



MINISTÈRE DE L'ENVIRONNEMENT, DE L'ÉNERGIE ET DE LA MER

*Commissariat général au développement durable
Conseil économique pour le développement durable, le délégué général*

CETA et climat

Éléments de constat et d'appréciation sur les points de controverse

Janvier 2017

En 2015, la France a accueilli la Cop 21 sur le changement climatique qui a débouché sur la signature d'un accord historique, l'Accord de Paris. La ratification a été obtenue en un temps record, en octobre 2016.

La ratification en cours du projet d'Accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada, dit CETA¹ suscite encore des inquiétudes, notamment par rapport à ses impacts éventuels sur les politiques climatiques, et tout particulièrement en regard de l'Accord de Paris. En effet, les termes du CETA avaient été négociés bien avant l'entrée en vigueur de l'Accord de Paris.

En tant que Présidente de la Cop 21, la France se doit de veiller à ce que le CETA prenne en compte les termes de l'Accord de Paris, en matière de réduction des émissions de gaz à effet de serre, d'atténuation et d'adaptation. Le Canada et l'Union européenne ont d'ailleurs œuvré conjointement à l'adoption et à l'entrée en vigueur rapide de cet Accord, qui reconnaît « l'urgence de combler l'écart significatif entre l'effet global des engagements d'atténuation pris par les Parties en termes d'émissions annuelles mondiales de gaz à effet de serre jusqu'à 2020 et les profils d'évolution des émissions globales compatibles avec la perspective de contenir l'élévation de la température moyenne de la planète nettement en dessous de 2 °C par rapport aux niveaux préindustriels et de poursuivre l'action menée pour limiter l'élévation des températures à 1,5 °C ». Il souligne aussi « qu'il est urgent d'accroître l'appui fourni par les pays développés sous la forme de ressources financières, de technologies et d'un renforcement des capacités, de manière prévisible, afin de permettre une action renforcée avant 2020 par les pays en développement ». Il recommande par ailleurs de « promouvoir la coopération régionale et internationale afin de mobiliser une action climatique plus forte et plus ambitieuse de la part de toutes les Parties et des autres acteurs, y compris de la société civile, du secteur privé, des institutions financières, des villes et autres autorités infranationales, des communautés locales et des peuples autochtones ». Ces principes doivent guider la mise en œuvre du CETA.

Le Canada et l'Union européenne se doivent ainsi d'assurer l'alignement de leur ambition climatique et du CETA. Ce rapport vise à questionner, dans cette perspective, l'évaluation de ses impacts -et, en amont, les bénéfices attendus d'un tel Accord-, les enjeux et conditions de la coopération réglementaire, et le système de règlement des différends « investisseurs-Etats ».

Après avoir rappelé différents éléments factuels sur ces sujets, tels qu'ils ressortent des documents établis par les services de l'Etat ayant participé aux négociations de cet Accord, les controverses sont mises en perspective et des pistes sont proposées.

Ainsi, ce rapport formule 10 recommandations :

A - Limiter l'augmentation des émissions de gaz à effet de serre

- 1- Procéder à l'évaluation de l'accroissement des émissions de gaz à effet de serre générées par ce nouvel accord commercial.*
- 2- Assurer la « neutralité carbone » du CETA.*
- 3- Engager un travail conjoint Euro-Canadien afin de définir de nouvelles règles pour le transport maritime et coopérer activement pour les porter au sein de l'OMI.*

¹ Ou, en français AECG, pour accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada

- 4- *Mettre à l'ordre du jour du Forum de coopération réglementaire la question des pétroles non conventionnels, y compris : l'étude des modalités visant à en interdire ou à en limiter l'usage au sein des États membres qui le souhaiteraient, interdire-limite-encadrer plus strictement les investissements visant à l'exploration et l'exploitation de ces ressources fossiles – Etudier dans ce cadre la possibilité de mettre en place un système de bonus/malus visant à encourager le déploiement et le recours aux Énergies renouvelables au sein des États membres de l'Union européenne comme au Canada.*

B - Veiller à ce que le mécanisme de résolution des différends entre investisseurs et États (ICS) ne puisse en aucun cas remettre en cause les engagements ambitieux pris par l'Union européenne et le Canada en matière de lutte contre le changement climatique

- 5- *Pour ce faire, demander des clarifications quant au code de conduite des « arbitres » et aux modalités d'appel.*
- 6- *Exclure du champ de l'ICS toutes les mesures relatives à la lutte contre le changement climatique, pour atteindre les objectifs de l'Accord de Paris : mesures prises par un État membre pour mettre en œuvre ses « NDC » ; mesures relatives à la tarification du carbone par exemple.*
- 7- *Ceci nécessite plus généralement une réflexion sur le traitement des périmètres « environnementaux » dans l'ICS : que doit-on exclure de son champ ? Comment s'assurer que les décisions de l'ICS tiendront compte des conséquences possibles, même indirectes sur les émissions de gaz à effet de serre ?*

C - Améliorer les règles du mécanisme de coopération réglementaire pour mieux prendre en compte l'ambition Climatique

- 8- *Veiller à ce que les services compétents en matière de lutte contre les changements climatiques soient associés à l'ensemble des travaux menés dans le cadre du processus de coopération.*
- 9- *Équilibrer la représentation des différentes composantes de la société civile (Entreprises, Collectivités locales, ONG) consultées dans le cadre de ce forum de coopération réglementaire.*
- 10- *Proposer comme premier thème de coopération réglementaire les sujets liés au Climat comme notamment les émissions de gaz à effet de serre des secteurs aérien et maritime, ou la question des voies et moyens pour une coopération internationale dans le domaine de la tarification du carbone.*

En conclusion, le travail conduit montre que le CETA, s'il intègre ces recommandations, peut constituer un levier pour dynamiser la lutte contre le changement climatique. Aussi, à l'avenir, il serait utile que les futurs accords de commerce soient utilisés pour accélérer la transition énergétique en facilitant l'échange des technologies propres et programmant la sortie des énergies fossiles. Ainsi, bien qu'il ne soit plus possible de modifier la substance de l'accord, il convient maintenant de s'assurer que sa mise en œuvre se fasse de la manière la plus respectueuse possible pour l'environnement. Il s'agit notamment de veiller à ce que les institutions créées par l'accord (notamment le mécanisme de règlement des différends investisseurs-États et le forum de coopération réglementaire) demeurent équilibrées en termes de représentation des experts environnementaux. Cela nécessite un travail de coopération interministérielle renforcé en vue d'être force de proposition auprès de la Commission européenne.

1- L'évaluation du CETA

Sur les opportunités ouvertes par le CETA

L'Union européenne est la plus grande économie du monde et le plus important marché du monde. Elle est le principal acteur du commerce international, avec 16,4 % des importations mondiales en 2011 et 15,4 % de toutes les exportations, devant la Chine (13,4 %) et les États-Unis (10,5 %). L'UE est le 2ème exportateur de biens au Canada (derrière les États-Unis) et le Canada est le 14ème importateur dans l'UE (hors commerce intra-UE). L'UE et le Canada sont des partenaires commerciaux et économiques de longue date, qui partagent des objectifs communs en matière de politique commerciale.

Si le Canada est une économie de petite taille comparée à celle de l'UE dans son ensemble, sa structure commerciale est fortement tournée vers l'Union européenne, et la France est un de ses partenaires commerciaux majeurs. La France est le troisième partenaire commercial européen du Canada avec 5,5 Mds€ d'exportations et 5,1 Mds€ d'importations de biens et de services en 2013. En termes d'investissements directs étrangers au Canada, la France se classe en deuxième position, derrière le Royaume-Uni et avant l'Allemagne. De plus la France est le 2^{ème} investisseur mondial au Québec.

Environ 280 entreprises canadiennes représentant 40 000 emplois sont implantées en France dans de nombreux secteurs (Bombardier, CNC-Lavalin, Vermilion, Caisse de dépôt et de placement du Québec, CGI, Cascades, Magna, McCain, Aastra, RIM, Lembec, Transat, etc.) et environ 550 entreprises françaises employant plus de 80 000 personnes sont implantées au Canada, dont 70% au Québec, et actives dans de plusieurs secteurs porteurs (Sodexo, Lafarge, Ubisofft, Rexel, Air Liquide, Sanofi Aventis, Alstom, Colas, Thalès, Hachette, Veolia, Essilor, Lactalis etc.).

L'Accord commercial entre l'Union européenne et le Canada (AECG/CETA) a été signé le 30 octobre 2016. Cet accord, conclu entre deux zones dont les barrières tarifaires sont déjà faibles, a vocation à être plus large qu'une simple élimination des barrières tarifaires. Son objectif de favoriser le commerce et les échanges passe par l'élimination de nombreuses barrières non-tarifaires.

Outre la suppression quasi-totale des droits de douane entre les deux régions, il comporte différents volets concernant : l'ouverture des marchés publics, l'accès aux marchés des services et des investissements, la protection des droits d'auteur et de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, le chapitre relatif à la protection de l'investissement est soumis à un mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États, spécifique de l'accord.

A la demande de chaque partie, un certain nombre de matières demeurent toutefois exclues de l'accord, telles que les services audiovisuels ou les législations de protection de la santé et du consommateur en matière alimentaire (OGM, viande aux hormones, etc).

Le projet d'Accord avait fait l'objet d'évaluations macroéconomiques, en 2008 avant le lancement de la négociation, puis en 2011, dans le cadre de l'évaluation de ses incidences sur le développement durable (« SIA »). Utilisant des modèles de commerce (équilibre général calculable) pour formaliser les gains mutuels liés à la spécialisation et aux échanges, celles-ci concluaient, qu'à long-terme, le projet serait modérément bénéfique pour les deux régions, les impacts quantifiés reflétant principalement l'impact de la réduction simultanée des droits de douane.

Dans ce cadre, les gains en PIB apparaissaient très faibles pour l'Europe (gains de PIB de 0,01 à 0,03% à long-terme selon la SIA de 2011), et légèrement supérieurs pour le Canada, qui pourra notamment augmenter ses exportations de produits animaux. La Commission européenne souligne cependant que l'Europe bénéficierait en contrepartie de la réduction d'obstacles non tarifaires au commerce des services, le développement d'un cadre propice à l'investissement, prévisible et protecteur, étant considéré par ailleurs comme un bénéfice important.

De manière plus précise, ces évaluations, qui ne prennent en compte que les effets de la réduction des barrières tarifaires, concluaient à un impact direct de l'accord en Europe de l'ordre d'environ 2,5 Mds € de PIB à moyen terme. Si il est difficile de donner un chiffre précis de l'impact macroéconomique qu'aura cet accord sur nos économies, toutes les évaluations réalisées à ce jour concluent à un impact positif sur l'activité en France. Une fois l'accord mis en œuvre, ce sont 97% de nos exportations qui seront ainsi libérées de tout obstacle tarifaire, contre 64% aujourd'hui. Plusieurs secteurs devraient particulièrement bénéficier du démantèlement tarifaire : l'industrie pharmaceutique, les vins et spiritueux, les produits agricoles transformés, les cosmétiques ou encore le textile et l'habillement. Toutefois, il est important de souligner que ces évaluations sont antérieures (parfois de plus de 5 ans) à la conclusion des négociations, et qu'elles se fondent sur des hypothèses très discutables dans le contexte actuel (plein emploi en Europe et affectation systématique de l'épargne en investissement productif). La prudence est donc de mise quant aux résultats qu'elles indiquent.

