETA, TAFTA et le principe de précaution de l'Union européenne ». Disponible sur [https://www.foodwatch.org/uploads/tx_abdownloads/files/foodwatch_rapport_Principe_precaution_2016_WEB.pdf].

132. Voir en ce sens : CJUE, aff. C-180/96, Rec. 1998, I-2265 – Royaume Uni / Commission, n°98 ss.

133. Cette déclaration prévoit en son principe 15 que « *Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les Etats selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement* ». Il est à noter que le Canada et les Etats-Unis ont participé à l'adoption de cette déclaration.

134. ONU, *Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques*, FCCC/INFORMAL/84, GE.05-62221, 1992.

135. Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique.

Le droit du commerce international, dans le cadre de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), détermine, quant à lui, la marge de manœuvre dont les Etats disposent pour défendre leurs exigences s'agissant des marchandises, des services et de la propriété intellectuelle¹³⁶. En effet, chacun des accords de l'OMC, dont le GATT¹³⁷ pour les marchandises, énoncent les principes de la libéralisation et les exceptions autorisées.

De ce fait, l'article XX du GATT, qui pose les exceptions générales, offre une certaine flexibilité quant à l'utilisation du principe de précaution comme pouvant justifier la prise de mesure pourtant entrant en contradiction avec le principe général de libéralisation du commerce. Selon l'article XX b), les « *mesures nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux* » sont par exemple acceptées comme exception au commerce. De plus, selon l'article XX g), les mesures « *se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales* » sont également admises. Pour la CNCDH, l'inclusion de ces dispositions du GATT est à saluer car elles sont considérées comme de bonnes clauses de sauvegarde¹³⁸.

Cependant, l'OMC prévoit, en parallèle du GATT, deux accords complémentaires¹³⁹ qui viennent préciser mais également restreindre l'article susmentionné.

Tout d'abord, l'Accord de l'OMC relatif aux obstacles techniques au commerce (Accord OMC/OTC) qui vise essentiellement à faire en sorte que les normes techniques ne puissent être utilisées de manière à limiter les échanges ni, encore,

136. Les principes généraux de l'OMC sont intégrés dans trois accords sectoriels : le GATT pour les marchandises, l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) et les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC). Pour en savoir plus sur le fonctionnement de l'OMC, voir : site internet de l'Organisation Mondiale du Commerce, *Comprendre l'OMC*. Disponible sur [https://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/tif_f.htm].

137. L'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), signé en 1947, régit le commerce international des marchandises et a pour objectif le développement du libre-échange. L'un des derniers cycles de négociations de cet accord, en 1994, donna naissance à l'OMC.

138. Audition de M. FONTAN, responsable de l'équipe de négociation de la COP21, Adjoint au Sous-Directeur Climat/Environnement, au sein du Ministère des affaires étrangères et du développement international, devant la CNCDH le 22 novembre 2016.

139. Dans le cadre de l'OMC, les accords énonçant les principes généraux sont assortis d'accords complémentaires et annexes contenant des prescriptions spéciales relatives à des secteurs ou questions spécifiques.

aux fins d'instaurer une forme quelconque de discrimination¹⁴⁰.

Ensuite, et principalement, l'Accord de l'OMC relatif aux mesures sanitaires et phytosanitaires (Accord OMC/SPS) qui vise l'application des réglementations concernant l'innocuité des produits alimentaires, ainsi que la protection de la santé des animaux et la préservation des végétaux. Cet accord fait entrer en ligne de compte une évaluation scientifique du risque pour fonder les mesures prises au niveau national¹⁴¹. De plus, cet accord précise à son article 5.7 que « *dans les cas où les preuves scientifiques pertinentes seront insuffisantes, un Membre pourra provisoirement adopter des mesures sanitaires ou phytosanitaires sur la base des renseignements pertinents disponibles* ». La CNCDDH constate que cette formulation du principe est largement imparfaite, car l'incertitude n'apparaît pas comme une justification de la prise de mesure provisoire, et que les membres de l'OMC sont tenus d'obtenir lesdites preuves scientifiques dans un délai raisonnable. Autrement dit, lorsque ce délai est écoulé, la mesure provisoire doit être levée et un produit dont les risques sont encore incertains doit être considéré comme sûr et inoffensif.

Cette approche, aux antipodes de celle prônée par l'Union européenne, se traduit dans le cadre du règlement des différends à l'OMC. En effet, le principe de précaution y est de plus en plus critiqué et remis en cause, notamment par le Canada et les Etats-Unis¹⁴². Pour ces derniers, une réglementation entravant le commerce ne doit être proposée que si la nocivité d'un produit est prouvée avec certitude, écartant alors complètement la prise en compte de l'incertitude scientifique, pourtant à la base même du principe de précaution. Cette controverse peut expliquer l'option choisie dans le CETA de faire référence, non pas directement au principe de précaution, mais à la manière dont il est entendu et appliqué, tant dans l'Accord OMC/OTC et que dans l'Accord OMC/SPS.

En effet, les aspects du droit de l'OMC mentionnés, à savoir les Accords OMC/

140. Voir en ce sens : Accord OMC/OTC, article 2, *Elaboration, adoption et application de règlements techniques par des institutions du gouvernement central*.

141. Voir : Accord OMC/SPS, article 5.1.

142. Voir Foodwatch, op. cit. note 131 : Dans deux affaires retentissantes, l'Organe de règlement des différends de l'OMC (ORD) a, à la demande du Canada et des Etats-Unis, et en application des règles de l'OMC, déclaré illégale la réglementation de l'UE et refusé le principe de précaution invoqué. En invoquant le principe de précaution comme elle le fait, l'UE a jusqu'ici échoué dans les procédures de règlement des différends au regard de l'Accord OMC/SPS.

OTC et OMC/SPS, font partie intégrante du CETA¹⁴³. Or à côté de ces accords, aucune mention expresse n'est faite dans le CETA au principe de précaution. L'UE n'a donc pas su défendre l'interprétation qui est la sienne du principe de précaution, pendant les négociations, et est même allée jusqu'à accepter un renvoi à la formulation qui en est faite dans les Accords de l'OMC, laissant alors prévaloir l'approche canadienne et américaine.

Par conséquent, il est raisonnable de douter, pour la CNCDH, que l'UE puisse espérer forcer une meilleure prise en compte de ce dernier dans les travaux de coopération réglementaire, ni même qu'elle puisse valablement le faire valoir en cas de différend avec un investisseur étranger, compte tenu du fait qu'elle ne pourra opérer que dans les limites prévues par l'accord. En effet, il est à prévoir que l'interprétation de ce principe, comme pouvant justifier une mesure entravant le commerce, sera identique au sein de l'Organe de règlement des différends de l'OMC et au sein du règlement des différends entre investisseurs étrangers et Etats contenus dans le CETA, dans la mesure où cette interprétation se fera sur les mêmes bases juridiques.

Pourtant, et selon la CNCDH, la garantie de l'application du principe de précaution telle qu'elle existe dans la politique de l'Union européenne est primordiale et particulièrement nécessaire dans le CETA compte tenu du mécanisme de coopération réglementaire qu'il contient. Une telle référence permettrait aux normes et règlements découlant de ce mécanisme d'être pleinement conformes aux exigences de l'Union européenne en matière d'importation. De plus, cela permettrait pour les normes déjà adoptées au sein de l'UE en matière de protection de l'environnement et des consommateurs, pour leur entièreté fondée sur le principe de précaution, de ne pas subir une harmonisation vers le bas, et d'être ainsi contestées car présentant une différence réglementaire inutile avec le Canada.

Néanmoins, ceci ne peut être obtenu sans une consécration expresse du

143. Accord CETA, article 21.2.1 « *Les Parties confirment leurs droits et obligations relatifs aux mesures réglementaires au titre de l'Accord OTC, de l'Accord MSP du GATT de 1994 et de l'AGCS* » ; Accord CETA, article 21.2.2 « *Les Parties s'engagent à assurer des niveaux élevés de protection de la vie et de la santé des personnes et des animaux, de préservation des végétaux et de protection de l'environnement en conformité avec l'Accord OTC, l'Accord MSP, le GATT de 1994, l'AGCS et le présent accord* ».

principe de précaution dans le corps du texte, ni même sans un engagement proactif de l'Union européenne qui se doit de faire valoir ce principe au niveau international. De ce point de vue, la mention de la « précaution » dans l'instrument interprétatif commun ne permet pas d'aller plus loin que ce qu'il y avait déjà dans le CETA¹⁴⁴.

Recommandation n°22 : La CNCDH préconise une reconnaissance expresse du principe de précaution dans les textes ou tout au moins que la portée et l'invocation du principe de précaution inscrit à l'article 191 du TFUE ne puissent pas être remises en cause par les dispositions de l'accord.

C. Les possibles conséquences du RDIE sur les politiques environnementales et climatiques

Il est donc clair que la libéralisation des échanges commerciaux prime sur les exigences écologiques et que les droits des investisseurs ne sont pas limités, voire sont sans cesse étendus. Face à ce constat, on peut craindre que les politiques de libéralisation du commerce et des investissements n'affaiblissent considérablement la perspective de voir déboucher des politiques qui viseraient à contraindre les activités extractives et permettre une véritable transition écologique¹⁴⁵.

Cela est d'autant plus vrai que les accords internationaux de commerce et d'investissement permettent aux investisseurs lorsqu'ils estiment leurs intérêts attaqués, de poursuivre des gouvernements. Cela peut être le cas si une mesure prise en faveur de la protection de l'environnement risque de nuire à leurs profits¹⁴⁶.

Il a été constaté qu'un nombre croissant de poursuites d'investisseurs contre des Etats membres de l'Union européenne concernent des initiatives prises dans le secteur de l'énergie¹⁴⁷. Par exemple, le Traité sur la Charte européenne de

144. Conseil de l'Union européenne, op. cit., note 17, préambule.

145. ATTAC – AITEC, « Climat ou TAFTA : il faut choisir ! ». Disponible sur [<https://france.attac.org/nos-publications/notes-et-rapports/article/climat-ou-tafta-il-faut-choisir>].

146. Cela peut concerner par exemple des initiatives qui concernent la sortie du nucléaire, ou encore des moratoires sur l'utilisation des gaz de schistes.

147. Voir : Friends of the Earth Europe, « Les coûts cachés des accords commerciaux de l'UE – Règlement des différends Investisseurs-Etats, plaintes engagées contre des Etats membres de l'UE ». Disponible

l'énergie¹⁴⁸ est devenu l'instrument légal le plus couramment invoqué pour fonder les plaintes engagées par les entreprises¹⁴⁹.

Pour nombre d'acteurs, il semble que les entreprises du secteur de l'énergie utilisent ces poursuites pour faire obstacle à des restrictions environnementales, ou encore comme menace pour faire pression sur les gouvernements pendant l'élaboration de projets énergétiques controversés dans le milieu du commerce¹⁵⁰.

Quelques exemples d'affaires seront utilisés pour illustrer les dérives potentielles, certes non avérées mais plausibles dans le cadre du CETA, de la prédominance du secteur de l'énergie sur les problématiques environnementales par le biais des attaques des investisseurs étrangers contre les Etats et leurs politiques. En effet, chaque fois qu'une entreprise s'estime discriminée et voit ses profits concernés par une mesure étatique ou gouvernementale, elle est en mesure de prendre appui sur des accords internationaux ou bilatéraux de commerce et d'investissement pour l'attaquer.

C'est le cas d'une entreprise, comme Lone Pine Resources, qui s'estimait lésée par les moratoires sur la fracturation hydraulique. En 2011, le gouvernement de la province canadienne du Québec décide d'un moratoire sur l'utilisation de la fracturation hydraulique dans le cadre de la prospection de pétrole et de gaz. Cette décision reposait sur de sérieuses inquiétudes quant à la pollution de l'eau qu'entraînait cette technique. Cependant, en 2012, l'entreprise énergétique, Lone Pine Resources, dépose une plainte « investisseur-Etat » en s'appuyant sur

sur [<http://www.amisdela terre.org/Les-couts-caches-des-traites.html>]. 75 des 127 affaires recensées touchent à l'environnement, concernant les secteurs suivants : pétrole, gaz, charbon, centrales nucléaires, distribution et production d'énergie, mines, produits alimentaires, énergies renouvelables, sylviculture, agriculture, construction, gestion des déchets.

