

Note du Centre d'études Jacques Georgin
Aux membres de l'Intergroupe parlementaire
Date : le 21 octobre 2016
Concerne : arguments juridiques justifiant l'opposition au CETA (Accord Economique et Commercial Global entre l'Union européenne et le Canada)

Préambule

L'objet de la présente note est de faire la synthèse d'un certain nombre d'arguments principalement juridiques contenus dans plusieurs documents rendus publics ces derniers jours, et permettant de justifier de manière objective l'opposition du parti à la signature en l'état du traité CETA UE-Canada.

Ces documents sont entre autres les suivants :

-lettre ouverte au Parlement wallon et aux électeurs belges à propos du CETA et de son système de protection des investisseurs étrangers (ISDS) signée par onze professeurs d'universités canadiennes et un professeur d'université australienne

-Communiqué de presse Foodwatch, ONG française, soutenu par un professeur de droit constitutionnel et deux professeurs de droit international public (Universités Paris I et Paris VIII)

-lettre ouverte signée par 100 professeurs d'universités appartenant à la « Communauté juridique européenne » réclamant la non inclusion des mécanismes de protection de l'investissement et de règlements des différends entre investisseurs et Etats (ISDS) dans le CETA

-rapport du Conseil des Canadiens intitulé « Lutte contre le TTIP, l'AECG et le mécanisme de RDIE : les enseignements du Canada »

Fondé en 1985, le Conseil des Canadiens est le plus grand organisme citoyen du Canada, comptant des membres et des chapitres à travers le pays. Il a pour mission de protéger l'indépendance du Canada en faisant la promotion de politiques progressistes sur le commerce équitable, l'eau potable, la sécurité énergétique, les soins de la santé publics et autres enjeux sociaux et économiques qui préoccupent les Canadiens.

Arguments :

1. Absence de garanties d'indépendance et d'équité, en ce qui concerne la juridiction internationale d'arbitrage chargée de régler les différends

Dans le CETA, l'ICS (Investment Court System), véritable Cour d'arbitrage qui a remplacé les juridictions d'arbitrage initiales ne supprime pas la menace financière qui pèse sur la réglementation démocratique, en raison des plaintes des investisseurs étrangers ; il ne réduit pas le privilège qu'ont les investisseurs étrangers sur quiconque aurait un droit ou un intérêt conflictuel ; enfin, il ne crée pas une réelle juridiction munie des garanties habituelles d'indépendance et d'équité.

Le système RDIE manque de mesures de protection permettant de garantir l'indépendance et l'impartialité qui sont deux piliers de l'Etat de droit : les arbitres sont payés au cas par cas et les plaintes ne peuvent être déposées que par les investisseurs.

L'on crée de cette manière un système visant à interpréter la loi en faveur de l'investisseur.

Le nouveau régime proposé par la Commission européenne en novembre 2015 prévoit un mécanisme de recours en appel et des exigences de transparence (les investisseurs ne pourraient plus intervenir dans la sélection des arbitres) et un système juridictionnel composé de 15 juges.

L'impartialité et l'indépendance des juges sélectionnés ne sont pas complètement garanties permettant à ceux-ci d'éliminer les partis pris et conflits d'intérêt, par exemple en accordant aux juges un poste permanent et une rémunération fixe adéquate.

Semblables garanties paraissent d'autant plus nécessaires qu'il s'agit d'un système unilatéral dédié à protéger l'investissement étranger contre l'Etat (cfr point 2 rupture du principe d'égalité).

L'Association allemande des juges (16000 juges et procureurs) s'est opposée à l'instauration d'un système juridictionnel assurant qu'il n'existe ni cadre juridique ni nécessité à cela ; selon la DRB, l'hypothèse selon laquelle les tribunaux des Etats membres de l'Union européenne ne sont pas suffisants pour garantir une protection juridique adéquate aux investisseurs étrangers est totalement infondée.