Au-delà de l'impact macro-économique, ce sont surtout des améliorations concrètes pour les entreprises qui sont attendues et pour les consommateurs une baisse des prix dans certains secteurs et l'accès à de nouveaux produits. Le Canada va s'engager à ouvrir beaucoup plus largement ses marchés publics fédéraux et provinciaux ainsi que ceux des municipalités et du secteur hospitalier. La part des marchés publics canadiens ouverte aux opérateurs européens va passer de moins de 10% à plus de 30%. A titre d'exemple, les appels d'offres du secteur hospitalier (« MASH sector ») seront désormais ouverts aux fournisseurs européens. En matière de propriété intellectuelle, 42 indications géographiques françaises seront à l'avenir mieux protégées au Canada. Les laboratoires pharmaceutiques européens verront leurs médicaments innovants protégés deux années de plus sur le marché canadien. Enfin, de nombreuses procédures réglementaires seront simplifiées, telles que les processus de dédouanement des marchandises, ce qui sera favorable au développement des PME à l'export. En effet, sur les plus de 10 000 entreprises françaises qui exportent aujourd'hui vers le Canada, plus de 75% sont des PME.

Les conséquences en ce qui concerne l'énergie et, plus généralement les impacts sur l'environnement

S'agissant de l'énergie, l'impact était estimé faible, l'augmentation des exportations de pétrole étant considérée comme non attribuable à l'Accord. En effet, en 2014, 92 % des importations françaises de produits pétroliers en provenance du Canada (en valeur, hors gaz et houille) étaient déjà libres de droits de douane. Parmi ces importations, celles de pétrole brut canadien, provenant en grande partie de sources fossiles non conventionnelles, étaient aussi libres de droits, et ce avant même la signature de l'accord. Le restant des importations était alors soumis à des droits s'échelonnant de 1,7% à 3,7 % (Source : Référentiel Intégré du Tarif Automatisé). De ce point de vue là, l'impact propre au CETA (qui fera tomber ces droits de douane) s'avère donc extrêmement limité.

En ce qui concerne plus généralement l'impact environnemental du CETA, il est indéniable qu'en libéralisant le commerce, le CETA engendrera une augmentation des flux commerciaux entre l'Union européenne et le Canada : en dissociant lieux de production et lieux de consommation, le commerce international contribue significativement aux émissions mondiales de gaz à effet de serre, notamment à l'occasion du transport des marchandises.

L'impact le plus direct du commerce sur le climat provient en effet du transport international de marchandises. Il est clairement défavorable: plus de commerce entraîne plus d'émissions de CO₂. L'impact indirect est lui ambigu. Il dépend de la combinaison d'un effet d'échelle, d'un effet de composition et d'un effet technique. *L'effet d'échelle* fait référence au fait que le commerce tend à accroître globalement l'activité économique et, par voie de conséquence, le volume mondial des émissions de GES. *L'effet de composition* est le résultat, pour chaque pays, de la spécialisation selon ses avantages comparatifs. *L'effet technique*, enfin, provient de l'accès plus facile à des biens ou des technologies plus « propres » permis par l'ouverture commerciale. L'élévation du niveau de vie permise par la croissance a pour conséquence une plus forte sensibilisation des agents aux questions environnementales, et un durcissement, endogène, des politiques environnementales, ce qui contribue à faire diminuer les émissions par habitant. Selon les pays et les secteurs de production, les émissions indirectes peuvent finalement augmenter ou diminuer. Globalement, l'impact sera d'autant plus défavorable que l'effet d'échelle est très puissant, c'est-à-dire si l'ouverture commerciale a un fort impact positif sur la croissance, et si le transport international induit par l'ouverture commerciale est fortement émetteur.

Dans l'évaluation d'incidences du CETA, l'impact sur l'environnement apparaissait ainsi « défavorable » en ce sens où les émissions augmentaient. Mais cela résultait principalement de l'augmentation de la production et des échanges (d'où une augmentation des transports maritimes, notamment). Cette situation justifie-t-elle de renoncer au libre-échange ? Ceci est précisément la question qu'analyse le rapport² au CAE « Commerce et climat : pour une réconciliation ».

Celui-ci souligne que stopper le développement du commerce international serait un moyen particulièrement inefficace de réduire les émissions de gaz à effets de serre. Plus généralement, l'argument selon lequel il faudrait limiter le commerce international pour réduire les émissions va à l'encontre du principe économique selon lequel il faut utiliser les instruments agissant le plus directement sur les objectifs que l'on veut atteindre. En effet, ce n'est pas le libre-échange qui détruit le climat, mais le fait que celui-ci se développe en l'absence d'une tarification du carbone d'application suffisamment générale et au niveau approprié. Pour obtenir les bénéfices attendus de la libéralisation du commerce sans porter préjudice à l'environnement, une tarification du carbone est nécessaire, s'appliquant notamment aux transports internationaux.

Si l'on applique cela au CETA, ceci suggère : qu'y renoncer au motif des émissions induites de CO₂ serait associé à un coût de la tonne de carbone évitée très élevé ; et que les dispositifs correcteurs ou compensateurs à mettre en place pour éviter ces émissions induites relèvent plutôt des régulations environnementales.

² Bureau D., Fontagné L., Schubert K., 2017, « Commerce et climat, pour une réconciliation », note du CAE n°37.

S'agissant cependant d'un accord commercial se réclamant d'un nouveau type, liant des parties partageant les mêmes valeurs, visant non seulement à réduire les barrières tarifaires mais aussi les barrières non tarifaires au commerce, en respectant les enjeux de développement durable, il eût été heureux que les mesures correspondantes soient étudiées et négociées en parallèle, notamment pour les émissions les plus directement liées aux échanges.

Il faut recommander que ceci soit fait pour les accords similaires en cours de négociation, ou à venir. Dans le cas du CETA, il n'est sans doute jamais trop tard pour enclencher un processus de coopération Europe-Canada pour rechercher les mesures d'accompagnement du CETA à envisager pour que celui-ci soit bénéfique sur le plan économique, et environnemental. A cet égard, la question des émissions des transports maritimes est incontournable.

L'Europe et le Canada –ou ses provinces- peuvent aussi coopérer dans le domaine des marchés carbone³. Dans le même esprit, pourraient être identifiées au niveau européen les mesures (ex. FEAM) à mettre en place pour accompagner la transition des secteurs qui seront soumis à une concurrence accrue du fait du CETA. Dans un contexte où le processus de mondialisation fait l'objet de craintes, le soin apporté au traitement de ces questions semble la condition de succès pour tout nouvel accord.

2-La hiérarchie des normes et l'ambition environnementale

Vue d'ensemble

L'Union européenne et le Canada possèdent chacun un grand nombre de normes et de réglementations. Les divergences existant entre celles-ci peuvent imposer des coûts supplémentaires aux fabricants et, finalement au consommateur. L'objectif poursuivi avec cet accord est de favoriser les mesures de coopération permettant aux entreprises d'éviter de dupliquer des démarches, ce qui est particulièrement important pour les PME. L'accord prévoit ainsi une coopération des parties dans les domaines automobile, des produits pharmaceutiques, et de reconnaissance des évaluations de conformité, par exemple en matière d'équipements électriques et de travaux de construction.

Le diagnostic sous-jacent est que, dans bien des domaines, alors que les systèmes européen et canadien assurent des degrés de sécurité équivalents, nos exportateurs doivent faire reconnaître leurs produits au moyen d'une procédure longue et coûteuse. La mise en œuvre du principe d'équivalence permettra aux entreprises européennes et françaises qui veulent exporter au Canada d'avoir des démarches administratives simplifiées, grâce à des certifications sanitaires et phytosanitaires facilitées.

Cependant, le préambule de l'Accord reconnaît le droit à réguler de chaque partie dans son territoire pour poursuivre ses objectifs de politique publique dans des domaines comme la santé publique, la sécurité, l'environnement... L'accord souligne notamment le droit de chaque partie à réguler dans le domaine environnemental dans le respect de ses engagements internationaux et en s'efforçant de viser un haut niveau de protection environnementale.

³ Cf. « Couplages de marchés carbone, enjeux et perspectives », Synthèse du CEDD n°23, 2015.

A cet égard, les chapitres relatifs au commerce et au développement durable, et au commerce et à l'environnement (chapitres 22 et 24) précisent que les lois et pratiques des parties doivent être conformes aux engagements pris par chacune des parties en matière d'accords environnementaux multilatéraux (AME). En outre, les parties ne devront pas affaiblir ou transgresser leurs lois environnementales pour développer leur commerce ou attirer des investissements. L'accord garantit aussi à chaque partie le maintien d'un niveau élevé de protection sanitaire et phytosanitaire, et par là même de protection du consommateur, correspondant aux exigences de chaque partie. Outre le droit à réguler et le principe de non-régression, les chapitres 22 et 24 comportent une suite de dispositions peu contraignantes d'encouragement, de promotion, de soutien et de coopération sur le développement durable, la gestion durable des forêts et la mise en œuvre de la CITES (convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore menacées d'extinction), la gestion durable des pêcheries et de l'aquaculture, etc. Ces dispositions ne semblent ni menacer les régimes existants, ni constituer de réelle avancée sur le plan environnemental. Cette impression est renforcée par le fait que les chapitres relatifs à l'environnement et au développement durable ne sont pas soumis au mécanisme de règlement des différends général de l'accord, contrairement aux chapitres relatifs aux dispositions commerciales. Un dispositif spécifique est prévu, mais ce dernier ne prévoit pas de sanctions et il repose uniquement sur la bonne volonté des parties et la transparence vis-à-vis du public. Les ONG pointent aussi que cet Accord a été négocié alors que le Canada sortait unilatéralement du protocole de Kyoto et développait son offre pétrolière issue des schistes bitumineux.

L'accord encourage les bonnes pratiques telles que l'étiquetage environnemental, le commerce équitable, la responsabilité sociale et environnementale des entreprises, etc. Il crée en outre un comité du commerce et du développement durable qui supervisera la mise en œuvre de l'accord dans ce domaine et présentera un rapport annuel sur la mise en œuvre des règles sociales et environnementales de l'accord au forum de la société civile, instance également créée pour conduire le dialogue sur les aspects liés au développement durable.

Les chapitres 22 et 24 rappellent les grandes conventions environnementales et sociales signées par les deux Parties (à l'exception de l'Accord de Paris postérieur à sa négociation) et la nécessité de les mettre en œuvre ; d'autre part, ils reconnaissent leur droit « à réguler » et le principe de non régression des niveaux de protection environnementale. Ainsi, les produits canadiens ne pourront être importés que s'ils respectent nos réglementations sanitaires ou environnementales. La déclaration interprétative jointe à la signature de l'Accord⁴, a confirmé ces principes.