148. La Charte européenne de l'énergie de décembre 1991 traduit une volonté politique de coopération énergétique Est-Ouest, cependant sans aucun caractère juridique contraignant. Ce point a été solutionné par le Traité sur la Charte de l'énergie. Il s'agit d'un traité multilatéral signé après la Guerre Froide visant à intégrer les secteurs soviétiques et est-européens de l'énergie dans les marchés occidentaux.

149. Voir AITEC – Corporate European Observatory – Power Shift – Transnational institute, « Le Paradis des pollueurs : Comment les droits conférés aux entreprises par les accords de libre-échange de l'UE sabotent la transition énergétique ». Disponible sur [<https://www.collectifstoptafta.org/ressources-materiels/tafta-ceta-climat/article/le-paradis-des-pollueurs>] ; UNCTAD, World Investment Report 2015 : Reforming International Investment Governance, 2015, Chapitre III, p.114.

150. Voir à nouveau l'exemple de la Directive sur la qualité des carburants.

l'accord de libre-échange nord-américain, l'ALENA, afin de contester et remettre en cause ledit moratoire¹⁵¹. Il est à noter que pour déposer cette plainte, l'entreprise a utilisé une de ses filiales domiciliée aux États-Unis, et plus précisément au Delaware, paradis fiscal notoire. Utilisant les dispositions de l'ALENA relatif aux normes minimales de traitement¹⁵² et à l'expropriation¹⁵³, l'entreprise réclame une compensation de 109,8 millions de dollars¹⁵⁴.

Un autre exemple peut être celui d'une entreprise comme TransCanada, qui s'oppose aux mesures prises afin de lutter contre le changement climatique. En effet, très récemment, le Président Obama a décidé d'abandonner le projet très controversé de « Keystone XL » qui avait pour intention de connecter les sites d'exploitation des sables bitumineux canadiens aux raffineries américaines. La décision a été prise car, selon les experts environnementaux, ce projet allait conduire jusqu'à 110 millions de tonnes d'émission de CO² supplémentaires par an. La compagnie énergétique vient de porter plainte¹⁵⁵ contre une telle décision sur le fondement de l'ALENA, et demande un dédommagement record de 15 milliards de dollars¹⁵⁶.

Enfin, cela peut également être le cas d'une entreprise comme Vattenfall, qui conteste les restrictions environnementales sur le charbon. En 2009, l'entreprise suédoise Vattenfall porte plainte contre l'Allemagne pour les restrictions environnementales que celle-ci a imposées à l'une de ses centrales électriques alimentées en charbon. L'entreprise arguait qu'avec une telle réglementation, sa centrale électrique, directement concernée par la mesure, ne pourrait fonctionner à plein rendement. Pour ce faire, elle prend appui sur le Traité sur la Charte européenne de l'énergie. Alors que l'entreprise réclamait 1,4 milliard d'euros en dédommagement, l'affaire a été close après que l'Allemagne eut accepté d'abaisser

151. Lone Pine Resources Inc. v. The Government of Canada, ICSID Case No. UNCT/15/2.

152. ALENA, article 1105.

153. ALENA, article 1110.

154. L'affaire est toujours en cours d'examen, pour suivre la procédure, voir le site internet du CIRDI. Disponible sur [<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=UNCT/15/2&tab=DOC>].

155. TransCanada Corporation and TransCanada PipeLines Limited v. United States of America (ICSID Case No. ARB/16/21).

156. L'affaire vient d'être instruite, pour plus d'informations, voir le site internet du CIRDI. Disponible sur [<https://icsid.worldbank.org/apps/icsidweb/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/16/21>].

ses exigences environnementales¹⁵⁷. En 2012, et suite à la catastrophe nucléaire de Fukushima, l'Allemagne décide de sortir du nucléaire. Vattenfall attaque donc à nouveau, toujours sur la base du même traité, réclamant 4,7 milliards d'euros pour des pertes de profits liés à deux de ses centrales nucléaires¹⁵⁸.

En faisant primer les aspects purement commerciaux sur les exigences écologiques, et en étendant toujours plus les droits des investisseurs face aux Etats, les politiques de libéralisation du commerce et des investissements affaiblissent considérablement la perspective de voir déboucher des politiques qui contraindront à suivre la voie d'une véritable transition écologique et d'un droit à un environnement sain effectif.

Recommandation n°23 : Afin de permettre aux Etats d'engager des politiques et des lois efficaces pour enrayer durablement les dérèglements climatiques la CNCDH recommande d'admettre une certaine hiérarchie des urgences et des légitimités et de soumettre les droits du commerce et des investisseurs au droit international des droits de l'homme et de l'environnement.

En apparaissant comme une simple justification sociale et environnementale à l'accord CETA, le Chapitre « Développement durable » dénote un manque de cohérence entre la volonté affichée par l'Union européenne de fonder pleinement cet accord sur les valeurs qui sont les siennes, exposées à l'article 2 du Traité sur l'Union européenne¹⁵⁹ (TUE), et le résultat final. En effet, un accord commercial solide et ambitieux est l'occasion de créer un cadre renforçant la réglementation afin qu'elle réponde aux normes les plus strictes, conformément à nos valeurs communes. L'objectif partagé par l'UE et le Canada de garantir une concurrence libre, ouverte et égalitaire, n'y fait aucunement obstacle.

157. Voir : Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG c. Allemagne, aff. CIRDI n° ARB/09/6.

158. Voir : Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany (ICSID Case No. ARB/12/12). L'affaire n'est pas encore close, pour plus d'informations, voir le site internet du CIRDI : [<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/12/12>].

159. Traité sur l'Union européenne, article 2 : « *L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes* ».

Différents moyens auraient toutefois permis de répondre à l'exigence citoyenne de mettre en place un accord de commerce et d'investissement n'opérant pas de manière indifférente aux droits de l'homme, voire pire, à leur détriment.

En effet, de nombreux acteurs s'accordent sur le fait qu'un compromis raisonnable permettant les investissements étrangers tout en garantissant la protection des droits de l'homme est possible, à l'image des Principes directeurs des Nations unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme¹⁶⁰. Or on ne peut que constater que cet instrument est absent de l'accord CETA, et qu'il est uniquement fait mention des Principes directeurs de l'OCDE¹⁶¹.

Considérant que ce cadre est propice à une harmonie entre droits de l'homme et commerce, des rapports des Nations unies¹⁶² recommandent que les Etats collaborent avec le Groupe de travail intergouvernemental afin d'élaborer un instrument contraignant sur la responsabilité sociale des entreprises, qui prévoirait des sanctions en cas de non-respect des droits de l'homme et des mécanismes de suivi et d'application.

En effet, le Groupe de travail a souligné que conformément aux Principes, « *[les] Etats devraient maintenir une marge d'action nationale suffisante pour satisfaire à leurs obligations en matière de droits de l'homme lorsqu'ils poursuivent des objectifs politiques à caractère commercial avec d'autres Etats ou des entreprises, par exemple par le biais de traités ou de contrats d'investissement* » (Principe 9).

En ce sens, ces mêmes rapports recommandent que « *tous les accords internationaux d'investissement en cours de négociation [prévoient] une disposition énonçant clairement qu'en cas de conflit entre les obligations d'un Etat en matière de droits de l'homme et celles que lui imposent d'autre accords, ce sont les instruments relatifs aux droits de l'homme qui priment* ».

160. Pour la position de la CNCDH sur la mise en œuvre des Principes directeurs, voir : CNCDH, Entreprises et droits de l'homme : avis sur les enjeux de l'application par la France des Principes directeurs des Nations unies, Assemblée plénière du 24 octobre 2013, JORF n°0266 du 16 novembre 2013, Texte n° 56. 161. Accord CETA, article 22.3.2, lettre b).

162. Assemblée générale des Nations unies, op. cit., note 25 ; Assemblée générale des Nations unies, *Rapport de l'Expert indépendant sur la promotion d'un ordre international démocratique et équitable*, Alfred-Maurice de Zayas, A/HRC/30/44, 14 juil. 2015.

La CNCDH s'inscrit pleinement dans ces observations, et ne peut que regretter que le Chapitre « Développement durable » et le Chapitre sur la coopération réglementaire ne donnent aucune garantie quant à la primauté des droits de l'homme. Bien au contraire, il est à craindre une prise en compte a minima de ces derniers, et une primauté absolue aux droits et aux intérêts du commerce et de l'investissement

Recommandation n°24 : Dans le cadre du CETA, et des autres accords, la CNCDH encourage les Etats à contrôler le respect des Principes directeurs des Nations unies par toutes les sociétés transnationales qui ont leur siège sur leurs territoires en rendant ces principes contraignants dans leur ordre juridique interne.

Partie IV

L'investissement et le règlement des différends entre investisseurs et Etats

Avec l'article 207 du TFUE, l'UE a été dotée d'une compétence exclusive en matière de politique d'investissement. C'est ainsi que le mandat de négociation de 2009 a été complété en 2011 par un mandat spécifique au sujet des investissements¹⁶³. Celui-ci a permis la négociation d'un chapitre relatif à la protection des investissements dans le CETA¹⁶⁴.

Ce chapitre a pour ambition de garantir un environnement stable et prévisible aux investisseurs¹⁶⁵. Du point de vue de la Commission, le CETA permet de supprimer les obstacles pour les investisseurs étrangers souhaitant investir au Canada, et également de garantir que tous les investisseurs européens soient traités de manière égale et équitable au Canada¹⁶⁶. Il a également pour objectif d'instaurer un système de règlement des différends entre investisseurs directs étrangers et Etats (RDIE).

Bien que les traités bilatéraux d'investissement soient tous différents, ils reposent néanmoins sur une architecture commune, y compris le CETA. En effet, en plus d'une définition de l'investisseur et de l'investissement¹⁶⁷, ils comprennent quatre protections offertes aux investisseurs : la clause de la nation la plus favorisée¹⁶⁸ et la clause du traitement national¹⁶⁹, qui protègent contre

163. Conseil de l'Union européenne, *Recommandation de la Commission au Conseil relative à la modification des directives de négociation pour la conclusion d'un accord d'intégration économique avec le Canada, afin d'autoriser la Commission à engager des négociations, au nom de l'Union, au sujet des investissements*, 12838/11, 15 déc. 2015.

164. CETA, Chapitre 8 « Investissement ».

165. Ministère de l'Economie et des Finances, Direction générale du Trésor, op.cit., note 109

166. Commission européenne, DG Trade, op.cit., note 62.

167. CETA, article 8.1.

168. CETA, article 8.7. Cette clause recouvre une égalité de traitement pour tous les partenaires commerciaux des Etats. Aux termes des Accords de l'OMC, les pays ne peuvent pas, en principe, établir de discrimination entre leurs partenaires commerciaux. Cela signifie qu'un investisseur d'une partie à un accord ou son investissement seront traités par l'autre partie « dans des conditions non moins favorables, à l'égard d'un objet donné, qu'un investisseur ou un investissement d'un autre pays.

169. CETA, article 8.6. L'objectif de la clause du traitement national est d'assurer que les produits importés, donc étrangers, soient traités de la même façon que les produits nationaux, en ce qui concerne les lois, taxes, etc. Ce principe s'applique uniquement une fois qu'un produit, service ou élément de propriété intellectuelle a été admis sur le marché.

la discrimination ; une protection contre l'expropriation, qu'elle soit directe ou indirecte, sans compensation¹⁷⁰ ; la garantie d'un traitement juste et équitable¹⁷¹ ; et la garantie de la possibilité de transférer des capitaux à l'étranger.

Les garanties conférées aux investisseurs visés par le CETA (investisseurs étrangers) sont offertes sans contrepartie alors que les investisseurs nationaux sont soumis aux obligations définies par le droit national ou communautaire. Le CETA n'étend pas ces obligations aux investisseurs étrangers ce qui constitue un traitement inéquitable entre investisseurs nationaux et étrangers.

Recommandation n°25 : Toute disposition offrant des garanties aux investisseurs étrangers doit être assortie d'obligations symétriques (obligation d'appliquer les droits à l'information-consultation des travailleurs, les normes sur la responsabilité sociale des entreprises, les directives de l'ONU et de l'OCDE pour les firmes multinationales, etc...). Ces obligations doivent dûment tenir compte des conséquences sociales d'une instauration d'un régime d'investissement international notamment en matière des droits individuels et collectifs du travail.