2. Rupture du principe d'égalité entre les investisseurs étrangers et l'Etat

Le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et Etats ou Union européenne (RDIE) permet aux seuls investisseurs étrangers , d'introduire une plainte devant un tribunal international spécialement constitué pour la protection des investissements à propos de mesures prises par un Etat membre de l'UE ou l'UE et de demander réparation si ces mesures sont contraires au CETA.

Certes, selon le rapport 2015 de la CNUCED (Conférence des Nations Unies pour le Commerce et le Développement), il existe aujourd'hui plus de 3200 accords comprenant des dispositions de RDIE (la plupart sont des ententes bilatérales.

La majorité des cas de RDIE ont été présentés par des entreprises de l'hémisphère Nord contre des mesures prises par des Etats situés dans l'hémisphère Sud : 60% des affaires statuées favorisaient l'investisseur privé et seulement 40% favorisaient l'Etat , indiquant que les entreprises poursuivent régulièrement et avec succès les gouvernements pour la mise en place de réglementations et de mesures de contrôle public (cf rapport)

Les investisseurs étrangers peuvent de ce fait tenir l'Etat concerné pour responsable de leurs pertes de bénéfices, même si les mesures prises par celui-ci sont non discriminatoires, licites du point de vue interne et conçues pour protéger l'environnement, la santé publique ou les droits des travailleurs par exemple, ou encore dans l'hypothèse où un Etat décide de « re-collectiviser » les chemins de fer, les systèmes d'approvisionnement en eau ou en énergie ou les systèmes de santé.

En cas de contestation d'une décision de politique publique prise par un Etat membre, ce mécanisme crée une inégalité entre les investisseurs nationaux et les investisseurs étrangers, puisque ces derniers bénéficient d'une voie de droit spéciale pour protéger leurs intérêts, d'autant plus que les investisseurs étrangers peuvent saisir directement la juridiction internationale « ad hoc », sans devoir épuiser les voies de recours nationales.

Ceci contredit le principe de prudence qui prévaut en droit international selon lequel les particuliers épuisent les recours locaux avant de pouvoir recourir aux tribunaux internationaux.

Il s'agit donc de privilèges importants accordés aux investisseurs étrangers sans que ces derniers ne soient assujettis en retour à une quelconque responsabilité ayant force obligatoire (d'où une rupture explicite d'égalité), pouvant ouvrir droit à des poursuites et pouvant être invoquée par l'Etat ou les parties affectées par l'investissement.

3. Interférence dans le processus législatif et réglementaires propre des Etats membres et avec le droit européen

3.1

Le CETA crée plusieurs comités (un comité mixte réunissant des représentants du Canada et de l'Union européenne, sans représentants d'Etats membres ; des comités spécialisés tels que celui sur les mesures sanitaires et phytosanitaires ou celui sur les services et investissements....)

Ces comités (et plus particulièrement le Comité Mixte reconnu comme potentiellement très influent) interfèrent dans l'exercice du pouvoir des Etats membres et des instances européennes en matière législative et réglementaire et peuvent, en cas d'application provisoire du traité, exercer leurs fonctions immédiatement

3.2.

Les mécanismes de coopération réglementaire prévus afin de réduire les barrières au commerce, par l'harmonisation ou la reconnaissance mutuelle de leurs normes, créent de nouvelles contraintes à la fonction législative.

Le CETA contribue à un processus en vertu duquel toute différence réglementaire entre l'Union européenne et le Canada, qu'il s'agisse du domaine du droit du travail, de protection de l'environnement, des règles de sécurité alimentaire ou de droit fiscal, par exemple, peut être considérée comme un obstacle au commerce et dès lors supprimée.

Les deux parties acceptent de partager des informations relatives aux futurs règlements proposés ou envisagés , et donc de potentiellement les modifier, avant même de les avoir déposés à leurs propres parlements élus, afin de s'assurer qu'elles ne faussent pas les échanges commerciaux.

Le CETA donnera l'occasion aux entreprises américaines (par exemple, agro-alimentaire, médicaments, énergie) de contester les normes et règlements de l'Union européenne, sans passer par la grande porte, par l'intermédiaire de leurs filiales au Canada.