En termes de gouvernance, un comité commerce et développement durable sera constitué, en charge du suivi de la mise en œuvre des deux chapitres (environnement et travail) de l'accord. Il associera des représentants de chacune des parties et supervisera la mise en œuvre de l'accord dans ce domaine. Ce comité est chargé d'apporter des solutions en cas de différends entre les parties dans le domaine des normes sociales et environnementales et de promouvoir la transparence et la participation de la société civile au suivi du chapitre. Il devra nommer les 9 experts qui seront consultés en cas de différend. Il doit présenter un rapport annuel sur la mise en œuvre des dispositions sociales et environnementales de l'accord et notamment au forum de la société civile, instance annuelle également créée pour conduire le dialogue sur les aspects liés au développement durable de l'accord, avec les comités consultatifs prévus dans chacun des chapitres.

⁴ Qui se réfère à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités.

Chacun des chapitres prévoit la désignation d'un point de contact pour les comités de suivi mais également des mécanismes de consultations en cas de différends. Les deux chapitres prévoient la constitution d'un groupe consultatif qui pourra être associé lors du forum de la société civile et sera chargé de suivre la mise en œuvre du chapitre pour la société civile.

La coopération réglementaire

Au delà de s'attacher à l'élimination des dernières barrières douanières en vigueur entre le Canada et l'Union européenne, l'AECG (CETA) vise ainsi le démantèlement des barrières non-tarifaires via l'équivalence (reconnaissance de compatibilité de standards entre les deux Parties) et la promotion de la convergence réglementaire. Ce dernier terme désigne l'harmonisation d'un ensemble de règles et de normes, existantes et futures, inscrites dans les législations des deux Parties dont la superposition constitue des obstacles au commerce et à l'investissement entre les deux puissances négociatrices. L'AECG ne modifie pas directement les normes en vigueur au sein de l'Union européenne et du Canada mais il délimite le cadre et les objectifs régissant cette coopération.

La coopération réglementaire, vecteur de promotion de la convergence, est détaillée dans le chapitre 21, l'article 21.1 explicitant clairement son champ d'application. Celui-ci est très large puisqu'il couvre les obstacles techniques au commerce (OTC), les mesures sanitaires et phytosanitaires, le commerce des services, le commerce et le développement-durable, le travail et l'environnement. La coopération réglementaire doit donc s'opérer au niveau des règles commerciales, des normes sanitaires, sociales et environnementales.

Objectifs

L'article 21.3 détaille les objectifs de la coopération réglementaire. Si le premier point (21.3-a) s'avère rassurant⁵ sur le plan environnemental, il n'est accompagné d'aucune disposition concrète permettant son atteinte. En effet, en l'absence de dispositions stipulant que la convergence doit se faire sur la base du mieux-disant environnemental, il semble difficile de garantir que la convergence des normes européennes et canadiennes ne se fasse pas au **détriment de la protection de l'environnement**. L'objectif premier recherché par la coopération réglementaire est évoqué dans les points c) et d): "*faciliter le commerce et l'investissement bilatéraux*" et "*contribuer à l'amélioration de la compétitivité et de l'efficacité de l'industrie*" via des modalités clairement établies⁶.

⁵ "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".

⁶ Pour le point

c) : en mettant à profit les arrangements de coopération existants, en réduisant les différences inutiles entre les réglementations et en identifiant de nouveaux modes de coopération dans des domaines particuliers.

Pour le point

d) : en réduisant les coûts administratifs dans la mesure du possible, en réduisant les exigences réglementaires redondantes et les coûts de mise en conformité qu'elles engendrent, en visant la compatibilité des approches réglementaires [si cela est possible] par la mise en œuvre d'approches réglementaires neutres sur le plan technologique et la reconnaissance de l'équivalence ou la promotion de la convergence.

Instrument

L'article 21.6 prévoit la création d'un forum de coopération en matière de réglementation (FCR) se réunissant au moins une fois par an, "*en vue de faciliter et de promouvoir la coopération en matière de réglementation entre les Parties*". Cette instance de dialogue vise à discuter de la négociation de ces normes, dans le but de les rendre compatibles entre les deux Parties, c'est à dire de rapprocher les législations existantes et futures. **Son fonctionnement demeure encore obscur puisque "son mandat, ses procédures et son plan de travail" ne seront définis qu'à l'issue de la première réunion qui fera suite à l'entrée en vigueur de l'accord.** Il sera donc possible pour les Parties d'élargir le champ de cette coopération d'une façon qui n'est pas précisée. L'accord prévoit également la possibilité d'échanges de fonctionnaires, et de consulter les parties prenantes pour mettre en œuvre cette coopération (21.8). Peu figé, l'un des buts du FCR est justement d'identifier les domaines "pouvant donner lieu à coopération".

Caractère volontaire de la coopération

L'article 21.2.6 stipule que la coopération peut se faire "sur une base volontaire" et qu'une Partie peut refuser ou cesser de coopérer, ce qui semble conforter le droit à réguler des États. **Cependant, il est clairement exprimé que la Partie qui refuse la coopération "devrait être prête à expliquer les motifs de sa décision à l'autre", sans qu'il soit possible d'interpréter clairement si la motivation du refus est obligatoire ou non.** Cette éventuelle obligation de motivation de refus pourrait constituer un frein à la volonté d'établir de nouvelles réglementations pour les États.

Composition et équilibre

Le FCR sera coprésidé par un membre du gouvernement canadien ayant rang de sous-ministre⁷ et par un directeur général de la Commission européenne (21.6.4). Le forum "est composé des fonctionnaires concernés de chaque Partie", sans donner de plus amples précisions. Le forum de coopération réglementaire ne prévoit pas d'association ni d'articulation avec les parlements nationaux, ce qui pose la question du contrôle démocratique. **En outre, l'AECG ne définit aucune obligation d'impartialité et ne fixe aucune règle de représentation au sein du forum, laissant toute latitude aux États de convier les parties prenantes de leur choix. Il est donc à craindre, au vu des objectifs commerciaux affichés et en l'absence de règles, une surreprésentation des groupes d'intérêts des entreprises ou des entreprises elles-mêmes au sein du FCR⁸.**

Opportunités et risques

Le volet coopération réglementaire de l'accord présente donc les caractéristiques suivantes :

- ce chapitre (qui figure systématiquement dans tous les accords commerciaux de nouvelle génération négociés par l'UE) vise à engager les Parties à réduire les écarts réglementaires et à unifier leurs approches techniques relatives aux processus de certification ou d'homologation des produits ;

⁷ Ou équivalent ou représentant désigné.

⁸ Rapport de la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, Avis sur les accords internationaux de commerce et d'investissement, 2016.

- un dialogue réglementaire volontaire est mis en place via un Forum de coopération en matière de réglementation fondé sur l'information mutuelle afin de promouvoir des réglementations plus efficaces et le cas échéant envisager des approches techniques nouvelles, en prenant mieux en compte l'impact des réglementations sur le commerce ;
- cette coopération concerne globalement les réglementations techniques et les procédures d'évaluation de la conformité susceptibles d'affecter le commerce de marchandises entre les Parties prises par les autorités de réglementation des Parties mais aussi les mesures réglementaires dans les domaines sanitaire/phytosanitaire, du commerce services ainsi que des normes sociales et environnementales
- une coopération est mise en place spécifiquement dans le domaine automobile où les Parties s'engagent à établir un dialogue mutuel et le Canada s'engage à reprendre les normes UNECE en se concertant avec l'UE dans le cadre de ce processus d'alignement ;
- un protocole sur la reconnaissance mutuelle relatif aux bonnes pratiques de fabrication pour les produits pharmaceutiques engage les Parties à accepter et à reconnaître l'équivalence d'une certification de respect des bonnes pratiques de fabrication délivré par l'autre Partie. Le champ des produits concernés couvre les équipements médicaux et les médicaments.

Les ONG contestent fortement ces dispositions visant à une coopération réglementaire renforcée, même si la Commission affirme que le Forum pour la coopération réglementaire sera une instance de coopération volontaire, sans capacité d'empiéter sur les compétences des autorités de réglementation. En effet, la Commission insiste sur le fait que ce Forum fonctionnera comme un mécanisme de coopération volontaire, pour permettre aux autorités de réglementation d'échanger expériences et informations utiles, de définir les domaines de coopération possibles, sans habilitation pour modifier les réglementations existantes ou à élaborer de nouvelles dispositions législatives, ni pouvoir de décision.

A cet égard, il convient de souligner les enjeux, mais aussi les écueils, que peut receler le Forum de coopération réglementaire vis-à-vis l'environnement.

D'un côté, il est établi que, selon leurs modalités⁹, les politiques environnementales peuvent être plus ou moins favorables au développement économique. En effet, tout n'est pas qu'arbitrage entre niveau d'exigence des normes et développement. Souvent le diable se niche dans les détails de la qualité de la réglementation, la qualité économique des régulations environnementales étant déterminante au regard notamment de son impact sur les processus d'innovation. En effet, l'innovation est le seul moyen pour nous de continuer de prospérer malgré les contraintes environnementales. Mais pour devenir une économie de l'innovation verte, nous devons remettre à plat nos institutions et nos pratiques économiques. Dans cette perspective, les réglementations doivent être conçues de manière à ne pas créer de barrière à l'émergence des nouvelles technologies « propres » et à leur déploiement. Ceci impose notamment de ne pas maintenir d'avantages indus aux entreprises en place, par rapport aux entrantes potentielles.

⁹ Cf. rapport « Comment concilier développement économique et environnement ? », CEDD, 2016.

De plus, si productivité globale et politiques environnementales ambitieuses peuvent aller de pair, cela ne se fait pas spontanément.

Il faut pour cela des politiques publiques bien conçues : privilégiant l'incitation et la tarification des nuisances sur la norme rigide ; s'attachant à réduire « l'incertitude réglementaire », génératrice de primes de risque élevées pour les investisseurs. A ce titre, le principe de la coopération réglementaire ne peut être rejeté.

Mais, de l'autre côté, il ne faut pas négliger : le risque que le souci de réduire la « charge » pour les entreprises ou les consommateurs conduise à n'analyser les cadres réglementaires que par rapport à leur impact sur les échanges, en ignorant leurs motivations fondamentales, par rapport à l'environnement et la santé ; ni les possibilités de capture de ces processus par des intérêts particuliers. A cet égard, la communauté de valeurs que nous pouvons partager avec les canadiens n'empêche pas des conflits au regard de l'article XX du Gatt, comme ce fût le cas pour l'amiante¹⁰. Après le *Dieseltgate*, la naïveté n'est plus permise sur la congruence spontanée entre les intérêts de certains acteurs et l'intérêt général, ni sur l'influence que peuvent avoir certains acteurs sur les réglementations. Par ailleurs, on ne peut pas transposer directement au CETA l'expérience interne du marché unique : certes, l'essor de celui-ci a été permis par un démantèlement systématique des dispositifs « disproportionnés » ; mais dans un contexte où, simultanément, l'Union était capable de produire une réglementation environnementale de haut niveau, qui constitue la base de celle des Etats. Cette balance ne se transpose pas au CETA.