Les garanties offertes aux investisseurs étrangers reportent de fait le risque d'entreprendre sur l'État hôte, ce qui est en contradiction avec la jurisprudence constante française appliquée aux investisseurs nationaux. Dans les pratiques commerciales actuelles, ce type de risque serait couvert par une assurance souscrite par l'investisseur. Rien ne justifie de lui offrir cette protection gratuitement.

Ces accords comportent donc tous les mêmes clauses, mais elles n'ont pas toutes le même contenu. En effet, chaque accord dispose de ses propres définitions et concepts. C'est pourquoi on se trouve aujourd'hui en présence des milliers d'accords, et donc d'une multitude de textes épars et sans cohérence d'ensemble. Le seul point de concordance entre les Etats, que l'on retrouve dans chaque accord, et recouvrant la même forme, a très vite été le RDIE¹⁷².

170. CETA, article 8.12.

171. CETA, article 8.10.

172. Assemblée nationale, Rapport d'information n°3467, *Le règlement des différends Investisseur-Etat dans les accords internationaux*, Déposé par la Commission des affaires européennes, présenté par Mme Seybah Dagoma, députée, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 2 fév. 2016, p.25 : « A défaut de s'accorder sur le contenu du droit international des investissements, le choix a été fait, dès les années 60, de définir une procédure considérée comme sûre, prévisible et neutre pour résoudre les

Le RDIE est un mécanisme juridique, prévu dans un traité bilatéral ou plurilatéral, qui permet à un investisseur étranger en cas de différend portant sur le respect par un Etat partie dudit traité, de voir celui-ci réglé par une instance internationale de préférence aux tribunaux de l'Etat partie concerné¹⁷³. Il convient d'insister sur le fait que le RDIE n'est qu'un mécanisme de règlement des différends, et s'il prend majoritairement la forme d'un arbitrage privé, cela est uniquement dû à la volonté des Etats. Il est donc tout à fait envisageable de dénoncer les tribunaux arbitraux tels que nous les connaissons aujourd'hui, mais d'éventuellement défendre le RDIE, sous une autre forme.

Pour la Commission européenne¹⁷⁴, la justification à l'inclusion d'un RDIE dans le CETA est sans appel. Pour celle-ci, bien qu'il soit avéré que l'UE et ses Etats membres, tout comme le Canada, disposent de systèmes juridiques solides, ils ne permettent cependant pas tous d'apporter une protection parfaite et satisfaisante aux investisseurs étrangers¹⁷⁵. De plus, puisque les Etats membres ont déjà signé des milliers d'accords sur le commerce et l'investissement comprenant un RDIE, ce système est perçu comme une constante, et il est donc naturel de le trouver dans le CETA, mais également dans les autres accords négociés ou en cours de négociations par l'UE¹⁷⁶. Ces arguments sont toutefois à nuancer, et ne peuvent constituer une raison imparable à l'instauration d'un RDIE dans le CETA¹⁷⁷.

différends entre les Etats et les investisseurs ».

173. *Ibid.*, p.94.

174. Commission européenne, DG Trade, op.cit., note 62 ; Audition de Mme Isabelle JEGOUZO, Cheffe de la Représentation de la Commission en France, 18 oct. 2016.

175. Par exemple, la Commission européenne dit qu'il est possible qu'un investisseur étranger se voit saisir ses biens, donc exproprié, sans indemnisation appropriée, ou bien être limité dans ses possibilités d'action en justice dans le pays.

176. Friends of the Earth Europe, op. cit., note 147. Les Etats membres de l'UE sont, depuis 1960, une des parties signataires dans quelques 1400 traités comprenant un mécanisme de règlement des différends.

177. Conçu dans un contexte d'investissements étrangers Nord-Sud, le RDIE avait, à l'origine, pour objet de protéger les investisseurs des pays développés investissant dans les pays en développement qui n'offraient pas de garanties suffisantes en matière d'efficacité et d'indépendance de la justice. Le recours à une justice privée, jugée libérée de toute influence étatique, apparaissait donc comme étant la solution adaptée. Or entre le Canada et les Etats membres de l'UE cet argument ne tient plus car tous deux disposent des garanties suffisantes en matière judiciaire, voir : Assemblée nationale, op. cit., note 172, p. 10.

Pourquoi les Etats se sont-ils hâtés de signer des traités d'investissement bridant leur souveraineté ? En premier lieu, les pays exportateurs de capitaux avaient vraisemblablement un intérêt à appuyer « leurs » entreprises à l'étranger. Ensuite, les pays en développement ont espéré que ces traités attireraient davantage d'investissements étrangers, même si aucune preuve évidente n'a jamais pu justifier cette conviction et qu'en pratique, la plupart des autres attentes n'ont pas été exaucées. Enfin, dans beaucoup

Cependant, parmi les sujets contestés dans le CETA, le RDIE est celui qui cristallise le plus de tensions et de contestations. Ce qui explique sans doute pourquoi la Commission européenne y a attaché une attention particulière et a pris la décision de le réformer.

A. La réforme du système du RDIE : le passage d'un RDIE classique à un système quasi-judiciaire sur l'investissement

1. Les raisons de cette réforme

L'essentiel des critiques, venues de toute part¹⁷⁸, se sont portées sur un chapitre précis des accords TTIP et CETA, à savoir celui consacré au règlement des différends entre investisseurs et Etats.

En effet, alors qu'il était communément admis, et plutôt ignoré du grand public, le RDIE a concentré l'attention de la scène politique, médiatique et citoyenne pour plusieurs raisons. Tout d'abord, ce regain d'attention peut être expliqué par la médiatisation de différends hautement symboliques, comme l'affaire Philip Morris contre l'Australie¹⁷⁹ ou encore celle de Vattenfall contre l'Allemagne¹⁸⁰. Ces deux affaires ont mis en exergue les déviances du RDIE, ce qui a particulièrement touché l'opinion, de par les sommes colossales en jeu, mais également de par la nature même des affaires qui concernaient directement le droit de réguler des Etats dans des domaines aussi sensibles que la santé et l'environnement. Ensuite, il est évident que les contestations de la société civile à l'égard du TTIP et particulièrement sur ce point, ont eu une répercussion sur le CETA.

de gouvernements à travers le monde, il y avait, et il y a sans doute toujours une certaine ignorance quant aux risques politiques et économiques de tels traités, voir : Corporate Europe Observatory et al., « L'ISDS mort-vivant, rebaptisée « ICS », la « Charte des pleins pouvoirs » des entreprises refuse de mourir », mars 2016. Disponible sur [<https://corporateeurope.org/fr/international-trade/2016/09/lisds-mort-vivant>].

178. Par exemple, dans le cadre du CETA, l'Assemblée nationale, dans une résolution européenne s'est opposée à tout mécanisme d'arbitrage des différends entre les Etats et les investisseurs, et demandait par conséquent une révision substantielle de ces dispositions, voir : Assemblée nationale, op. cit., note 7. Par exemple, dans le cadre du TAFTA, voir : Le Monde, « Qu'est-ce que le TAFTA, dont la France demande l'arrêt des négociations ? », 13 oct. 2015. Disponible sur [http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2015/10/13/si-vous-n-avez-rien-suivi-au-tafta-le-grand-traite-qui-effraie_4788413_4355770.html].

179. Dans cette affaire, Philip Morris a poursuivi l'Australie pour sa politique en faveur des paquets de cigarettes dit « neutres », voir : Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12.

180. Assemblée nationale, op. cit., note 172.

Ainsi, selon un rapport d'information de l'Assemblée nationale, « *alors que le RDIE a pour principal avantage de dépolitiser le règlement des différends, il se trouve lui-même au cours d'une vaste controverse politique* »¹⁸¹.

Contrainte par la vague de protestations vis-à-vis du RDIE, et sous l'impulsion franco-allemande, la Commission européenne a décidé de lancer une large consultation publique sur le système de RDIE dans le cadre du TTIP.

L'ampleur de l'opposition au RDIE s'est exprimée de façon claire à travers les résultats de la consultation, publiés par la Commission européenne début 2015¹⁸². En effet, sur les 150.000 personnes ayant participé à la consultation, soit un record pour un tel exercice au sein de l'UE, 97% d'entre elles ont rejeté en bloc le RDIE. Cette consultation a été précédée par une pétition contre le TTIP et le CETA qui a réuni plus de 3,3 millions d'européens.

Il est intéressant de noter que cette opposition est venue de tout bord : entreprises, représentants élus des gouvernements, universitaires, syndicats, ONG, etc.¹⁸³. L'objection est telle que, malgré des intérêts divers, l'ensemble de la société s'est accordée sur le rejet de ce système.

Néanmoins la forme qu'a prise la consultation n'a pas été sans critiques. La majorité des personnes qui y ont participé ont regretté qu'elle n'ait été que circonscrite au TTIP et que les questions posées aient été faussées et biaisées. En effet, les questions portant sur le RDIE avaient uniquement trait à la forme que celui-ci devait prendre dans le TTIP et ne permettaient donc pas de remettre en cause la pertinence d'un tel mécanisme. En sus, d'autres critiques ont été formulées sur la nature technique des questions posées et sur le fait que les extraits de textes légaux accompagnant les questions n'étaient disponibles qu'en anglais.

Ainsi, la CNCDH regrette qu'aucune réflexion n'ait été menée sur la base de

181. *Id.*, p.76.

182. Commission européenne, Communiqué de presse, 13 janv. 2015. Disponible sur [http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-3201_fr.htm].

183. Pour un aperçu plus détaillé des profils des personnes ayant participé à la consultation, voir : Corporate Europe Observatory, « Droit des investisseurs dans le TTIP/TAFTA : les nombreuses voies ignorées par la Commission », 23 fév. 2015. Disponible sur [<https://corporateeurope.org/fr/international-trade/2015/02/droits-des-investisseurs-dans-le-ttiptafta-les-nombreuses-voix-ignor-es>].

ces remontées d'informations, et que les critiques formulées ne soient nullement reprises dans le rapport de la Commission sur la consultation.

Recommandation n°26 : La CNCDH tient à saluer l'initiative de la Commission européenne de lancer une consultation publique sur un tel sujet. Néanmoins, elle recommande que ces consultations publiques soient plus ouvertes et faciles d'accès et de compréhension aux citoyens avertis ou non. De plus, la CNCDH tient à ce que les questions posées dans ce cadre soient le plus neutres possibles et qu'elles ne reflètent pas une approche biaisée du sujet.

C'est donc après ce processus de sondage particulièrement éclairant que la Commission a présenté, à l'automne 2015, la conclusion de ses travaux, à savoir le modèle de chapitre « Investissements » qu'elle souhaite intégrer dans le TTIP et qu'elle a également intégré dans le CETA. Elle décide ainsi d'établir un nouveau dispositif de règlement des différends Investisseurs-Etats, l'*Investment Court System* (ICS).

2. La nouvelle approche de l'UE

Pour la Commission européenne¹⁸⁴, le CETA inclut désormais toutes les innovations qui caractérisent la nouvelle approche de l'UE concernant la protection des investissements et le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et Etats. Tout en répondant aux attentes élevées de la société, la Commission a introduit d'importants changements, en garantissant tant un niveau élevé de protection aux investisseurs que le droit de réglementer des Etats¹⁸⁵. Selon l'UE, le CETA met ainsi un terme à l'ancien système, propice aux abus, et crée un système « juridictionnel » indépendant en matière d'investissements¹⁸⁶. Ainsi, l'UE et le Canada ont fait le choix de s'orienter vers un tribunal de règlement des différends qui soit « *de nature permanente, transparente et institutionnalisé* » et d'énoncer « *des engagements plus détaillés en matière d'éthique à l'intention de tous les membres du tribunal* »¹⁸⁷.

184. Commission européenne, DG Trade, op. cit., note 62 ; Commission européenne, CETA – *Summary of the final negotiating results*, fév. 2016.