3.3.

Le risque qu'encourt l'Etat membre de devoir payer des indemnités très importantes en cas de plainte devant le tribunal international par des investisseurs privés est susceptible d'exercer une contrainte supplémentaire par l'effet dissuasif qu'il pourrait produire sur les autorités nationales compétentes au moment d'adopter de nouvelles législations qui pourraient être jugées incompatibles avec les exigences du CETA.

La protection de l'investissement constitue un glissement des pouvoirs vers des acteurs commerciaux individuels puisqu'il affaiblit la prise en considération des intérêts publics et restreint l'alternance démocratique.

On pourrait assister un effet à un gel réglementaire puisque des Gouvernements pourraient s'abstenir de toute mesure réglementaire dans l'intérêt public, pour la raison de la menace représentée par l'arbitrage des investissements et des dommages et intérêts qu'elle suscite.

3.4.

Les décisions définitives et exécutoires des tribunaux d'arbitrage des investissements concernant la responsabilité des Etats risquent de menacer l'application efficace et uniforme du droit de l'Union européenne (atteinte à l'autonomie juridique de l'Union européenne)

Pour la plupart des experts, n'offrir qu'une protection de non-discrimination aux investisseurs étrangers serait la meilleure option pour pouvoir clairement ajuster la protection de l'investissement au niveau national de protection ; parallèlement, cela aurait constitué un moyen viable de protéger la flexibilité réglementaire des Etats, essentielle à une société démocratique.

4. Méconnaissance du principe de précaution

Le principe de précaution, principe général de droit reconnu par la jurisprudence constitutionnelle dans de nombreux pays, permet de prendre des mesures visant à

protéger les citoyens face à des risques potentiels , particulièrement dans le domaine de la santé ou de l'alimentation.

Or, le CETA ne prévoit aucune mesure propre à garantir le respect du principe de précaution, alors que le CETA est censé intervenir dans de nombreux domaines relatifs à l'environnement.

Exemple :

° 75% des entreprises d'exploitation minière au monde sont basées au Canada, en raison de la flexibilité des règles de cotation boursières ; un rapport sur le secteur de l'industrie a démontré que l'industrie minière au Canada possède le pire bilan en matière d'environnement et de droits de l'homme

° de nombreux fonds de pension publics du Canada sont investis dans des services privés d'approvisionnement en eau en Europe et notamment en Angleterre : quid si nationalisation du secteur de l'eau ?

5. Estompement de la notion d'intérêt général et de bien-être public.

Les normes matérielles concernant la protection de l'investissement , telles que les normes de traitement juste et équitable et de protection contre l'expropriation directe sans indemnisation, sont interprétées de manière extensive, en partie à cause des formulations floues des traités.

Des normes pourraient ainsi couvrir des situations dans lesquelles des réglementations légitimes au titre du bien-être public donnent lieu au paiement d'une indemnisation auprès des investisseurs étrangers.

Le CETA en l'état maintient des « listes négatives » dans le domaine de la libéralisation des services ce qui constituerait un précédent dans un Traité européen , et qui est préjudiciable : tous les secteurs des services (70% de l'économie européenne) seront ouverts à la concurrence, à l'exception des services explicitement exclus.

Le Conseil des Canadiens plus particulièrement estime que le CETA risque d'accélérer le processus de déréglementation des normes sur l'environnement , la santé et le travail , ainsi qu'une privatisation de services publics, au travers de l'utilisation de la coopération réglementaire permettant d'abaisser les normes entre les frontières.

Exemple :

Le Canada a déjà au cours des négociations du CETA exigé de l'Europe qu'elle revoie à la baisse sa directive sur la qualité des carburants , un élément clé du droit de l'UE permettant de distinguer différents types d'importation de carburant selon leurs émissions de Co2 (= accès sans entraves à l'Europe du pétrole brut des sables bitumeux de l'Alberta à émission de CO2 23% supérieures à celles du pétrole classique)