Il importe donc que ce Forum fonctionne de manière transparente, décloisonnée et rende des comptes pour que le public puisse avoir confiance en son action. En tout état de cause, l'appréciation sur le caractère équivalent de différentes modalités au regard des impacts environnementaux ne peut appartenir qu'aux autorités compétentes en matière d'environnement. Or, les modalités du Forum inscrites dans l'accord ne permettent pas aujourd'hui de garantir un tel fonctionnement.

En résumé, l'amélioration de la compatibilité de certains procédés inutilement différents entre les deux Parties est un objectif légitime qui mérite d'être poursuivi. En outre le FCR constitue l'opportunité d'être informé d'éventuelles procédures réglementaires canadiennes susceptibles de porter atteinte aux objectifs environnementaux et offrirait donc la capacité de peser dans le processus décisionnel pour aller à l'encontre de ce règlement. Néanmoins, au vu du manque d'information sur ses modalités de mise en œuvre et en l'absence de lien avec tout procédé ou toute instance démocratique, le fonctionnement du FCR présente **un risque avéré d'ingérence des intérêts privés (industrie canadienne ou européenne) dans les processus réglementaires des Parties, qu'il convient de prendre en compte**. Par ailleurs, l'allongement et la complexification des procédures d'élaboration des lois et des réglementations découlant de son fonctionnement **pourraient constituer une contrainte supplémentaire à la capacité de légiférer des États**.

3- Le mécanisme de protection des investissements

Le mécanisme de règlement des différends investisseur-État garantit aux investisseurs la possibilité de demander la réparation d'un préjudice causé par l'État d'accueil si celui-ci enfreint les engagements qu'il a pris dans l'Accord.

¹⁰ Ni des divergences de priorités, cf. débats sur REACH.

Il a pour objectif de garantir un environnement stable et prévisible aux investisseurs, à protéger les investisseurs étrangers de mesures discriminatoires ou de traitements inéquitables de la part des pouvoirs publics, en particulier dans les secteurs qui impliquent des apports importants de capitaux et qui lient les investisseurs à l'État d'accueil sur de longues durées.

Historique des mécanismes RDIE

Les mécanismes de règlement des différends investisseur-État (RDIE) sont couramment utilisés dans la majorité des accords de protection de l'investissement (API) passés par la France et les autres États membres de l'Union européenne. Ces accords bilatéraux remontent aux années 1960 et sont peu à peu remplacés par des accords européens, depuis que l'Union a hérité de la compétence investissement en 2009. La France est liée par 97 traités bilatéraux relatifs à la promotion et à la protection des investissements qui sont actuellement en vigueur, quatre étant soumis à une procédure d'approbation en voie de finalisation. Les mécanismes RDIE constituent un élément dissuasif qui visait à l'origine à prévenir les entreprises occidentales d'éventuelles expropriations arbitraires dans certains pays en développement. Ils réduisaient alors les risques économiques et politiques susceptibles d'entraver la mise en place des projets des opérateurs en leur assurant un environnement juridique stable. Ainsi, dans l'historique des cas, la France (dans ce cas précis ses entreprises) est quasi-systématiquement partie plaignante (dans 40 cas contre 1 cas seulement où elle est partie défenderesse¹¹), ce qui la place au 6^e rang mondial des pays (sur un total de 133 mesures) dont les entreprises mobilisent le plus les mécanismes RDIE juste derrière le Canada et l'Allemagne. Le trio de tête est composé des États-Unis, des Pays-Bas et du Royaume-Uni.

Utilisation

Les EM sont ainsi signataires de 1400 accords contenant de telles dispositions. Au premier janvier 2016, la CNUCED (Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement) recensait 696 cas de plaintes auxquelles avaient dû faire face 107 pays différents depuis 1987 (pas de données antérieures), chiffre en perpétuelle augmentation ces dernières années. La plupart des litiges portés devant les RDIE concernent aujourd'hui deux traités : le traité sur la charte de l'Énergie et l'ALENA. Deux instances hébergent à elles-seules la quasi-totalité des arbitrages : le CIRDI (Centre International de règlement des différends sur l'investissement), organe de la banque mondiale, gère la plupart des cas, et la CNUDCI (Commission des Nations unies pour le droit commercial international) une grande partie du reste.

Précédents environnementaux

Plusieurs affaires pendantes de grande ampleur impliquent directement la politique environnementale ou sanitaire de certains États. L'énergéticien suédois Vattenfall exige au titre du traité de la Charte de l'Énergie 4,7 milliards d'euros de compensation à l'Allemagne, dont la décision de sortie du nucléaire a provoqué l'arrêt de deux centrales nucléaires. Similairement, le rejet du projet de pipeline "Keystone XL"¹² par l'administration Obama invoquant l'argument climatique, a provoqué la saisine du RDIE de l'ALENA par son constructeur canadien : TransCanada. Ce dernier requiert une indemnisation de 15 milliards USD de la part de l'État américain.

¹¹ Base de données RDIE de la CNUCED : <http://unctad.org/en/Pages/DIAE/ISDS.aspx>

¹² Chargé d'acheminer les pétroles bruts lourds issus des sables bitumineux canadiens vers le Golfe du Mexique.

Nouvelle approche ICS

Le dispositif initialement envisagé dans le CETA suscitait de très fortes oppositions, le recours à des tribunaux privés pour contester des décisions publiques étant susceptible de restreindre la capacité à réguler l'environnement. La crainte était que, par ce biais, des entreprises attaquent des législations allant à l'encontre de leurs intérêts, tirant tendanciellement vers le bas les normes sanitaires, du travail, environnementales. A cet égard, le « SIA » de 2011 considérait que les bénéfices d'un tel mécanisme n'étaient pas documentés.

De son côté, la Commission mettait en avant : que les investisseurs n'ont pas toujours les possibilités de recours adaptées dans les systèmes existants ; que de tels accords existent et n'empêchent pas d'adopter de nouvelles lois, conduisant seulement au paiement d'indemnités en cas de confiscation de droit. Cependant, le dispositif finalement retenu organise plus justement la procédure : les membres du tribunal relèvent du contrôle des pouvoirs publics et ne pourront interpréter librement l'Accord, les entreprises devant par ailleurs démontrer de manière spécifique les dispositions de l'Accord enfreintes.

En effet, au cours de l'examen juridique de l'AECG, en février 2016, le mécanisme de RDIE prévoyant la saisine de tribunaux d'arbitrage a néanmoins été modifié, sous la pression de plusieurs États membres (dont la France et l'Allemagne, cf. annexe 1) et de l'opinion publique.

Principes de fonctionnement

Le RDIE initial faisait appel à un panel composé de trois arbitres privés, désignés arbitrairement, jouant parfois alternativement le rôle d'arbitre et d'avocat et payés par les parties au conflit. Les modalités de ces tribunaux ont suscité de vives critiques portant sur le risque avéré de conflits d'intérêts, la transparence des jugements, et les procédures longues et coûteuses. A la place, (Article 8.27) un système plus stable et plus transparent baptisé ICS (pour *Investment Court System*) lui a été préféré. Ce système, initialement proposé par la France fait appel à une cour permanente composée de **quinze juges nommés par les autorités canadiennes et européennes pour des mandats de 5 ou 10 ans**. Les affaires leur seront assignées **aléatoirement** selon un **principe de rotation**, et ils seront payés directement par une caisse commune alimentée par Ottawa et Bruxelles afin de limiter les risques de conflits d'intérêts. L'ICS vise des procédures de règlement:

- encadrées en définissant le "traitement juste équitable" en droit d'être exigé par les investisseurs¹³ et "l'attente légitime des investisseurs";
- plus transparentes notamment grâce à la publicité des débats et des documents relatifs aux litiges;

¹³ Le traitement juste et équitable est dorénavant défini (article 8.10) par l'interdiction du déni de justice, des conduites manifestement arbitraires ou oppressives et des discriminations fondées sur des motifs ostensiblement illicites tels que le sexe, les origines ou les convictions religieuses et du traitement abusif des investisseurs, tel que la coercition, la contrainte et le harcèlement.

- plus efficaces via l'introduction de dispositions visant à réduire le coût des procédures (temps de sélection des arbitres), l'introduction d'un mécanisme d'appel et d'annulation des décisions, et la possibilité pour l'État attaqué de regrouper sous le même jugement des plaintes similaires d'investisseurs différents.

Sensibilités

Le mécanisme de RDIE pose un problème de gouvernance démocratique limitée en général et donc dans le cadre de l'AECG. Son fonctionnement peut présenter le risque de contraindre la capacité des États à adopter de nouvelles législations environnementales et donc de remettre en cause certaines décisions démocratiques. Asymétrique par construction, il ne peut être saisi que par les investisseurs étrangers, introduisant de fait un privilège par rapport aux entreprises domestiques, injustifié lorsque les juridictions nationales assurent déjà un degré de protection efficace (ce qui est le cas d'ans l'Union européenne et au Canada). Les articles 8.22-f et 8.22-g interdisent aux investisseurs d'engager des poursuites simultanément dans les juridictions domestiques et dans l'ICS, mais rien n'oblige à épuiser les recours devant les juridictions internes avant de faire appel au RDIE : l'ICS est un tribunal de première instance. Ces arguments sont notamment repris par les ONG.

Le système de cour d'investissement est un nouveau mécanisme. S'il semble plus rassurant à certains égards, il est difficile de juger de son efficacité avant son entrée en vigueur. En outre, **les modalités du mécanisme d'appel de l'AECG demeureront inconnues jusqu'à l'entrée en vigueur de l'accord.** A cet égard, l'une des questions concerne le risque d'incompatibilité entre ce mécanisme avec les principes du CIRDI, organe hébergeant l'ICS¹⁴.

Malgré l'adoption de l'ICS, rien ne permet de garantir dans le traité que les futures dispositions environnementales nécessaires à l'atteinte des objectifs de la France en matière de transition énergétique et de développement durable **ne seront pas attaquées devant cette de juridiction. Il est également impossible de se prononcer sur la possibilité d'une éventuelle condamnation de la France au titre de sa protection environnementale.**

Eléments d'appréciation

Les modifications apportées au texte de l'AECG/CETA fin 2015/début2016 ont permis d'aligner le chapitre relatif à la protection des investissements sur le nouveau modèle européen, que la France a largement contribué à façonner grâce aux propositions de réformes qu'elle a formulées dès le mois de juin 2015. Le CETA sera ainsi le tout premier accord conclu par l'Union européenne sur la base de son nouveau modèle, auquel le Vietnam a également adhéré.

¹⁴ 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. 131.