185. Commission européenne, op. cit, note 15.

186. *Ibid.*

187. Déclaration conjointe de la Commissaire européenne au commerce et de la Ministre du commerce

La nouvelle approche défendue par l'UE comprend tout d'abord, selon cette dernière, un « langage clair et distinct » protégeant le droit de légiférer des Etats en vue de réaliser des objectifs légitimes tels que la protection de la santé, des travailleurs ou de l'environnement. L'article 8.9 du CETA vise donc à fournir un élément d'interprétation - fondé sur le droit de légiférer des Etats - au tribunal en cas de différend sur une mesure prise par l'Etat et pouvant interférer sur les activités d'un investisseur¹⁸⁸.

Par ailleurs, selon l'UE, le CETA définit de façon plus précise les protections accordées aux investisseurs (voir supra). Par exemple, la notion de traitement juste et équitable y est définie de manière « précise », dans un texte « clair et exhaustif qui ne laisse pas de marge d'appréciation non souhaitée aux membres du tribunal »¹⁸⁹. L'article 8.10.2 dispose qu'il ne peut y avoir une violation de l'obligation de traitement juste et équitable en dehors des cas suivants : « un déni de justice dans les procédures pénales, civiles ou administratives » (a) ; « une violation fondamentale du principe de l'application régulière de la loi, y compris une violation fondamentale de la transparence, dans les procédures judiciaires et administratives » (b) ; « un cas d'arbitraire manifeste » (c) ; « une discrimination ciblée basée sur des motifs manifestement illicites, comme le sexe, la race ou les croyances religieuses » (d) ; et « un traitement abusif des investisseurs, tel que la coercition, la contrainte et le harcèlement » (e).

La notion d'attentes légitimes, qui est très controversée, trouve également une définition à l'article 8.10.4¹⁹⁰ qui limite son application aux situations dans lesquelles l'Etat a fait une promesse ou une déclaration spécifique.

Enfin, une définition développée a été donnée de la notion d'expropriation indirecte.

international du Canada sur l'accord commercial entre le Canada et l'Union européenne, le 29 fév. 2016. Disponible sur [http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-16-446_fr.htm].

188. CETA, article 8.9 « Les Parties réaffirment leur droit à réglementer [...] Il est entendu que le simple fait qu'une Partie exerce son droit de réglementer, notamment par modification de sa législation, d'une manière qui a des effets défavorables sur un investissement ou qui interfère avec les attentes d'un investisseur, y compris ses attentes de profit, ne constitue pas une violation d'une obligation prévue dans la présente section ».

189. Commission européenne, *Les dispositions concernant les investissements dans l'accord économique et commercial global entre l'UE et le Canada* (AECG), fév. 2016, p.2.

190. CETA, article 8.10.4 « Lorsqu'il applique l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable, le Tribunal peut tenir compte du fait qu'une Partie a fait ou non des déclarations spécifiques à un investisseur en vue d'encourager un investissement visé, lesquelles ont créé une attente légitime et motivé la décision de l'investisseur d'effectuer ou de maintenir l'investissement visé, mais auxquelles la Partie n'a pas donné suite ».

Pour la Commission, c'est la première fois que l'UE convient d'une formulation explicite pour « *définir les éléments constitutifs de la notion d'expropriation indirecte, afin d'éviter les recours contre des mesures légitimes de politique publique* »¹⁹¹. Cette définition se trouve à l'article 8.12 ainsi qu'à l'annexe 8-A. Ainsi, l'expropriation indirecte ne saurait être invoquée contre une mesure, équivalant à une expropriation, prise « *pour une raison d'intérêt public* » (a), « *en conformité avec l'application régulière de la loi* » (b), « *de manière non discriminatoire* » (c) et « *moyennant le paiement d'une indemnité prompte, adéquate et effective* » (d). En application de cette démarche de caractérisation de la protection accordée aux investisseurs, le CETA prévoit une procédure de rejet des recours non fondés ou jugés futiles¹⁹².

Au-delà de l'importance accordée à la précision des termes relatifs à l'investissement, le changement phare mené par la Commission est la mise en place d'un Tribunal permanent des investissements. Le Tribunal sera composé de 15 membres nommés, à l'avance, par l'UE et le Canada¹⁹³, pour un mandat de cinq ans, renouvelable une fois¹⁹⁴. Ainsi, contrairement aux tribunaux d'arbitrage, les investisseurs se voient dépossédés de la possibilité de nommer eux-mêmes une partie des arbitres. Pour chaque affaire, le Tribunal statuera en formation de trois membres¹⁹⁵ qui seront désignés aléatoirement. Enfin, il est précisé par la Commission que les membres du Tribunal « *auront les mêmes qualifications que les membres de la Cour Internationale de Justice* »¹⁹⁶.

L'une des principales innovations accompagnant la création d'un Tribunal permanent des investissements réside dans la mise en place d'un système de recours, avec l'instauration d'un Tribunal d'appel. L'article 8.28.2 explicite les motifs pouvant donner lieu à un réexamen des décisions du Tribunal. Ces motifs

191. Commission européenne, op. cit., note 189, p.3.

192. CETA, article 8.32.

193. CETA, article 8.27.2 « *Le Comité mixte de l'AECG nomme quinze membres du Tribunal, dont cinq ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne, cinq ressortissants du Canada et cinq ressortissants de pays tiers* ».

194. CETA, article 8.27.5.

195. CETA, article 8.27.6 « *Le Tribunal instruit les affaires en divisions composées de trois de ses membres, à savoir un ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne, un ressortissant du Canada et un ressortissant d'un pays tiers. La division est présidée par le membre du Tribunal qui est un ressortissant d'un pays tiers* ».

196. Commission européenne, op.cit., note 189, p.4.

sont : les « erreurs dans l'application ou l'interprétation du droit applicable » (a) ; les « *erreurs manifestes dans l'appréciation des faits, y compris l'appréciation du droit interne pertinent* » (b) ; et « *les motifs énoncés aux alinéas a) à e) de l'article 52(1) de la Convention du CIRDI*¹⁹⁷ » (c). Les exigences imposées aux membres du Tribunal d'appel sont les mêmes que celles imposées aux membres du Tribunal.

En sus, la Commission a insisté pour doter ces Tribunaux de garanties solides en matière d'éthique, aspect faisant souvent défaut aux tribunaux d'arbitrage classiques. C'est pourquoi les membres des Tribunaux sont soumis à un code de conduite¹⁹⁸ qui garantit, selon la Commission, leur « *totale indépendance et impartialité* »¹⁹⁹. Des règles d'éthique sont également énoncées à l'article 8.30 du CETA. Ces règles visent pour l'essentiel à prévenir les conflits d'intérêts qui représentent le fléau de l'arbitrage. Par exemple, il est précisé que « *dès leur nomination, [les arbitres] s'abstiennent d'agir à titre d'avocat-conseil, de témoin ou d'expert désigné par une partie dans tout différend relatif aux investissements en instance ou nouveau relevant du présent accord ou de tout autre accord international* »²⁰⁰.

Par ailleurs, et toujours en vue de rassurer l'opinion publique, la Commission a également prévu la possibilité pour l'UE et le Canada d'adopter des interprétations contraignantes²⁰¹ et de formuler des observations lorsqu'ils ne sont pas défendeurs²⁰². Pour la Commission, « *la possibilité d'adopter des interprétations contraignantes constitue un garde-fou en cas d'erreur des tribunaux* »²⁰³.

Enfin, l'un des points marquants du changement d'approche de l'UE est la transparence souhaitée dans les procédures de RDIE. En effet, l'article 8.36 prévoit que tous les documents touchant à l'affaire seront rendus publics, à l'exception des renseignements protégés et confidentiels. De même, les audiences seront

197. Convention du CIRDI, article 52(1) « *Chacune des parties peut demander, par écrit, au Secrétaire général l'annulation de la sentence pour l'un quelconque des motifs suivants : (a) vice dans la constitution du Tribunal ; (b) excès de pouvoir manifeste du Tribunal ; (c) corruption d'un membre du Tribunal ; (d) inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure ; (e) défaut de motifs* ».

198. CETA, Annexe 29-B, « Code de conduite des arbitres et des médiateurs ».

199. Commission européenne, op.cit., note 189, p.5.

200. CETA, article 8.30.1.

201. CETA, article 8.31.3.

202. CETA, article 8.38.

203. Commission européenne, op. cit., note 189, p.8.

publiques²⁰⁴.

Face à la volonté de l'Union européenne d'apporter des améliorations conséquentes au système de RIDE actuel, la CNCDH ne peut que saluer la réforme adoptée et certaines des avancées qu'elle a permises. Cependant, des précisions nuancées sont à apporter à ces différents éléments, tandis que d'autres méritent d'être remis en question.

B. Des critiques persistantes malgré la réforme

1. Le Tribunal permanent des investissements et le mécanisme d'appel

Bien que la mise en place d'un Tribunal réponde à de nombreuses contestations faites à l'égard des tribunaux arbitraux ad hoc habituellement utilisés dans les systèmes de RDIE, son caractère parfaitement innovant est à nuancer.

En effet, en faisant directement référence aux systèmes de la Convention de Washington²⁰⁵, et au règlement d'arbitrage de la Commission des Nations unies pour le développement du commerce internationale²⁰⁶ (CNUDCI), le Tribunal comme le Tribunal d'appel continueront d'appliquer les règles de procédure actuellement en vigueur dans les tribunaux d'arbitrage existants²⁰⁷. Ainsi, bien que la forme change, en passant de tribunaux ad hoc à un tribunal permanent, les règles de procédures restent inchangées. Ce constat permet de prendre la distance avec la communication de la Commission européenne selon laquelle la mise en place d'un Tribunal permanent est un changement radical dans le traitement des différends entre investisseurs et Etats.

204. CETA, article 8.36.5.

205. La Convention de Washington, ou Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, a été signé le 18 mars 1965. Elle crée le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Le CIRDI n'est pas une juridiction, il propose des règles d'arbitrage et met à la disposition des parties sa logistique. Il appartient ensuite aux parties de constituer un tribunal ad hoc pour régler leur différend selon les règles du CIRDI.

206. La CNUDCI est le principal organe juridique du système des Nations unies dans le domaine du droit commercial international. Le règlement d'arbitrage de la CNUDCI présente un ensemble détaillé de règles de procédure dont peuvent convenir les parties pour la conduite d'une procédure arbitrale dans le cadre de leurs relations commerciales. Le Règlement couvre tous les aspects de la procédure arbitrale. Voir : [<http://www.uncitral.org/uncitral/fr>].

207..CETA, article 8.23.

Par ailleurs, la Commission utilise à plusieurs reprises le terme de « juges » pour qualifier les membres du Tribunal. Or pour la CNCDH, il convient d'apporter une attention particulière à la terminologie. En effet, les membres du Tribunal demeurent des personnes privées, qui ne relèvent pas d'une magistrature indépendante et qui ne seront pas nommés par une institution juridique indépendante²⁰⁸. La proposition de l'UE vise uniquement à mettre en place des listes restreintes d'arbitres, nommés « membres du Tribunal » par les Etats Parties, qui seront appelés à siéger par rotation de trois en cas de différend. Cela ne constitue en aucun cas une «juridiction» au sens technique du terme²⁰⁹. Au-delà d'une base fixe accordée par les Parties à l'accord, la rémunération des arbitres se fera toujours au cas par cas et elle sera assurée par les parties au différend (l'investisseur et l'Etat). De plus, les critères de sélection indiquent que les arbitres présélectionnés seront issus du milieu restreint du droit international des investissements, sans mentionner une ouverture éventuelle à d'autres domaines du droit, comme le droit du travail ou le droit de l'environnement, pourtant à la base même des mesures qui seront contestées devant le Tribunal.

Recommandation n°27 : La CNCDH recommande d'ouvrir les critères de compétences requises des arbitres au droit international des droits de l'homme dans les accords internationaux de commerce et d'investissement contenant un Tribunal permanent d'arbitrage.