Il peut être souligné par ailleurs, que :

- les derniers ajustements effectués dans le cadre du toilettage juridique de l'accord ont permis d'aligner le chapitre relatif à la protection des investissements et au règlement des différends investisseur-Etat sur le nouveau modèle défendu par l'Union européenne qui assure une meilleure protection du droit à réguler des Etats et qui instaure un mécanisme juridictionnel de règlement des litiges, l'« Investment Court System » ;
- l'UE défend aujourd'hui ce nouveau système dans l'ensemble de ses négociations commerciales, de manière à remplacer les mécanismes actuels fondés sur l'arbitrage privé par une véritable cour, dotée d'un mécanisme d'appel, où siègeront des juges permanents désignés par les parties à l'accord qui seront soumis à des règles éthiques strictes visant à éviter tout conflit d'intérêts ;
- par ailleurs, l'accord inclut un engagement de principe de l'UE et du Canada à initier des démarches en vue de la création d'une cour multilatérale permanente pour le règlement des différends investisseur-Etat.

En d'autres termes, le CETA consacre désormais le nouveau modèle défendu par l'Union européenne dans ses négociations commerciales. En réponse au débat public suscité par le lancement des négociations transatlantiques, l'UE s'est dotée d'un nouveau modèle en matière de protection des investissements et de règlement des litiges investisseur-Etat, que la France a largement contribué à façonner. Le texte soumis à l'approbation des Etats membres reprend les principaux paramètres de ce nouveau modèle :

- le droit à réguler des Etats est explicitement réaffirmé grâce à l'insertion d'une clause spécifique applicable à l'ensemble des dispositions relatives à la protection des investissements de l'accord. Il s'agit d'une règle d'interprétation contraignante qui rappelle que les Etats ont le pouvoir d'adopter les mesures législatives ou réglementaires nécessaires à la poursuite d'objectifs légitimes liés à l'intérêt général, tels que la protection de la santé, de l'environnement, des consommateurs ou de la diversité culturelle et linguistique ;
- le mécanisme de règlement des litiges est de nature juridictionnelle. Ces litiges ne seront dorénavant plus réglés par des arbitres choisis librement par les parties en litige, mais par des juges permanents préalablement désignés par l'Union européenne et le Canada, sur la base de critères de sélection similaires à ceux qui prévalent au sein de la Cour internationale de justice ou de l'Organe de règlement des différends (ORD) de l'Organisation mondiale du commerce. Pour garantir leur indépendance, ces juges seront rémunérés et devront, pendant toute la durée de leur mandat, se conformer à des règles éthiques strictes, qui leur interdiront notamment d'exercer en parallèle des fonctions de conseil pour le compte d'Etats ou d'investisseurs dans le cadre de procédure d'arbitrage. L'AECG/CETA instaure en outre un double degré de juridiction : les plaintes des investisseurs seront instruites par un tribunal dont les décisions seront contrôlées par une cour d'appel (dont les modalités de fonctionnement seront détaillées ultérieurement par un comité conjoint) qui veillera à la bonne interprétation de l'accord et contrôlera le bon déroulement des procédures.

Le Canada s'est en outre engagé à contribuer, aux côtés de l'Union européenne, à l'établissement d'une véritable cour multilatérale permanente pour le règlement des différends investisseur-Etat, qu'appelle également de ses vœux la France.

- le texte final de l'AECG/CETA reprend en outre les nombreuses innovations que proposait l'UE avant même qu'elle se dote d'un nouveau modèle : les clauses relatives à la protection des investissements sont plus précises, l'accent est mis sur la transparence des procédures, la place des juridictions nationales est clarifiée et les Etats disposent de plusieurs outils pour se prémunir contre les plaintes multiples et abusives.

En résumé, il ne fait aucun doute que le dispositif final a sensiblement changé de nature par rapport à sa version initiale, et il est mis en avant qu'une plainte de type « Phillip Morris » ne pourrait prospérer dans ce cadre.

A cet égard, il est souligné que :

- (i) l'ICS comprend des clauses anti-abus qui auraient fait échec (comme ce fut du reste le cas dans l'affaire australienne) au stratagème échafaudé par Phillip Morris pour invoquer l'accord CETA (dans le cas australien API Hong-Kong/Australie (restructuration in extremis, alors que le différend était déjà né ou sur le point de naître, de ses investissements dans le bassin océanique avec transfert du portefeuille « Marques/DPI » à sa filiale hongkongaise : cas avéré de *treaty shopping*- ou le fait de rattacher une filiale du pays A à une entité du pays B, pour pouvoir attaquer le pays B via un traité d'investissement entre A et B.) ;

et

- (ii) à supposer qu'une telle plainte soit jugée sur le fond, la clause dédiée au droit à réguler dans l'ICS européen obligerait le plaignant à démontrer la violation d'une disposition substantielle de l'accord (traitement juste et équitable, expropriation, discrimination, etc.).

Cependant, dans la mesure où le basculement sur l'ICS s'est fait tardivement et sous la pression, cela lève difficilement les suspensions. A cet égard, il semble en effet que la mesure n'avait pas été prise alors que ces recours d'entreprises du tabac contre le paquet neutre en Australie ou de l'énergie contre la politique de sortie du nucléaire de l'Allemagne...ne sont pas des choses anecdotiques, si bien que des interrogations demeurent sur les garanties effectivement apportées par rapport au risque d'instrumentalisation du dispositif. Dans ces conditions, il convient de rester vigilant car il faudra être particulièrement strict dans la mise en œuvre pour écarter tout risque de ce type.

Une autre source de contestation provient du monde des entreprises, qui tendent à considérer que les investisseurs étrangers bénéficieraient ainsi d'un privilège de traitement.

Dans ce contexte, l'argumentation générale -tout-à-fait recevable et probablement fondée- sur l'intérêt de rationaliser le maquis des tribunaux internationaux de l'investissement et d'aller vers un tribunal international de l'investissement apparaît même comme un élément de brouillage.

En effet, ceci peut sembler un moyen de ne (toujours) pas répondre directement aux questions explicitement posées dès 2011 dans l'évaluation de durabilité du projet, qui recommandait d'exclure du projet le mécanisme alors envisagé d'ISDS et de privilégier le recours aux instances existantes, notamment nationales, pour le règlement de ce type de différend.

Un argument pour cela est que si les ISDS sont nécessaires quand le droit de la protection des investissements contre toute expropriation indirecte est incertain dans l'une des parties à un accord commercial, cette situation ne peut valoir pour des Etats de droit comme l'Europe et le Canada. Dès lors, le sujet résiduel serait seulement celui du contrôle du fonctionnement non discriminatoire des systèmes nationaux.

Dans cette perspective, la Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCDH, 2016) avait examiné différentes alternatives pour un recours privilégié aux juridictions nationales (et les problèmes posés, tels que l'applicabilité « directe » de l'accord en droit interne ou l'allongement des procédures, auxquels il faut ajouter la fragmentation des dispositifs pour les investisseurs étrangers). Ce rapport suggérait des pistes, sans toutefois dégager une solution dominante immédiatement opérationnelle.

A l'appui de la solution retenue, ses promoteurs mettent en avant l'intérêt de construire un cadre général pour la protection de l'investissement. Certes, ils reconnaissent que les accords de protection de l'investissement (API) ont été traditionnellement conclus entre des pays exportateurs de capitaux et des pays en développement dont les institutions administratives et judiciaires n'étaient pas nécessairement fiables. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les autorités françaises ont jugé, lors des débats sur l'adoption du mandat de négociation avec les Etats-Unis, que ce dispositif n'était pas nécessaire avec ce pays dans la mesure où l'absence d'un accord relatif à la protection des investissements entre la France et les Etats-Unis n'a pas empêché les flux d'investissements français aux Etats-Unis, et américains en France, d'atteindre des volumes conséquents. Pour autant, ils observent aussi qu'il n'est aujourd'hui pas rare que des accords sur la protection des investissements soient conclus entre des pays développés (e.g. l'ALENA), dont les institutions administratives ou judiciaires ne sont pas l'abri de défaillances. Dans cette perspective, ils soulignent que la négociation de règles sur la protection des investissements et le règlement des litiges avec des pays développés représente une opportunité pour l'UE de défendre et d'imposer ses propres standards en la matière.

Les arguments à prendre en compte ne sont donc pas univoques. Cependant, si, indépendamment de la réflexion générale sur les API, on convient que l'objectif du dispositif inscrit dans le CETA est uniquement d'assurer la neutralité de traitement des investisseurs étrangers et nationaux, sans aucune possibilité de contester les régulations nationales dès lors qu'elles sont appliquées sans discrimination, il importe sans doute de faire l'effort pédagogique pour en convaincre le public au-delà des spécialistes des affaires commerciales.

De plus, un tel effort se justifie, même si les garanties apportées au niveau du Traité sont jugées suffisantes maintenant, pour optimiser la mise en œuvre des instances prévues (notamment l'instance d'appel) et en assurer un fonctionnement satisfaisant notamment par rapport aux questions d'indépendance.

4- Modalités juridiques de la mise en œuvre de l'accord

Portée juridique de la Déclaration interprétative au regard du texte de l'accord

- **L'Instrument interprétatif commun a une portée juridique équivalente à celle du texte de l'Accord**

L'Instrument interprétatif commun concernant l'accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, transmis le 26 octobre 2016 par le Secrétariat général du Conseil au Comité des représentants permanents en vue de son approbation, a été établi conjointement par l'Union européenne et ses États membres, ainsi que le Canada, à l'occasion de la signature de l'accord.

Sur le fond, il rappelle, en premier lieu, les principes généraux ayant présidé à l'élaboration de l'AECG¹⁵.

En second lieu, il expose « *clairement et sans ambiguïté, au sens de l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités, ce sur quoi le Canada ainsi que l'Union européenne et ses États membres se sont entendus dans un certain nombre de dispositions de l'AECG qui ont fait l'objet de débats et de préoccupations au sein de l'opinion publique, et dont il donne une interprétation qui a été établie d'un commun accord* ».

En ce sens, il livre une définition commune formelle et contraignante des dispositions de l'accord sur certains points sensibles, notamment le droit de réglementer et la coopération en matière de réglementation, les services publics et la protection sociale, la protection des investissements, le commerce et le développement durable, le règlement des différends, les droits des travailleurs ou encore la protection de l'environnement, dont l'eau. Cet instrument a été établi conformément à l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités¹⁶ et accepté par toutes les parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.

¹⁵ Y figurent notamment les principes suivants : importance de la régulation par les pouvoirs publics, en particulier dans des domaines tels que la santé publique, les services sociaux, l'éducation publique, la sécurité, l'environnement, la moralité publique, la protection de la vie privée et la protection des données, ainsi que la promotion et la protection de la diversité culturelle ; non-régression s'agissant des normes et réglementations concernant l'innocuité alimentaire, la sécurité des produits, la protection des consommateurs, la santé, l'environnement ou la protection du travail.

¹⁶ Cet instrument fait ainsi partie du contexte dont il doit être tenu compte aux fins de l'interprétation des dispositions de l'accord, au sens de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des Traités :

1. *Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.*
2. *Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus :*
 - a) *Tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité.*
 - b) *Tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité ».*

Par ailleurs, l'article 30.1 de l'Accord prévoit explicitement que « *les protocoles, annexes, déclarations, déclarations communes, mémorandums d'accord et notes de bas de page du présent accord en font partie intégrante* ».

- **Sur le fond, cette déclaration commune vient utilement compléter l'Accord, sans le remettre en cause**

L'Instrument ne comporte pas de dispositions qui viendraient remettre en question le contenu de l'Accord. S'agissant de l'environnement (chapitres 22 « Commerce et développement durable » et 24 « Commerce et environnement »), il y est stipulé en particulier, au point 9b) :

« L'AECG reconnaît expressément au Canada ainsi qu'à l'Union européenne et à ses États membres le droit de définir leurs propres priorités environnementales, d'établir leurs propres niveaux de protection de l'environnement et d'adopter ou de modifier en conséquence leur législation et leurs politiques en la matière, tout en tenant compte de leurs obligations internationales, y compris celles prévues par des accords multilatéraux sur l'environnement.

Parallèlement, l'Union européenne et ses États membres ainsi que le Canada sont convenus, dans l'AECG, de ne pas baisser les niveaux de protection de l'environnement afin de stimuler le commerce ou l'investissement et, en cas de violations de cet engagement, les gouvernements peuvent remédier à ces violations, qu'elles aient ou non des effets défavorables sur un investissement ou sur les attentes de profit d'un investisseur ».

Garanties à disposition des parties pour accroître leurs protections sanitaires, sociales et environnementales

L'AECG reconnaît expressément le droit des parties de réglementer et d'établir leurs propres niveaux de protection.

En matière environnementale, l'article 24.3 prévoit :

« Les Parties reconnaissent le droit de chaque Partie de définir ses priorités environnementales, d'établir ses niveaux de protection de l'environnement ainsi que d'adopter ou de modifier en conséquence sa législation et ses politiques d'une manière conforme au présent accord et aux accords multilatéraux sur l'environnement auxquels elle est partie. Chaque Partie cherche à faire en sorte que cette législation et ces politiques assurent et encouragent des niveaux élevés de protection de l'environnement et elle s'efforce d'améliorer continuellement cette législation et ces politiques de même que les niveaux de protection sur lesquels elles reposent ».

Conséquences éventuelles d'un refus de la part du Parlement français de ratifier le CETA ou d'une dénonciation par la France de son application provisoire¹⁷

¹⁷ En vertu de l'article 30.4 paragraphe 3 du projet d'Accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada.

L'AECG a actuellement le caractère d'un accord mixte, devant être signé et ratifié tant par l'Union européenne que ses États-membres, ainsi que par le Canada. Conformément à la procédure de l'article 218 du TFUE, le Conseil a, par sa décision (UE) 2017/37 du 28 octobre 2016, autorisé la signature de l'AECG.

Dans la mesure où de nombreux États-membres ont exprimé leur position en faveur d'une compétence partagée pour négocier et signer l'AECG, celui-ci a cependant été proposé à la signature en tant qu'accord mixte, dans l'attente de l'avis de la CJUE dans la demande d'avis présentée par la Commission au titre de l'article 218 TFUE, sur la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres au sujet de l'accord de libre échange avec Singapour, comparable à l'AECG (affaire A-2/15).

L'article 30.7 de l'AECG relatif à l'entrée en vigueur et à l'application provisoire prévoit que (1.) « *Les Parties approuvent le présent accord selon leurs obligations et procédures internes respectives* ».

Si le caractère mixte de l'accord est reconnu, ceci signifie pour l'Union européenne que la ratification de l'Accord ne pourra être effective qu'après approbation du Parlement européen d'une part et de l'ensemble des Parlements nationaux et régionaux concernés (dont l'Assemblée nationale et le Sénat en France), ou par référendum, d'autre part.

- **L'application provisoire de l'Accord ne concernera que les dispositions relevant de la compétence exclusive de l'Union européenne**

L'article 30.7 de l'Accord prévoit que sous réserve du choix d'une autre date par les parties, il « *entre en vigueur le premier jour du deuxième mois suivant la date à laquelle les parties échangent des notifications écrites attestant qu'elles ont accompli leurs obligations et procédures internes respectives* ».

Cependant, il peut être appliqué à titre provisoire avant son entrée en vigueur, « *à compter du premier jour du mois suivant la date à laquelle les parties se sont notifiées réciproquement l'accomplissement de leurs obligations et procédures internes respectives nécessaires (...), ou à toute autre date convenue entre les parties* ».

La portée de l'application provisoire de l'AECG est confirmée par la Déclaration 15 du Conseil qui sera inscrite au procès-verbal du Conseil à l'occasion de la signature de l'Accord : « *Le Conseil de l'Union européenne confirme que seules les questions relevant de la compétence de l'Union européenne feront l'objet d'une application provisoire* ».

Tel est bien le sens de la disposition, au sein de la décision (UE) 2017/38 du Conseil du 28 octobre 2016 relative à l'application provisoire de l'accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, prévoyant que l'accord « *est appliqué à titre provisoire par l'Union conformément à son article 30.7, paragraphe 3, dans l'attente de l'achèvement des procédures nécessaires à sa conclusion, et sous réserve des points suivants* :

(...)

D - L'application provisoire des chapitres 22, 23 et 24 de l'accord respecte la répartition des compétences entre l'Union et les États membres ».

- **Aussi, à ce stade de l'analyse, l'Accord ne peut entrer en vigueur sans la ratification de toutes les parties (Union européenne et tous ses États membres, ainsi que le Canada) et en cas d'échec définitif de cette ratification, son application provisoire devra être dénoncée selon les procédures de l'Union européenne.**

L'entrée en vigueur de l'accord nécessite sa ratification par l'UE et tous ses États membres (cf. supra). Ceci implique que l'application provisoire de l'accord soit dénoncée par l'Union, comme le précise la déclaration 20 du Conseil : « *Si la ratification de l'AECG échoue de façon définitive (...), l'application provisoire devra être et sera dénoncée. Les dispositions nécessaires seront prises conformément aux procédures de l'Union européenne* ».

En la circonstance, trouverait à s'appliquer l'article 30.7, paragraphe 3, c), de l'Accord, prévoyant qu'une partie peut mettre fin à son application provisoire, sans que cette dénonciation ait valeur rétroactive.

ANNEXE 1 :
la réforme du mécanisme de protection des investisseurs
Comparaison ISDS/ICS

Cette annexe est issue d'une note de la DGTrésor

1 – Le nouveau modèle européen

Le lancement, en 2013, des négociations du Partenariat transatlantique pour le commerce et l'investissement (PTCI) a suscité un débat particulièrement vif en France, comme dans d'autres pays européens, sur les règles relatives à la protection des investissements et le règlement des différends investisseur-Etat. Face aux nombreuses critiques soulevées par ce dispositif tant au sein de la société civile qu'au niveau des gouvernements, la Commission européenne a décidé de suspendre les négociations de ce chapitre avec les Etats-Unis, le temps d'organiser une vaste consultation publique en 2014. Celle-ci a fortement mobilisé la société civile puisque plus de 150 000 contributions ont été recueillies dans le cadre de cet exercice, ce qui constitue à ce jour un record.

Les résultats de cette consultation publique, communiqués au début de l'année 2015, ont confirmé le fort scepticisme de la société civile à l'encontre de ce dispositif, qui est la cible de nombreuses critiques : crainte que le droit de l'Etat à réguler puisse être abusivement remis en cause par ces mécanismes, modalités de sélection des arbitres et risques avérés de conflits d'intérêts, manque de transparence des procédures, souvent longues et coûteuses, absence de cohérence de la jurisprudence et exposition des Etats à des plaintes abusives ou frivoles.

Face à ces critiques, le Gouvernement français, par la voix du Secrétaire d'Etat chargé du commerce extérieur Matthias Fekl, en lien étroit avec l'Allemagne, a dès le mois de janvier 2015 élaboré un nouveau projet, axé sur la transparence, la nécessité d'instaurer un dispositif d'appel, la déontologie et la protection du droit à réguler des Etats, pour rompre avec l'arbitrage privé entre investisseurs et Etats. Ces principes ont été repris par une coalition d'Etats membres de l'Union européenne en février 2015 et ont donné lieu à des propositions concrètes du Gouvernement français en juin 2015. Ces travaux, combinés aux conclusions de la consultation publique, ont permis l'élaboration d'un nouveau modèle par la Commission européenne, marqué par deux innovations majeures :

- **le droit à réguler de l'Etat est explicitement réaffirmé et renforcé par** une meilleure définition des standards de protection et à l'insertion d'une clause spécifique qui garantit que l'Etat conserve le pouvoir d'adopter les mesures législatives ou réglementaires nécessaires à la poursuite d'objectifs légitimes liés à l'intérêt général, tels que la protection de la santé, de l'environnement, des consommateurs ou de la diversité culturelle et linguistique.
- la proposition européenne constitue une rupture par rapport à la pratique actuelle de l'arbitrage d'investissement, caractérisée par sa nature privée et *ad hoc*, puisqu'elle vise à mettre en place une **cour bilatérale permanente de règlement des différends investisseur-Etat**, dans l'attente qu'une cour multilatérale permanente soit instaurée, comme l'a proposé la France. Cette cour, ou « *Investment Court System* » (ICS), sera composée d'un tribunal de première instance et d'un organe d'appel où siégeront des juges permanents préalablement sélectionnés et rémunérés par les Etats parties à l'accord.

Ce système permet de répondre en partie aux critiques visant les mécanismes existants d'arbitrage : les règles d'éthique pesant sur les juges sont renforcées, l'accent est mis sur la transparence des procédures, la place des juridictions nationales est clarifiée et les Etats disposent de plusieurs outils pour se prémunir contre les plaintes frivoles ou abusives.

Cette proposition a été soumise au Conseil en septembre 2015, qui l'a approuvée en novembre 2015, permettant ainsi la reprise des négociations sur la protection des investissements avec les Etats-Unis.

Les propositions françaises de juin 2015

La France a activement contribué au débat public suscité par l'inclusion d'un chapitre « investissements » dans le cadre du Partenariat transatlantique. Ainsi, dès le mois de juin 2015, la France a formulé une série de [propositions](#) innovantes et ambitieuses visant à rompre avec l'arbitrage privé entre investisseurs et Etats.

La France proposait notamment :

- ✓ de garantir le droit des Etats à réguler en rappelant qu'ils conservent leur pleine capacité à prendre des décisions souveraines et démocratiquement légitimes et en clarifiant les normes et standards de protection des investissements ;
- ✓ d'instaurer un nouveau cadre institutionnel de règlement des litiges en réformant le mode de désignation des arbitres et en établissant un mécanisme d'appel des sentences ;
- ✓ d'établir des règles rigoureuses en matière de transparence, d'éthique et de prévention des conflits d'intérêts ;
- ✓ de créer, à terme, une véritable cour multilatérale permanente dédiée aux litiges d'investissements.