Dans une autre mesure, la CNCDH a constaté que le Tribunal d'appel prévu dans le CETA n'était pas directement opérationnel, contrairement à celui prévu dans le projet TTIP²¹⁰. En effet, selon l'article 8.28.7 « *Le Comité mixte de l'AECG adopte dans les moindres délais une décision réglant les questions de nature administrative et organisationnelle suivantes concernant le fonctionnement du Tribunal d'appel* »²¹¹. La CNCDH ne peut que s'interroger sur ce point. Alors que la

208. Audition de Mme Catherine KESSEDIAN, devant la CNCDH le 18 oct. 2016.

209. Collectif national unitaire stop-TAFTA, « TAFTA et CETA : NON, les lignes rouges du gouvernement ne sont pas respectés – Décryptage des mythes sur les traités transatlantiques ». Disponible sur [<https://france.attac.org/nos-publications/notes-et-rapports/article/tafta-et-ceta-non-les-lignes-rouges-du-gouvernement-ne-sont-pas-respectees>]. En effet, créer un tribunal appellerait la constitution d'une magistrature indépendante, fonctionnant avec des juges, interdits par statut d'agir en tant que conseillers juridiques dans d'autres affaires et nommés et contrôlés par une administration juridique indépendante.

210. Assemblée nationale, op. cit., note 172, p.129.

211. Il s'agit : du soutien administratif ; des procédures relatives à l'introduction et au déroulement des appels, et procédures relatives au renvoi de certaines questions devant le Tribunal aux fins de la

Commission européenne considère la création d'un Tribunal d'appel comme une révolution permettant de mettre un terme aux critiques formulées à l'égard de l'arbitrage, ce point de vue doit être remis en cause. Le Tribunal d'appel n'est pas encore créé et ne le sera pas dès l'entrée en vigueur de l'accord, mais seulement après une décision du Comité mixte du CETA. Pire, cette décision portera sur des éléments clés du Tribunal d'appel comme son administration, et les procédures pour l'introduction et la conduite des appels, ce qui signifie que rien n'est encore connu, sûr et définitif quant à ce mécanisme.

La CNCDH tient également à mettre en avant une possible contrariété entre le mécanisme de recours prévu dans le CETA et le TTIP et la Convention de Washington, à laquelle ces accords font pourtant référence. Selon l'article 54 de cette Convention, une sentence est définitive, ce qui exclut *de facto* la possibilité de faire appel. Or le CETA, tout en créant un mécanisme d'appel et en renvoyant aux systèmes de la Convention de Washington, emporte une certaine incompatibilité. Ainsi, « *dès lors que la Convention de Washington vise à instaurer une procédure rapide et efficace de résolution des différends et, à cette fin, interdit de faire appel des sentences, la compatibilité d'une instance d'appel rallongeant et compliquant la procédure avec cet objet apparaît délicate* »²¹². Cet aspect explique sans doute pourquoi le mécanisme d'appel n'est pas automatiquement opérationnel et qu'il demandera des décisions postérieures à la signature du CETA.

Recommandation n°28 : La CNCDH recommande que soient précisées, avant toute ratification, les modalités d'application du mécanisme d'appel et que soit vérifiée sa compatibilité avec la Convention de Washington, inscrite dans les dispositions du CETA, ainsi qu'avec les traités européens, au moyen d'une saisine de la CJUE par le gouvernement français.

Enfin, la CNCDH tient à souligner que le recours à une procédure d'appel ne doit pas être présenté comme une solution miracle aux dérives de l'arbitrage.

modification de la sentence, s'il y a lieu ; des procédures de pouvoir des postes vacants au sein du Tribunal d'appel et d'une division du Tribunal d'affaire pour instruire une affaire ; de la rémunération des membres du Tribunal d'appel ; des dispositions concernant les coûts liés aux appels ; du nombre de membres du Tribunal d'appel ; et de tout autre élément qu'il juge nécessaire au fonctionnement efficace du Tribunal d'appel.

212. Assemblée nationale, op. cit., note 172, p.131.

Les membres du Tribunal d'appel seront tout aussi susceptibles de commettre des erreurs que les membres du Tribunal permanent d'investissement. De plus, il convient de s'interroger sur la réaction de l'opinion publique dans le cas où un Etat l'emporterait en première instance, mais serait condamné en appel.

2. Le code de conduite

L'une des principales critiques portée à l'encontre du RDIE sous sa forme de tribunal arbitral ad hoc réside dans les risques de conflit d'intérêt auxquels sont exposés les arbitres. Dans le système classique, les personnes chargées de régler le différend entre un investisseur étranger et un Etat sont successivement arbitres, avocats, experts, conseils, etc., ce qui peut laisser croire à une certaine partialité. De même, il a été avancé que les arbitres auraient tendance à favoriser les investisseurs dans les sentences rendues afin d'être privilégiés lors de la sélection d'arbitres pour d'autres affaires. En effet, seuls les investisseurs étant en mesure de déclencher une procédure contentieuse, ils seront donc tentés de choisir un arbitre qui donne fréquemment raison aux investisseurs et non aux Etats dans le cadre du RDIE.

C'est donc à raison que les Parties ont introduit un code de conduite à destination des arbitres dans le CETA. Selon ce code, les arbitres sont incités à éviter « *tout manquement ou apparence de manquement à la déontologie, sont indépendants et impartiaux, [et] les conflits d'intérêts directs ou indirects et [à observer] des normes de conduites strictes afin que l'intégrité et l'impartialité du mécanisme de règlement des différends soient préservées* »²¹³.

Recommandation n°29 : La CNCDH recommande d'attendre que ce code de conduite soit rédigé avant de soumettre le texte à la représentation nationale.

Cependant, pour la CNCDH, force est de constater que les critères utilisés pour définir les conflits d'intérêt restent assez flous et qu'ils confèrent une large marge de manœuvre aux membres du Tribunal. En effet, l'on peut penser, au vu des termes employés, que l'assurance du comportement éthique des arbitres relève

213. CETA, Annexe 29-B §2.

en réalité de la seule autorégulation²¹⁴. Par exemple, « *le candidat déploie tous les efforts raisonnables pour s'informer de l'existence de tels intérêts, relations et sujets* »²¹⁵ ou encore « *un arbitre éviter de donner une impression de parti pris* »²¹⁶. Pour de nombreux acteurs, avec des formules aussi générales, et en l'absence de supervision par un organe public indépendant, le CETA ne semble pas mettre fin au problème des conflits d'intérêt²¹⁷.

De plus, les arbitres membres du Tribunal du CETA ne se voient imposer aucune période de carence à l'échéance de leur mandat. Autrement dit, dès la fin de leurs fonctions dans le cadre du CETA, les arbitres peuvent à nouveau cumuler leurs affaires et leurs activités, ce qui est incontestablement propice à créer des conflits d'intérêts durant la période de leur mandat auprès du Tribunal. En effet, il est tout à fait envisageable que les membres du Tribunal, lorsqu'ils seront amenés à juger, se préoccupent de leurs intérêts passés, mais également de leurs perspectives futures et soient donc enclins à favoriser telle ou telle partie au différend. Dès leur retour dans le « privé », rien ne les empêchera d'exploiter les sentences rendues dans le cadre du CETA pour leur propre profit et celui de leurs futurs clients. Dans ce cadre, plusieurs juristes européens se sont accordés sur le fait que le mandat prévu dans le CETA, à savoir de six ans, ne saurait prévenir contre les conflits d'intérêts et ainsi garantir l'indépendance et l'impartialité des membres du Tribunal²¹⁸.

Enfin, les arbitres susceptibles de devenir membres du Tribunal permanent d'investissement du CETA sont relativement peu nombreux compte tenu du microcosme que représente le domaine de l'arbitrage international. Ce point pose

214. PowerShift et al., « Protection des investissements dans le TTIP/TAFTA : la nouvelle proposition de la Commission européenne reste dangereuse pour nos démocraties, Analyse de la proposition de réforme de la Commission européenne en date du 16 septembre 2015 – Des réformes frileuses pour justifier une vaste extension de la protection des investissements à l'échelle mondiale ». Disponible sur [https://www.foodwatch.org/uploads/tx_abdownloads/files/Analyse_arbitrage_TAFTA_CETA_foodwatch_Powershift.pdf].

215. CETA, Annexe 29-B §3.

216. CETA, Annexe 29-B §11.

217. Sherpa et al., « Mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et Etats (RDIE) : La proposition de la Commission Européenne pour le TAFTA/TTIP ne comble pas les failles du dispositif ». Disponible sur [<https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2016/01/ISDS-ICS-Doc-de-position-VF-210116.pdf>].

218. Association européenne des Magistrats, Groupe régional de l'Union internationale des magistrats, « Statement from the European Association of Judges on the proposal from the European Commission on a new investment court system », 9 nov. 2015.

différentes questions : tout d'abord, eu égard à la problématique des conflits d'intérêts. En effet, il est tout à fait concevable que les arbitres autrefois décriés dans des affaires hautement symboliques se retrouvent membres du Tribunal du CETA ; ensuite, si l'UE décide d'instaurer pareil tribunal dans chacun des accords internationaux de commerce et d'investissement qu'elle entend conclure, mathématiquement, le nombre d'arbitres disponibles pour les composer ira en diminuant, et le choix se restreindra, ce qui n'assure en rien de la qualité, de l'impartialité et de l'indépendance de ceux qui resteront.

Recommandation n°30 : Consciente que les arbitres prévus dans le système d'ICS ne seront pas des juges *stricto sensu*, et donc que leur indépendance et leur impartialité ne seront nullement assurées, la CNCDH recommande à tout le moins de rendre le code de conduite contraignant en instaurant un mécanisme de contrôle et de filtre avant chaque nomination au Tribunal, et que ce contrôle soit renouvelé avant chaque nomination pour une affaire.

3. Le déséquilibre procédural, caractéristique propre au RDIE

L'une des objections portées à l'encontre du RDIE est qu'il implique, non pas deux contractants commerciaux privés, mais la puissance publique et une personne privée comme parties au différend. En effet, dans le cadre du RDIE, les investisseurs étrangers sont amenés à mettre en cause les choix de politiques des Etats qui sont normalement motivés par l'intérêt public.

Mais l'un des points cristallisant le plus de tensions, est que le RDIE fonctionne par saisine unique des investisseurs internationaux ou étrangers. À l'inverse, si un Etat estime qu'un investisseur étranger contrevient à ses obligations dans le cadre d'un accord international de commerce et d'investissement, seules les juridictions nationales lui sont ouvertes. Pour la CNCDH, cette situation instaure un véritable déséquilibre que la réforme de la Commission européenne n'a pas su corriger. Ce constat est d'autant plus préoccupant qu'il est difficilement compréhensible que dans un accord signé entre Etats, un investisseur puisse attaquer unilatéralement l'une des Parties alors qu'elle représente l'intérêt général, tant dans le respect de

ses contrats signés avec des prestataires privés que dans sa fonction législative²¹⁹.

De même, les tierces parties ne disposent quant à elles d'aucun recours au titre de l'accord en cas d'éventuels manquements des investisseurs dans leurs obligations sociales et environnementales, par exemple.

Si les entreprises sont en droit d'attendre une protection contre des gouvernements corrompus, des expropriations arbitraires, ou même une relative partialité de la justice publique, les gouvernements ont également besoin de leur côté de se prémunir. Ainsi, puisque des mécanismes dédiés aux investisseurs existent, la CNCDH estime qu'il conviendrait de créer des mécanismes similaires mais plus équitables. L'une des pistes envisagées pourrait être d'imposer des obligations aux entreprises et aux investisseurs en matière de responsabilité sociale et environnementale, permettant de fonder un recours approprié pour les victimes, que ce soit l'Etat ou des tierces parties. Les avancées promises par les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme ne se sont pas concrétisées, cependant, ces principes permettent la mise en place d'un cadre privilégié pour servir de fondement aux plaintes des Etats et des tierces personnes²²⁰.

Recommandation n°31 : La CNCDH préconise la mise en place d'une réflexion sur l'opportunité d'élargir le mécanisme de RDIE à la saisine des deux parties au différend, à savoir tant l'investisseur que l'Etat concerné, ou sur l'ouverture d'une voie parallèle qui permettrait de mettre en avant les manquements imputables aux investisseurs en matière de droits de l'homme.

4. Remise en cause de la légitimité de l'ICS : pourquoi ne pas recourir aux juridictions nationales ?

L'une des questions récurrentes en matière de RDIE est celle relative à la pertinence du système. En effet, beaucoup s'interrogent sur la nécessité de recourir à un système de règlement des différends en dehors des juridictions nationales.

219. AITEC ; « Six raisons pour lesquelles l'arbitrage d'investissement n'est pas réformable ». Disponible sur [<http://aitec.reseau-ipam.org/spip.php?article1438>].

220. Assemblée générale des Nations unies, op. cit., note 25.

L'étude d'impact sur le développement durable de 2011 est même allée jusqu'à recommander l'exclusion de ce mécanisme du CETA, et plus largement dans les accords négociés par l'UE, pour lui préférer le règlement des différends entre Etats²²¹. D'une autre façon, l'association européenne des magistrats recommande à la Commission européenne de promouvoir les systèmes nationaux pour recueillir les plaintes des investisseurs au lieu d'imposer aux Etats membres une juridiction qui n'est pas liée par les décisions de la CJUE et des juridictions étatiques²²². L'Assemblée nationale s'est également opposée à ce système²²³. La concrétisation de ces oppositions s'est exprimée lors de la consultation publique susmentionnée sur le RDIE.

Ce mouvement de remise en cause du RDIE se traduit également hors des frontières de l'Europe. Par exemple, l'Afrique du Sud a tout récemment présenté un projet permettant de mettre fin à certaines des clauses fondamentales les plus dangereuses en matière de droit international des investissements²²⁴. L'Afrique du Sud a donc dénoncé certains de ses traités bilatéraux de protection des investissements, à l'instar de l'Inde qui a présenté en décembre dernier une réforme de son modèle d'investissement dans lequel les investisseurs étrangers doivent avoir épuisé les voies de recours internes avant de pouvoir saisir un mécanisme d'arbitrage international²²⁵. À l'intérieur de l'Europe, il est également à noter que l'Italie s'est retirée de la Charte énergétique européenne après avoir été menacée d'être poursuivie sur cette base dans le cadre de sa politique en matière d'énergies renouvelables²²⁶.

Bien que la CNCDH entende l'argument relatif à la nécessité de protéger les investissements et donc les investisseurs dans des pays où le système judiciaire pourrait être défaillant, elle doute néanmoins que cet argument puisse être opposé aux Etats membres de l'UE ni même au Canada.

221. A Trade SIA relating to the Negotiation of a Comprehensive Economic and Trade agreement (CETA) between the EU and Canada, op. cit., note 116, p.22.

222. Association européenne des magistrats, op. cit, note 218.

223. Assemblée nationale, Texte adopté n°428, op. cit., note 10, p.4.

224. Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, Sous la dir. de Charles LEBEN, Editions A. Pedone, 2015, p.1027.

225. Sherpa et al., op. cit., note 217.

226. Corporate Europe Observatory et al., op. cit., note 177.

Ainsi, les voix se font de plus en plus nombreuses pour recommander l'abandon de ce système ad hoc et lui préférer les systèmes juridictionnels publics.

Dans l'architecture de mise en œuvre du CETA, on constate trois approches différentes :

- Le cas général, où un mécanisme de règlement des différends État/État est prévu et qui peut déboucher sur des sanctions économiques ;
- Ce mécanisme ne s'applique pas au chapitre investissement, où un mécanisme investisseur/État est instauré, et qui peut déboucher sur une indemnisation par l'État à l'investisseur ;
- Aucun mécanisme de recours contraignant [note de bas de page : La proposition canadienne d'en introduire un mécanisme contraignant aurait été rejeté par l'Union Européenne] n'est prévu pour les trois chapitres de développement durable (ch. 22 à 24). Seule une forme non-directive de médiation entre les parties est instaurée.

Recommandation n°32 : la CNCDH recommande d'harmoniser les voies de recours prévues dans les accords commerciaux, dont le CETA, et de prévoir un seul et unique mécanisme de règlement des différends entre Etats, applicable à l'ensemble des dispositions de l'accord.

Cependant, cette alternative, aussi séduisante soit elle, pose une question juridique délicate, à savoir celle de l'applicabilité directe des dispositions des traités dans l'ordre interne²²⁷. Dans les pays de tradition moniste, pour qu'il soit valablement invoqué devant les juridictions publiques, nationales ou européennes, un traité, ou certaines de ses dispositions, doit avoir été reconnu d'effet direct. Si le traité précise lui-même qu'il est d'effet direct, la question est tranchée. Cependant, le CETA est clair sur ce point, et dispose à l'article 30.6 que l'accord ne pourrait être directement invoqué devant les juridictions internes²²⁸. Dans ce cas, il appartiendra à la CJUE, lorsqu'elle sera saisie par un investisseur sur une mesure prise par l'UE de décider de l'invocabilité ou non du traité²²⁹. Si la mesure contestée

227. Assemblée nationale, op. cit., note 172, p.78.

228. CETA, article 30.6 « *Aucune disposition du présent accord n'est interprétée comme conférant des droits ou imposant des obligations à des personnes autres que ceux créés entre les Parties en vertu du droit international public, ni comme permettant d'invoquer directement le présent accord dans les systèmes juridiques internes des Parties* ».

229. La jurisprudence de la CJUE en la matière est assez proche de celle retenue par le Conseil d'Etat. L'invocabilité n'est possible qu'à deux conditions : il faut que l'économie générale, le contenu et les

est nationale, par exemple française, il appartiendra en revanche aux juridictions suprêmes de se prononcer sur l'invocabilité. Ce pouvoir de décision incombant aux juridictions n'est pas sans emporter un risque de divergence des opinions. En effet, même si dans pareil cas, les juridictions nationales ont la possibilité de poser une question préjudicielle à la CJUE, rien n'empêche, en l'absence d'une telle procédure, qu'une même clause soit interprétée différemment à l'intérieur de l'UE. Cette situation de fait comporte une certaine imprévisibilité juridique qui peut nuire tant aux entreprises qu'aux Etats et aux particuliers. Autrement dit, les investisseurs pourraient se trouver sans base juridique pour tenter un recours devant les juridictions nationales en cas d'une éventuelle violation de leurs droits au nom d'un accord international de commerce et d'investissement. Ainsi, l'abandon des tribunaux ad hoc au profit des juridictions nationales ne peut se faire sans la certitude que l'accord sera d'applicabilité directe.

Recommandation n°33 : Afin de répondre aux critiques constantes adressées RDIE, la CNCDH recommande qu'une réflexion soit menée, à l'initiative de la France, pour instaurer un recours exclusif aux juridictions nationales dans le cadre des accords internationaux de commerce et d'investissement. Ce basculement ne pourra se faire sans que l'accord prévoie lui-même son applicabilité directe dans les droits internes et dans le droit de l'UE.

Une autre solution de compromis serait d'imposer l'épuisement des voies de recours avant de pouvoir saisir le Tribunal du CETA. Cependant, le CETA a également exclu très clairement cette possibilité en contraignant les parties au différend à opérer un choix définitif entre les juridictions nationales et le Tribunal du CETA²³⁰. Pourtant cette solution semble la plus cohérente pour la CNCDH, bien qu'elle allonge considérablement les temps de procédure. En effet, cette alternative offre aux Etats l'opportunité de voir leurs affaires jugées devant des juridictions non contestées, et aux investisseurs la possibilité de porter leurs affaires devant le Tribunal du CETA si elles estiment que les juridictions nationales ont fait preuve de

termes du traité ne s'y opposent pas formellement et que la disposition invoquée remplisse les conditions de l'effet direct, à savoir qu'elle comporte une obligation claire et précise qui n'est pas subordonnée dans son exécution ou ses effets à l'adoption d'un acte normatif intermédiaire.

230. CETA, article 8.22.1 « *Un investisseur peut déposer une plainte en vertu de l'article 8.23 uniquement s'il [...] se retire ou se désiste de toute procédure en cours devant un tribunal ou une cour en vertu du droit interne ou du droit international relativement à une mesure dont il est allégué qu'elle constitue une violation visée par sa plainte* ».

partialité à leur égard.

Recommandation n°34 : La CNCDH préconise d'imposer aux investisseurs, avant toute saisine d'un tribunal arbitral, l'épuisement des voies de recours internes, comme l'a d'ailleurs demandé la France.

5. Droit de réguler : véritable barrière à l'arbitraire ou trompe-l'œil ?

La principale garantie présentée par la Commission européenne contre l'arbitraire des sentences est le « droit de réguler », introduit à l'article 8.9 du CETA. Or la CNCDH ne peut que douter de son efficacité réelle car le contenu juridique de ce droit dans les accords tels le CETA est pratiquement inexistant, à la différence des dispositions substantielles définissant la protection des investissements, et qui bénéficient, elles, d'une large assise eu égard aux centaines de sentences arbitrales rendues²³¹. Agissant comme une vague ligne directrice, il est à craindre que le « droit de réguler » ne remplisse pas ses promesses et ne soit amené qu'à jouer un rôle minime dans la prise de décision.

Ainsi, l'article 8.9.1 justifie le « droit à réguler » par la poursuite d' « *objectifs légitimes en matière de politique, tels que la protection de la santé publique, de la sécurité, de l'environnement ou de la moralité publique, la protection sociale ou des consommateurs, ou la promotion et la protection de la diversité culturelle* ». Cependant, force est de constater que cette notion souffre d'une part de subjectivité, et qu'en l'absence de définition claire, elle variera inmanquablement dans le temps et dans l'espace²³². Ainsi, alors que ce « droit de réguler » a été mis en place pour éviter que des mesures de politiques publiques ne soient directement menacées au motif qu'elles entravent le commerce, il semble qu'une marge de manœuvre non négligeable soit tout de même laissée aux arbitres.

Il ne semble donc pas que l'article 8.9 vienne limiter explicitement les standards de protection des investissements prévus aux articles 8.4, 8.5, 8.6 et 8.7. Cela constituerait pourtant un prérequis indispensable si cet article avait pour réelle ambition d'assurer le droit de réglementer des Etats sans craindre

231. AITEC, op. cit., note 40.

232. PowerShift et al., op. cit., note 214.

systématiquement qu'une plainte ne soit déposée par un investisseur.

Il reste donc tout à fait envisageable qu'un investisseur, sachant ses droits largement protégés, utilise la menace d'une plainte pour dissuader un Etat de poursuivre des mesures servant l'intérêt général mais contrevenant aux investissements. Bien que les sentences prises dans le cadre du RDIE ne puissent qu'accorder des compensations financières et aucunement conduire au retrait d'une mesure²³³, il est à craindre qu'une telle obligation d'indemnisation ne suffise à intimider les investisseurs²³⁴.

Ce « gel réglementaire » reste néanmoins très difficile à prouver, car les pressions sont officieuses, et les projets de réglementation sont retirés avant même d'être rendus publics. Le lien a pu cependant être fait pour le Canada²³⁵ et la Nouvelle-Zélande²³⁶ qui ont ajourné leur politique anti-tabac par crainte de plainte d'investisseurs étrangers.

Pourtant, des moyens sont à la disposition des Etats pour contrer ce phénomène. En effet, en définissant clairement les notions d'investisseur et d'investissement et en précisant l'étendue de la protection qu'ils souhaitent voir accordée aux investisseurs, ils sont en mesure de réduire la portée de leur consentement au RDIE. C'est pourquoi ils doivent y apporter une attention toute particulière. En effet, les arbitres ne faisant qu'interpréter l'accord, une bonne sentence ne sera rendue qu'à la condition d'obéir à des définitions précises et des règles claires. À ce titre, il est regrettable, pour la CNCDH, que la France n'ait émis aucune réserve à l'égard du CETA.

Un autre moyen peut être de recourir au jeu des exemptions et exceptions afin

233. CETA, article 8.39.1.

234. Les opposants au RDIE mettent en avant le fait qu'en cas de violation avérée d'un traité d'investissement, les Etats peuvent se voir infliger par les tribunaux arbitraux des dommages-intérêts pouvant atteindre plusieurs milliards de dollars payés par le contribuable national, si bien qu'ils pourraient hésiter à adopter des réglementations, notamment environnementales ou sanitaires, susceptibles d'entraîner une plainte des investisseurs étrangers. Le RDIE menacerait donc directement leur droit souverain à réguler. Voir : Assemblée nationale, op. cit., note 172, p. 66.

235. Physicians for Smoke-Free Canada, *The Plot Against Plain Packaging*. Disponible sur [http://www.smoke-free.ca/pdf_1/plotagainstplainpackaging-apr1%27.pdf].