Dans l'ensemble, le projet de chapitre « investissements » du Partenariat transatlantique reprend les principales propositions de réforme formulées par la France, à l'exception de la proposition française visant à pénaliser financièrement les investisseurs utilisant abusivement le mécanisme, que la Commission européenne n'a pas souhaité retenir. Au vu de l'équilibre final du texte, la France a exprimé son soutien à la reprise des négociations de ce chapitre avec les Etats-Unis sur la base du projet élaboré par la Commission.

La proposition de chapitre relatif à la protection des investissements et au règlement des différends investisseur-Etat élaboré dans le cadre des négociations du Partenariat transatlantique a dorénavant vocation à servir de **modèle pour l'ensemble des accords commerciaux de l'Union européenne**.

En dehors des Etats-Unis, la Commission a ainsi présenté à ses autres partenaires de négociation la nouvelle approche européenne, à laquelle le Vietnam et le Canada se sont d'ores et déjà ralliés, renforçant ainsi la crédibilité de la proposition européenne.

Même si la proposition de la Commission n'a pas été reprise à l'identique, les accords commerciaux conclus avec ces deux pays reflètent fidèlement les principaux paramètres – réaffirmation du droit à réguler et instauration d'un dispositif juridictionnel de règlement des litiges – de la nouvelle approche européenne.

La France veillera à ce qu'il en soit de même pour les autres accords commerciaux de l'Union européenne qui permettront, à terme, de faire disparaître les anciens traités bilatéraux d'investissement des Etats membres régis par les principes de l'arbitrage privé. Elle contribuera également à l'instauration de la cour multilatérale permanente qu'envisage le nouveau modèle européen.

Les Etats membres devront en outre tenir compte de la nouvelle approche européenne dans le cadre de leurs propres négociations bilatérales. Les Etats membres conservent en effet la possibilité de solliciter l'autorisation de la Commission européenne pour négocier de nouveaux traités bilatéraux avec des pays tiers, qui devront évidemment refléter, dans toute la mesure du possible, la nouvelle approche européenne. La France est en pointe sur ce sujet car elle a entrepris de revoir intégralement son propre modèle d'accord, dont la dernière version date de 2006, pour y intégrer les principaux paramètres de la nouvelle approche européenne, qu'elle a directement contribué à façonner.

2 – L'« *Investment Court System* » (ICS) : rupture avec l'ISDS

L'« ICS », pour « *Investment Court System* », désigne le nouveau système de règlement des différends investisseur-Etat défendu par l'Union européenne dans ses négociations commerciales. **Cette nouvelle structure, qui se rapproche d'une véritable juridiction, marque un tournant par rapport à la pratique actuelle de l'arbitrage privé et *ad hoc* entre investisseurs et Etats.**

▪ Des juges permanents pleinement indépendants

L'un des principaux objectifs de l'« ICS » est de renforcer les garanties d'indépendance et d'impartialité des juges qui siégeront en son sein.

Le **mode de désignation des juges** au sein de l'« ICS » marque sans doute l'une des ruptures les plus significatives avec la pratique actuelle puisque les parties au différend ne pourront plus sélectionner librement leurs arbitres. Leur différend sera tranché par des **juges préalablement désignés par les Parties contractantes** (l'UE et l'autre Etat signataire de l'accord), pour un mandat renouvelable de 6 ans, qui seront assignés de façon aléatoire à une formation de jugement.

Les **critères de sélection** prescrits par le nouveau modèle européen, directement inspirés de ceux qui prévalent au sein de la Cour internationale de justice et de l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce, permettent également de **rehausser le niveau d'exigence** attendu des juges qui siégeront au sein de l'« ICS », qui percevront par ailleurs, en dehors des honoraires afférents à chaque affaire, **une rémunération mensuelle à même de garantir leur disponibilité, mais également leur indépendance.**

Le nouveau modèle européen **impose des règles de déontologie** auxquelles les juges devront se conformer. Il comprend à cet effet un **code de déontologie** visant à garantir, pendant toute la durée de leur mandat, l'indépendance et l'impartialité des juges, qui auront par ailleurs l'interdiction de cumuler leur fonction avec celles de conseil, d'expert ou de témoin dans le cadre d'autres procédures investisseur-Etat, **ce qui marque, là encore, une importante rupture par rapport à la pratique actuelle où il n'est pas rare que des arbitres soient en même temps les conseils d'investisseurs et d'Etats impliqués dans d'autres procédures d'arbitrage.**

Des procédures de récusation sont enfin prescrites par le nouveau modèle européen. Un juge pourra ainsi être récusé d'une formation de jugement par le président du tribunal de première instance ou du tribunal d'appel en cas de conflit d'intérêts avec l'une des parties en litige ou être **exclu de la liste des juges de l'« ICS » par les Parties contractantes en cas d'infraction aux règles de déontologie.**

▪ **Mécanisme d'appel**

L'« ICS » comprend un **tribunal de première instance** composé de 15 juges (5 ressortissants européens, 5 ressortissants de l'autre Etat partie à l'accord et 5 ressortissants originaires de pays tiers) et un **tribunal d'appel** comprenant 6 membres (2 ressortissants européens, 2 ressortissants de l'autre Etat partie à l'accord et 2 ressortissants originaires de pays tiers), qui aura pour mission, à la demande des parties au différend, de contrôler les sentences (provisoires) du tribunal de première instance. Le tribunal d'appel sera ainsi chargé de vérifier que les dispositions de l'accord ont été correctement interprétées et appliquées et que les faits du différend n'ont pas été gravement dénaturés. Il aura également pour mission de contrôler le bon déroulement de la procédure devant le tribunal de première instance au regard des motifs d'annulation prescrits par la Convention de Washington instituant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) (vice dans la constitution du tribunal, excès de pouvoir, corruption d'un membre du tribunal, inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure ou défaut de motifs). Les décisions du tribunal d'appel s'imposeront au tribunal de première instance qui devra donc, le cas échéant, modifier sa sentence pour que celle-ci devienne définitive et exécutoire entre les parties en litige. **Ce mécanisme d'appel, inédit dans le cadre du contentieux de l'investissement, permettra d'assurer la cohérence de la jurisprudence** et de prémunir les Parties au traité contre les interprétations erronées ou divergentes de ses dispositions.

▪ **Des standards de protection encadrés**

Contrairement à la plupart des traités conclus à ce jour, dont les dispositions sont le plus souvent générales, **le nouveau modèle européen s'attache à définir le plus précisément possible les standards de protection des investissements.** Ce faisant, le nouveau modèle européen confère une plus grande sécurité juridique aux Etats, qu'il protège ainsi contre les plaintes injustifiées et contre une remise en cause de leur droit à réguler, que la terminologie évasive de la plupart des accords de protection des investissements existants et les interprétations excessives retenues par certains tribunaux ont contribué à favoriser.

La rédaction du **standard de traitement juste et équitable** constitue sans doute la meilleure illustration des efforts entrepris pour clarifier la portée des dispositions consacrées à la protection des investissements. Alors que les accords existants se contentent le plus souvent d'octroyer aux investisseurs le droit à un traitement juste et équitable, sans plus de précisions, le nouveau modèle européen comprend quant à lui une liste fermée d'obligations, que seules les Parties contractantes peuvent éventuellement modifier d'un accord commun.

Le traitement juste et équitable est dorénavant limité à l'interdiction du déni de justice, des conduites manifestement arbitraires ou oppressives et des discriminations fondées sur des motifs ostensiblement illicites tels que le sexe, les origines ou les convictions religieuses. Les « attentes légitimes » des investisseurs ne figurent quant à elles pas dans cette liste : le nouveau modèle européen précise bien que la violation éventuelle des « attentes légitimes » d'un investisseur ne peut à elle seule constituer un manquement au traitement juste et équitable.

Les dispositions relatives à l'**expropriation**, qui font l'objet d'une annexe spécifique, définissent clairement cette notion, les conditions devant être respectées par l'Etat pour exproprier ainsi que les modalités de calcul de la compensation à laquelle peut prétendre un investisseur qui serait dépossédé de son investissement. Elles précisent également qu'une mesure d'application générale et non-discriminatoire destinée à protéger l'environnement, la santé ou une autre cause d'utilité publique ne saurait en principe être qualifiée d'expropriation, sauf si elle est manifestement excessive.

Le sens et la portée des autres standards de protection donnent également lieu à d'importants clarifications qui permettent de rompre avec le flou qui entourait ces notions et d'éviter que des interprétations abusives ne viennent porter atteinte au droit des Etats à réguler : le **standard de protection et de sécurité pleines et entières** est ainsi cantonné à l'obligation de moyen d'assurer la sécurité physique des investisseurs et de leurs investissements et la **clause de respect des engagements** (ou « umbrella clause ») est clairement délimitée et ne saurait être invoquée par un investisseur à propos de n'importe quel manquement contractuel, mais uniquement lorsque l'Etat utilise ses prérogatives de puissance publique, en dehors de toute considération d'intérêt général, pour remettre en cause ses engagements au titre d'un contrat.

▪ **Droit à réguler des Etats**

Le nouveau modèle européen comprend une **clause dédiée au droit à réguler de l'Etat**. Cette disposition permet de réaffirmer clairement les prérogatives étatiques souveraines et d'assurer un juste équilibre entre la protection des investissements et le droit à réguler de l'Etat. Les juges de l'« ICS » seront ainsi tenus d'interpréter les normes et standards de protection des investissements à l'aune du droit souverain des Etats d'adopter les mesures nécessaires pour assurer la protection de l'environnement, de la santé, des droits sociaux, de la diversité culturelle et linguistique ou d'autres causes d'utilité publique. La clause dédiée au droit à réguler précise également que le simple fait, pour un Etat, de modifier son cadre législatif et réglementaire, ou de retirer un dispositif de soutien jugé incompatible avec le droit de l'Union européenne sur les aides d'Etat, ne saurait en aucun cas constituer, en tant que tel, une violation des normes et standards de protection.

Le droit à réguler de l'Etat pour assurer la **stabilité du système bancaire et financier** est par ailleurs consacré dans le cadre de la clause relative au libre transfert et d'une annexe dédiée à la restructuration des dettes souveraines.

Le nouveau modèle européen limite explicitement la réparation pouvant être accordée aux investisseurs au versement de dommages-et-intérêts ou à la restitution de leur propriété : **un investisseur ne peut pas réclamer le retrait ou la mise en conformité d'une mesure** qui serait jugée contraire aux dispositions relatives à la protection des investissements.

▪ Des procédures transparentes

La transparence des procédures, qui garantira la légitimité des décisions de l'« ICS », sera pleinement assurée grâce à l'**application des règles de la Conférence des Nations Unies pour le développement du commerce international (CNUDCI)** adoptées en 2014. En pratique, ces règles permettront, tout en protégeant les données et informations sensibles, de rendre publics les audiences ainsi que les documents relatifs aux litiges instruits par l'« ICS », dont les sentences seront également systématiquement publiées.

L'application des règles de transparence de la CNUDCI permettra également à des tierces parties (*amicus curiae*), telles que des associations, ONG, syndicats ou citoyens, de fournir aux juges leur point de vue sur les circonstances ou les enjeux liés au différend. Les juges pourront également solliciter l'éclairage de l'autre Partie contractante sur certains aspects du litige et autoriser l'intervention de tierces parties directement intéressées par la solution du différend.

▪ Des procédures plus efficaces

Le nouveau modèle européen comprend une série de dispositions visant à **garantir l'efficacité et à réduire le coût des procédures devant l'« ICS »**.

En l'état actuel de la pratique, la phase de sélection des arbitres prend parfois beaucoup de temps, ce qui ne sera plus le cas dans le cadre de l'« ICS » dans la mesure où **les juges préalablement désignés par les Parties au traité seront directement disponibles et rapidement assignés à une formation de jugement**. Pour limiter au maximum la durée des procédures, le nouveau modèle européen s'efforce également d'imposer des **délais précis**, auxquels il peut toutefois être dérogé en pratique.

Le **régime novateur d'appel et d'annulation des décisions** dans le cadre de l'« ICS » devrait par ailleurs permettre de réduire la durée (et donc les coûts) des procédures et d'éviter les contestations, fréquentes en pratique, liées à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales. Il ne sera ainsi pas nécessaire, comme c'est le cas actuellement dans le cadre des procédures CIRDI, de faire appel à un nouveau tribunal en cas d'annulation d'une sentence dans la mesure où le tribunal d'appel en assurera le contrôle en dernier ressort, les parties à un différend dans le cadre de l'« ICS » devant en effet renoncer à tout autre moyen de recours contre ses décisions.

Le nouveau modèle européen permet également à l'Etat défendeur de solliciter, aux fins d'une bonne administration de la justice, la jonction de plusieurs plaintes adressées par différents investisseurs lorsqu'elles portent sur des faits ou des questions juridiques similaires. Lorsqu'il est actionné, ce mécanisme permet à une formation de jugement de l'« ICS » d'instruire l'intégralité du différend dans le cadre d'une seule et même instance. **Le risque d'aboutir à des décisions divergentes est ainsi exclu et les frais engagés par l'Etat pour les besoins de sa défense sont considérablement réduits**.

▪ Un mécanisme respectueux des droits et juridictions internes

Le nouveau modèle européen permet de clarifier l'articulation entre l'« ICS » et les juridictions internes, en retenant une approche dite « No U-turn », qui vise à **ne pas dissuader les investisseurs de saisir les tribunaux locaux pour obtenir un règlement de leurs éventuels litiges avec l'Etat d'accueil de leur investissement**.

De plus, les litiges investisseur-Etat instruits dans le cadre de l'« ICS » ne pourront être tranchés qu'en application des dispositions du droit international public, à l'exclusion du droit de l'Union européenne et du droit interne des Etats membres, qui sont explicitement écartés du droit applicable par le tribunal de première instance et le tribunal d'appel. L'« ICS » ne pourra par conséquent pas empiéter sur les prérogatives de la Cour de justice s'agissant de la mise en œuvre et de l'interprétation du droit de l'Union européenne ni sur celles des juridictions nationales, pour ce qui concerne l'application du droit interne.

- **La fin du « *treaty shopping* »**

Le nouveau modèle européen permet de faire échec à l'utilisation simultanée de plusieurs recours contentieux contre un même Etat. Le mécanisme dit du « No U-turn » impose en effet à aux investisseurs de se désister de tout recours intenté à propos d'une même mesure devant les tribunaux internes ou d'autres mécanismes internationaux de règlement des différends. Cette obligation s'impose non seulement à l'investisseur à l'origine de la réclamation, mais également aux entités qui lui sont affiliées, à savoir les entités que cet investisseur détient ou contrôle mais également celles qui le détiennent ou le contrôlent, directement ou indirectement.

Contrairement à la pratique qui prévaut actuellement, **les investisseurs ne pourront pas bénéficier des dispositions contenues dans d'autres traités au titre de la clause de la nation la plus favorisée.** Le nouveau modèle européen limite en effet considérablement la portée de cette disposition que prévoient habituellement les accords de protection des investissements et qui a parfois été invoquée pour en contourner abusivement les termes. Le nouveau modèle européen précise ainsi que cette clause ne saurait en aucun cas être invoquée pour bénéficier de dispositions procédurales plus favorables, ou moins contraignantes, prévues par un autre traité d'investissements. Il empêche également les investisseurs d'invoquer les clauses substantielles de n'importe quel traité d'investissement conclu par l'Etat d'accueil de son opération.

- **Une protection accrue contre les recours abusifs**

Le nouveau modèle européen comprend une série de dispositions visant à prémunir les Etats contre les plaintes frivoles ou abusives d'investisseurs étrangers.

Pour prétendre à la qualité d'investisseur, **une entreprise se doit d'exercer des activités commerciales « substantielles » sur le territoire du pays où elle est établie, condition que ne remplirait donc pas, par principe, une société écran, ou une « coquille vide »,** qui ne se livrerait à aucune activité réelle et qui serait contrôlée par un ressortissant ou une entreprise d'un pays tiers ne disposant pas d'un accord de protection des investissements avec l'Union européenne.

Un investisseur dont l'investissement a été fait au moyen de déclarations frauduleuses, de dissimulation, de corruption ou d'une conduite équivalant à un abus de droit ne pourrait pas non plus prétendre au bénéfice du nouveau modèle européen. Par exemple, une entreprise américaine qui établirait une filiale au Canada alors qu'un litige est sur le point de naître avec l'Union européenne et/ou l'un de ses Etats membres serait un abus de droit. Le tribunal saisi dans une telle configuration devrait sanctionner cette manœuvre en prononçant l'irrecevabilité de la plainte.

Le nouveau modèle européen prévoit en outre un mécanisme de filtre qui permettra d'obtenir le rejet, dans des délais très courts, des plaintes « *manifestement dénuées de fondement* » et impose, par principe, à la partie qui succombe l'obligation de rembourser les frais de procédure engagés par l'autre partie. Ce principe, dit « *loser pays rules* », constitue un instrument dissuasif, en même temps qu'une sanction aux conduites et manœuvres dilatoires et abusives.

▪ **Un premier pas vers une véritable cour multilatérale permanente**

La nouvelle approche défendue par l'Union européenne dans ses accords commerciaux bilatéraux a une vocation transitoire : l'objectif, à terme, est en effet de remplacer les « ICS » bilatéraux, ainsi que les mécanismes de règlement des différends prévus par les traités bilatéraux d'investissements existants, par **un véritable dispositif juridictionnel permanent instauré dans un cadre multilatéral**. Cette cour multilatérale sera le pendant, pour les litiges d'investissement, de l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Ce projet, auquel souscrit pleinement la France, est explicitement mentionné dans le nouveau modèle européen. Le Canada et le Vietnam ont déjà accepté de travailler avec l'UE à l'instauration de cette cour multilatérale permanente dédiée aux litiges d'investissement.

ANNEXE 2 : Rappel du calendrier

Débutée en mai 2009, la négociation de l'AECG/CETA a pris fin officiellement le 26 septembre 2014. L'accord a été signé le 30 octobre 2016 par l'Union européenne et le Canada.

Approuvé par la commission Commerce international du Parlement européen le 24 janvier 2017, l'accord doit désormais être ratifié par le Parlement européen en séance plénière le 15 février 2017.

A l'issue de cette potentielle ratification, l'AECG/CETA entrera en vigueur de manière provisoire jusqu'à la ratification de l'Accord par l'ensemble des parlements nationaux des États membres de l'Union européenne, soit un total de 42 juridictions nationales et infranationales.

Cette mise en œuvre provisoire exclut notamment les dispositions relatives à la protection des investissements dont la mise en place du mécanisme de règlement des différends investisseur-État.

ANNEXE 3 : Lettre de mission



*La ministre de l'Environnement, de l'Énergie et de la Mer,
en charge des Relations internationales sur le climat*

Ségolène Royal

Paris, le 08 novembre 2016

ARRIVÉE CGDD / SEEIDD /
17 NOV. 2016
N° 16 11 250

Note

à

Madame Laurence MONNOYER- SMITH,
Commissaire générale au développement
durable

Monsieur Dominique BUREAU,
Délégué général du Conseil économique pour
le développement durable

Objet : Lettre de mission CETA

Mon attention a été appelée sur la question de la compatibilité du projet d'Accord Économique et Commercial Global entre l'Union européenne et le Canada – plus connu sous son acronyme anglais CETA - avec l'Accord de Paris.

Je souhaite pouvoir disposer pour janvier 2017 d'éléments précis sur ce sujet qui suscite des inquiétudes.

Aussi, je vous remercie par avance de bien vouloir apporter un éclairage sur les points suivants :

1 – Quelles seront les conséquences commerciales d'un tel accord, notamment en ce qui concerne l'énergie ? Que pouvons-nous attendre de cet accord en termes d'opportunité économique pour le Canada comme pour la France ? Pourrons-nous, après l'entrée en vigueur de cet Accord, restreindre sur notre territoire l'importation d'hydrocarbures non conventionnels dont il est établi qu'ils sont plus émetteurs de gaz à effet de serre ? A quelles conditions ? Plus généralement, les engagements liés à l'accord de Paris seront ils opposables au droit commercial ?

2 – Quelle est la portée juridique de la Déclaration interprétative ? Primera-t-elle sur le texte de l'Accord ? Remet-elle en cause certaines dispositions de l'accord ?

3 – En matière de transports, quelles sont les opportunités économiques ouvertes par ce nouvel accord pour notre pays ? Quelles seront ses conséquences pour l'emploi en France ?

Hôtel de Roquelaure 246 - boulevard Saint-Germain – 75007 Paris

4 – Quelle est la portée exacte de la nouvelle juridiction d'arbitrage instituée par cet accord ? Ce mécanisme est-il vraiment nécessaire dans un accord de commerce entre l'Union Européenne et le Canada ? Quelles garanties avons-nous de pouvoir à l'avenir accroître nos protections sanitaires, sociales et environnementales sans encourir le risque d'être poursuivi devant cette instance ?

5 - Quelles seraient les conséquences d'un refus de la part du parlement français de ratifier le CETA ou d'une dénonciation par la France de son application provisoire en vertu de l'article 30.7 para 3 (c) du projet d' d'Accord Économique et Commercial Global entre l'Union européenne et le Canada ? Est-ce la totalité de l'accord qui serait alors annulée ou seulement la partie considérée comme compétence partagée? L'accord serait-il annulé pour l'ensemble des parties ou seulement en France ?

6 - Le cas échéant quelles seraient les améliorations à apporter à l'accord pour le rendre compatible avec l'accord de Paris et comment pourrions-nous procéder pour ce faire ?

En vous remerciant de votre diligence.


Ségolène ROYAL