236. [<http://www.australasianlawyer.com.au/country-editor/new-zealand/plain-packaging-and-international-law-thoughts-from-across-the-ditch-187272.aspx>].

de protéger certaines matières jugées trop sensibles par les Etats²³⁷. L'utilisation la plus radicale de cette alternative consiste à exclure les investissements étrangers dans certains secteurs sensibles, à la discrétion de l'Etat concerné. Une utilisation plus modérée consisterait à autoriser les investissements dans les dits secteurs, mais à ôter à l'investisseur la possibilité de se prévaloir de la protection accordée par le traité ni même de recourir au RDIE. Dans pareil cas, l'investisseur étranger se trouvera sur un pied d'égalité avec l'investisseur national, bénéficiant alors de la même protection, et pouvant, comme celui-ci, recourir aux juridictions nationales en cas de différend.

Le besoin de renforcer le « droit de réguler » est donc essentiel et primordial, pour la CNCDH, spécialement dans le cas d'un accord dit de « nouvelle génération » qui se veut global en incluant en son champ des domaines aussi sensibles que l'environnement et les droits sociaux. Comme en atteste Joseph Stiglitz, Prix Nobel d'économie, « *Quand bien même toutes les entreprises du monde en viendraient à considérer que se débarrasser des réglementations serait bon pour leur profitabilité, et quand bien même les négociateurs commerciaux seraient persuadés que de tels accords commerciaux seraient bons pour les échanges et la profitabilité, tous les autres y perdraient beaucoup, -tous, c'est-à-dire nous* »²³⁸.

Recommandation n°35 : Pour assurer au « droit de réguler » tout son sens et toute sa force, la CNCDH recommande d'introduire un article liminaire aux dispositions relatives à la protection des investissements, posant comme base d'interprétation pour l'ensemble du traité le droit de réglementer des Etats afin que ce principe lie les arbitres dans leurs décisions à venir.

Recommandation n°36 : Afin d'éviter le phénomène de « gel réglementaire » dans les domaines dits sensibles comme la protection de l'environnement ou les droits sociaux, la CNCDH préconise l'exclusion du champ du RDIE des secteurs sensibles où les Etats seront amenés à engager des politiques ambitieuses et susceptibles de perturber les investissements pour des raisons impérieuses d'intérêt public.

Recommandation n°37 : Il est prévu dans le CETA que l'ensemble du chapitre

237. Assemblée nationale, op. cit., note 172, p.97.

238. Joseph Stiglitz, « On the wrong side of globalization », New York Times, 15 mars 2014.

8 sur les investissements et l'arbitrage reste en vigueur pendant 20 ans après sa dénonciation éventuelle. La CNCDH propose que ce délai soit raccourci à une durée d'un an.

Recommandation n°38 : La CNCDH propose d'inscrire au chapitre I, §5 du CETA : « *Les investisseurs visés doivent réaliser leurs opérations d'investissement dans le respect des lois et réglementations de la Partie sur le territoire de laquelle ils investissent et doivent se conformer, avec toute la diligence requise, à ces lois et réglementations dans le cadre de l'établissement, de l'acquisition, de l'expansion, de la conduite, de la gestion, du maintien, de l'utilisation, du bénéfice et de la vente ou de la disposition de leurs investissements sur son territoire* ».

À titre conclusif, la CNCDH souhaiterait attirer l'attention des pouvoirs publics sur deux points précis, à savoir : la question de la transparence des négociations menées par l'UE avec ses partenaires pour les accords de commerce et d'investissement ainsi que la technique de négociations utilisée, c'est-à-dire celle des listes négatives.

Recommandation n°39 : La CNCDH recommande à la Commission d'être plus transparente lors des négociations commerciales. Si elle salue les efforts réalisés actuellement dans le cadre des négociations du TTIP en publiant notamment les documents de positions de l'Union Européenne, elle regrette que ce dispositif n'ait pas été appliqué aux autres accords en cours de négociations. Par ailleurs, la CNCDH invite la Commission Européenne à aller plus loin en publiant les textes consolidés de toutes les négociations en cours et en autorisant des représentants de la société civile à participer aux négociations en tant qu'observateur, sur le modèle des négociations climatiques qui se déroulent dans le cadre de la convention cadre des Nations unies sur les changements climatiques (CCNUCC).

La Commission Européenne a décidé d'utiliser pour la première fois la technique des listes négatives pour négocier les accords commerces et d'investissements. Cette technique de négociation revient à inverser la manière dont sont négociés les accords puisque jusqu'à présent les accords commerciaux s'appliquaient uniquement aux services explicitement nommés dans le texte, alors que désormais les nouveaux accords s'appliquent à l'ensemble des services à l'exception de ceux

exclus par l'accord. Dans le CETA, les services qui n'apparaissent pas seront ainsi ouverts à la concurrence canadienne et les opérateurs pourront bénéficier d'un traitement équivalent aux opérateurs nationaux. Les services qui n'existent pas encore pourraient ainsi être ouverts par défaut : comme l'indique une note de la BNP Paribas²³⁹, «cette démarche présente des risques puisque les gouvernements s'engagent en effet dans des secteurs qui n'existent pas encore»²⁴⁰.

Recommandation n°40 : Dans le CETA comme dans les futurs accords en cours de négociation, la CNCDH recommande de revenir à une négociation par liste positive.

239. Disponible sur [<http://economic-research.bnpparibas.com/Views/DisplayPublication.aspx?type=document&IdPdf=27289>].

240. C. Stephan « Traité transatlantique: beaucoup d'ambition, peu de concrétisation... » *Ecoconjoncture*, décembre 2015.

Annexe I

Recommandations de la CNCDH

Recommandation préalable : La CNCDH recommande très vivement une réouverture des négociations pour prendre en compte les recommandations qui suivent. Cette réouverture des négociations pourrait permettre de clarifier le statut juridique des déclarations interprétatives accompagnant le CETA. Pour lever les doutes sur la compatibilité du CETA avec la Constitution française, la CNCDH recommande également la saisine a priori du Conseil constitutionnel.

Recommandation n°1 : Compte tenu du fait que les nouveaux accords de commerce vont désormais bien au-delà des simples questions commerciales, la CNCDH invite la France à inciter faire en sorte que les négociateurs commerciaux soient accompagnés par une équipe pluridisciplinaire spécialisée notamment en matière sociale, de droit du travail, de lutte contre le changement climatique, et plus largement en matière de droits de l'homme, afin de porter une vision globale des enjeux en présence.

Recommandation n°2 : Bien que le Comité sur le commerce et le développement durable ne soit doté d'aucun pouvoir de sanction, la CNCDH préconise, à tout le moins, que les représentants de haut niveau de chacune des parties qui le composeront soient dotées de compétences certaines dans les domaines couverts et, plus largement, en droit international des droits de l'homme. Cela permettra en effet a minima que les questions soulevées soient appréhendées avec la meilleure expertise possible et conformément aux droits de l'homme.

Recommandation n°3 : La CNCDH recommande que la mise en œuvre et le respect de l'ensemble des dispositions notamment en matière de droits sociaux et de protection de l'environnement dans les accords internationaux de commerce et d'investissement relèvent du mécanisme général de règlement des différends entre Etats qui vaut pour l'ensemble des accords.

Recommandation n°4 : Dès lors qu'un traité de commerce et d'investissement prévoit un mécanisme de coopération, la CNCDH recommande que les droits de

l'homme en soient une partie intégrante, en posant leur respect comme objectif principal dudit mécanisme.

Recommandation n°5 : La CNCDH encourage les Parties à réviser le chapitre sur la coopération réglementaire afin de garantir effectivement le droit des Etats à réguler, ou tout du moins, envisager fortement de le faire dans les accords à venir, de manière à protéger les réglementations prises dans l'intérêt public, et à s'assurer que les intérêts privés ne priment pas le bien commun. À défaut de révision, il apparaît indispensable d'exclure les chapitres 22, 23 et 24 de la coopération réglementaire. Une façon d'assurer le respect de la volonté collective pourrait être l'introduction d'un certain contrôle démocratique, par le biais des parlements nationaux, au cours du processus de coopération réglementaire.

Recommandation n°6 : La CNCDH salue la possibilité de refuser ou de faire cesser la coopération réglementaire lorsque les intérêts de l'Etat sont tels qu'ils ne peuvent être discutés ; cependant, elle souhaite qu'on ne puisse pas déroger à cette faculté et qu'elle ne soit assortie d'aucune obligation de motiver le refus, ou incitation à le faire.

Recommandation n°7 : La CNCDH recommande que la coopération réglementaire soit soumise au contrôle démocratique et aux exigences de transparence avec l'introduction d'un rôle défini au Parlement européen, et si possible, aux parlements nationaux lorsque leur législation est concernée.

Recommandation n°8 : La CNCDH demande que soient définies avec précision les modalités de composition, de saisine, de décision et de contrôle du Forum de coopération en matière réglementaire.

Recommandation n°9 : Constatant un vide préjudiciable en matière d'études d'impact des accords de libre-échange sur les droits sociaux, la CNCDH recommande vivement que de telles études soient systématiquement conduites, et ce, de manière globale et reposant sur des données fiables et attestées. Compte tenu du temps de négociations que nécessite la conclusion de tels accords, la CNCDH recommande que les études d'impact ainsi menées soient actualisées au moment de la signature dudit accord, et fassent la démonstration qu'une véritable

consultation des parties prenantes a bien été diligentée.

Recommandation n°10 : La CNCDH encourage l'inclusion dans les accords de libre-échange futurs de l'ensemble des dispositions pertinentes de la Convention des Nations unies sur la protection de tous les travailleurs migrants et des membres de leurs familles. À cet égard, la CNCDH réitère sa recommandation à la France de ratifier cette Convention.

Recommandation n°11 : La CNCDH salue la référence, certes partielle, faite dans le CETA à l'Agenda pour le travail décent de l'OIT ; cependant, elle recommande à la France, dans les prochains accords du même type, de plaider pour une prise en compte de cet Agenda plus extensive, voire exhaustive.

Recommandation n°12 : Eu égard aux risques engendrées par la libéralisation du commerce et de l'investissement (plans de restructuration, délocalisations, etc.), la CNCDH recommande que le CETA et les accords futurs contiennent des dispositions protectrices des salariés ne se limitant pas aux frontières nationales. L'inclusion de dispositions concernant l'investissement doit aller de pair avec le renforcement des droits des travailleurs vis-à-vis des groupes transnationaux. Pour atteindre ce but, la CNCDH considère que le droit à l'information et à la consultation des travailleurs, ainsi que la possibilité d'organiser des réunions de coordination et de coopération, doivent être garantis sur tout le périmètre de l'entreprise et ne pas se limiter aux périmètres national ou européen.

Recommandation n°13 : La CNCDH recommande que le respect des normes internationales en matière de droits sociaux soit une condition *sine qua none* de la mise en application des accords internationaux de commerce et d'investissement. Il conviendrait de poser comme obligation de résultat la mise en œuvre et le respect des conventions et autres textes internationaux par lesquels les Etats sont déjà liés en matière de droits de l'homme.

Recommandation n°14 : La CNCDH préconise que, dans un accord de nouvelle génération de type CETA, les Parties posent comme condition préalable à l'entrée en vigueur de l'accord la ratification de l'ensemble des conventions fondamentales de l'OIT.

Recommandation n°15 : Pour la CNCDH, il est impératif de rendre les clauses de non-abaissement effectives et opérationnelles dans les accords internationaux de commerce et d'investissement. Pour ce faire, elle recommande que la possibilité offerte aux Etats de saisir cette clause pour dénoncer un abaissement des standards soit facilitée, et que la charge de la preuve soit inversée, la faisant peser sur l'Etat suspecté d'avoir abaissé ses standards sociaux pour stimuler le commerce ou l'investissement.

Recommandation n°16 : La CNCDH souhaite que la France initie une réflexion afin de faciliter l'inclusion des aspects sociaux des accords internationaux de commerce et d'investissement qui seront négociés par l'UE dans le règlement des différends Etat-Etat. La CNCDH propose d'inclure l'OIT en tant qu'expert dans la surveillance de la mise en œuvre des dispositions sur le droit social, en lui permettant d'être consulté lors du règlement des différends et de rendre cet avis contraignant.

Recommandation n°17 : La CNCDH encourage la France à veiller, lors des négociations d'accords internationaux de commerce et d'investissement, à ce que soient incorporés des mécanismes de sanction lorsqu'un Etat partie viendrait à violer une obligation internationale relative au droit du travail.

Recommandation n°18 : La CNCDH préconise l'inclusion dans tous les accords internationaux de commerce et d'investissement négociés par l'UE d'une clause des droits de l'homme, forte, obligatoire et cohérente avec les valeurs communes qu'elle promeut, et que celle-ci soit accompagnée d'un mécanisme de suivi et de sanction.

Recommandation n°19 : La CNCDH recommande que l'institutionnalisation des réunions de la société civile et des organisations syndicales soit accompagnée de la mise à disposition des moyens humains et financiers nécessaires, tel qu'un Secrétariat dédié au Forum de la société civile et des ressources propres, afin que cet organe puisse mener à bien son rôle de surveillance dans l'application des accords de libre-échange.

Recommandation n°20 : La CNCDH préconise que le domaine de l'énergie

fasse l'objet d'un chapitre spécifique, permettant d'inscrire dans l'accord des engagements en matière de réduction d'émission de gaz à effet de serre, et autorisant explicitement les Parties à promouvoir les investissements dans le secteur des énergies propres, et à bannir progressivement ceux orientés vers les énergies fossiles.

Recommandation n°21 : La CNCDH encourage la France, qui a présidé la COP21, à encourager l'inclusion, dans chaque accord, d'une mention explicite et expresse à l'Accord de Paris sur le climat, ou tout le moins à son objectif visant à limiter la hausse du réchauffement climatique.

Recommandation n°22 : La CNCDH préconise une reconnaissance expresse du principe de précaution dans les textes ou tout au moins que la portée et l'invocation du principe de précaution inscrit à l'article 191 du TFUE ne puissent pas être remises en cause par les dispositions de l'accord.

Recommandation n°23 : Afin de permettre aux Etats d'engager des politiques et des lois efficaces pour enrayer durablement les dérèglements climatiques la CNCDH recommande d'admettre une certaine hiérarchie des urgences et des légitimités et de soumettre les droits du commerce et des investisseurs au droit international des droits de l'homme et de l'environnement.

Recommandation n°24 : Dans le cadre du CETA, et des autres accords, la CNCDH encourage les Etats à contrôler le respect des Principes directeurs des Nations unies par toutes les sociétés transnationales qui ont leur siège sur leur territoire en rendant ces principes contraignants dans leur ordre juridique interne.

Recommandation n°25 : Toute disposition offrant des garanties aux investisseurs étrangers doit être assortie d'obligations symétriques (obligation d'appliquer les droits à l'information-consultation des travailleurs, les normes sur la responsabilité sociale des entreprises, les directives de l'ONU et de l'OCDE pour les firmes multinationales, etc...). Ces obligations doivent dûment tenir compte des conséquences sociales d'une instauration d'un régime d'investissement international notamment en matière des droits individuels et collectifs du travail.

Recommandation n°26 : La CNCDH tient à saluer l'initiative de la Commission européenne de lancer une consultation publique sur un tel sujet. Néanmoins, elle recommande que ces consultations publiques soient plus ouvertes et faciles d'accès et de compréhension aux citoyens avertis ou non. De plus, la CNCDH tient à ce que les questions posées dans ce cadre soient le plus neutres possibles et qu'elles ne reflètent pas une approche biaisée du sujet.

Recommandation n°27 : La CNCDH recommande d'ouvrir les critères de compétences requises des arbitres au droit international des droits de l'homme dans les accords internationaux de commerce et d'investissement prévoyant un Tribunal permanent d'arbitrage.

Recommandation n°28 : La CNCDH recommande que soient précisées, avant toute ratification, les modalités d'application du mécanisme d'appel et que soit vérifiée sa compatibilité avec la Convention de Washington, inscrite dans les dispositions du CETA, ainsi qu'avec les traités européens, au moyen d'une saisine de la CJUE par le gouvernement français.

Recommandation n°29 : La CNCDH recommande d'attendre que ce code de conduite soit rédigé avant de soumettre le texte à la représentation nationale.

Recommandation n°30 : Consciente que les arbitres prévus dans le système d'ICS ne seront pas des juges, et donc que leur indépendance et leur impartialité ne seront nullement assurés, la CNCDH recommande à tout le moins de rendre le code de conduite contraignant en instaurant un mécanisme de contrôle et de filtre avant chaque nomination au Tribunal, et que ce contrôle soit renouvelé avant chaque nomination pour une affaire.

Recommandation n°31 : La CNCDH préconise la mise en place d'une réflexion sur l'opportunité d'élargir le mécanisme de RDIE à la saisine des deux parties au différend, à savoir tant l'investisseur que l'Etat concerné, ou sur l'ouverture d'une voie parallèle qui permettrait de mettre en avant les manquements imputables aux investisseurs en matière de droits de l'homme.

Recommandation n°32 : La CNCDH recommande d'harmoniser les voies de recours prévues dans les accords commerciaux, dont le CETA, et de prévoir un seul et unique mécanisme de règlement des différends entre Etats, applicable à l'ensemble des dispositions de l'accord.

Recommandation n°33 : Afin de répondre aux critiques constantes adressées RDIE, la CNCDH recommande qu'une réflexion soit tenue, à l'initiative de la France, pour instaurer un recours exclusif aux juridictions nationales dans le cadre des accords internationaux de commerce et d'investissement. Ce basculement ne pourra se faire sans que l'accord prévoie lui-même son applicabilité directe dans les droits internes et dans le droit de l'UE.

Recommandation n°34 : La CNCDH préconise d'imposer aux investisseurs, avant toute saisine d'un tribunal arbitral, l'épuisement des voies de recours internes, comme l'a demandé la France.

Recommandation n°35 : Pour assurer au « droit de réguler » tout son sens et toute sa force, la CNCDH recommande d'introduire un article liminaire aux dispositions relatives à la protection des investissements, posant comme base d'interprétation pour l'ensemble du traité le droit de régler des Etats afin que ce principe lie les arbitres dans leurs décisions à venir.

Recommandation n°36 : Afin d'éviter le phénomène de « gel réglementaire » dans es domaines dits sensibles comme la protection de l'environnement ou les droits sociaux, la CNCDH préconise l'exclusion du champ du RDIE des secteurs sensibles où les Etats seront amenés à engager des politiques ambitieuses et susceptibles de perturber les investissements pour des raisons impérieuses d'intérêt public.

Recommandation n°37 : Il est prévu dans le CETA que l'ensemble du chapitre 8 sur les investissements et l'arbitrage reste en vigueur pendant 20 ans après sa dénonciation éventuelle. La CNCDH propose que ce délai soit raccourci à une durée d'un an.

Recommandation n°38 : La CNCDH propose d'inscrire au chapitre I, §5 du CETA :
« *Les investisseurs visés doivent réaliser leurs opérations d'investissement dans le respect des lois et réglementations de la Partie sur le territoire de laquelle ils investissent et doivent se conformer, avec toute la diligence requise, à ces lois et réglementations dans le cadre de l'établissement, de l'acquisition, de l'expansion, de la conduite, de la gestion, du maintien, de l'utilisation, du bénéfice et de la vente ou de la disposition de leurs investissements sur son territoire* ».

Recommandation n°39 : La CNCDH recommande à la Commission d'être plus transparente lors des négociations commerciales. Si elle salue les efforts réalisés actuellement dans le cadre des négociations du TTIP en publiant notamment les documents de positions de l'Union Européenne, elle regrette que ce dispositif n'ait pas été appliqué aux autres accords en cours de négociations. Par ailleurs, la CNCDH invite la Commission Européenne à aller plus loin en publiant les textes consolidés de toutes les négociations en cours et en autorisant des représentants de la société civile à participer aux négociations en tant qu'observateur sur le modèle des négociations climatiques qui se déroulent dans le cadre de la convention cadre des Nations unies sur les changements climatiques (CCNUCC).

Recommandation n°40 : Dans le CETA comme dans les futurs accords en cours de négociation, la CNCDH recommande de revenir à une négociation par liste positive.

Annexe II

Liste des personnes auditionnées

Laurence Boisson-de-Chazournes, membre du Comité consultatif du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies et professeur de droit international à l'Université de Genève (28 juin 2016) (plus précisément sur l'Accord de Paris)

Edouard Bourcieu, conseiller commercial auprès de la représentation de la Commission européenne en France (28 octobre 2016)

Mathilde Dupré, Institut Veblen pour les réformes économiques (13 septembre 2016)

Olivier Fontan, responsable de l'équipe de négociation de la COP21, adjoint au sous-directeur Climat/Environnement, au sein du Ministère des affaires étrangères et du développement international (22 novembre 2016)

Yannick Jadot, député européen (6 décembre 2016)

Isabelle Jegouzo, cheffe de la représentation de la Commission européenne en France (18 octobre 2016)

Catherine Kessedjian, Professeur de droit à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas, spécialiste en droit du commerce international et de l'arbitrage international (18 octobre 2016)

Samuel Leré, chargé de projets climat-énergie à la Fondation Nicolas Hulot (28 juin 2016)

Tancrede Voituriez, directeur de Programme Gouvernance à l'Institut du développement durable et des relations internationales (IDDRI) (25 octobre 2016)

Annexe III

Structure du CETA

Chapitre premier : Définitions générales et dispositions initiales, p.7

Chapitre deux : Traitement national et accès aux marchés pour les marchandises, p.19

Chapitre trois : Recours commerciaux, p. 32

Chapitre quatre : Obstacles techniques au commerce, p. 37

Chapitre cinq : Mesures sanitaires et phytosanitaires, p. 46

Chapitre six : Douanes et facilitation des échanges, p. 61

Chapitre sept : Subventions, p. 73

Chapitre huit : Investissement, p. 79

Chapitre neuf : Commerce transfrontières des services, p. 158

Chapitre dix : Admission et séjour temporaires des personnes physiques à des fins professionnelles, p. 168

Chapitre onze : Reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles, p. 184

Chapitre douze : Règlements intérieurs, p. 190

Chapitre treize : Services financiers, p. 196

Chapitre quatorze : Services de transport maritime international, p. 227

Chapitre quinze : Télécommunications, p. 234

Chapitre seize : Commerce électronique, p. 251

Chapitre dix-sept : Politique de la concurrence, p. 255

Chapitre dix-huit : Entreprises d'Etat, monopoles et entreprises bénéficiant de droits ou de privilèges spéciaux, p. 259

Chapitre dix-neuf : Marchés publics, p. 264

Chapitre vingt : Propriété intellectuelle, p. 318

Chapitre vingt et un : Coopération en matière de réglementation, p. 370

Chapitre vingt-deux : Commerce et développement durable, p. 386

Chapitre vingt-trois : Commerce et travail, p. 393

Chapitre vingt-quatre : Commerce et environnement, p. 409

Chapitre vingt-cinq : Coopération et dialogues bilatéraux, p. 429

Chapitre vingt-six : Dispositions administratives et institutionnelles, p. 437

Chapitre vingt-sept : Transparence, p. 446

Chapitre vingt-huit : Exceptions, p. 450

Chapitre vingt-neuf : Règlement des différends, p. 463

Chapitre trente : Dispositions finales, p. 482

Créée en 1947 sous l'impulsion de René Cassin, **la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH)** est l'Institution nationale de promotion et de protection des droits de l'homme française, accréditée de statut A par les Nations unies.

L'action de la CNCDH s'inscrit dans une quadruple mission :

- Conseiller les pouvoirs publics en matière de droits de l'homme ;
- Contrôler l'effectivité des engagements de la France en matière de droits de l'homme et de droit international humanitaire ;
- Assurer un suivi de la mise en oeuvre par la France des recommandations formulées par les comités de suivi internationaux et régionaux ;
- Sensibiliser et éduquer aux droits de l'homme.

L'indépendance de la CNCDH est consacrée par la loi. Son fonctionnement s'appuie sur le principe du pluralisme des idées. Ainsi, seule institution assurant un dialogue continu entre la société civile et les experts français en matière de droits de l'homme, elle est composée de 64 personnalités qualifiées et représentants d'organisations non gouvernementales issues de la société civile.

La CNCDH est le rapporteur national indépendant sur la lutte contre toutes les formes de racisme depuis 1990, et sur la lutte contre la traite et l'exploitation des êtres humains depuis 2014. Elle est l'évaluateur de nombreux plans nationaux d'action.

