

Comprendre le

CETA

2^e édition

Une analyse du texte final de l'Accord Économique
et Commercial Global

Comprendre le CETA – 2^e édition

Publié par PowerShift, CCPA et al., Berlin / Ottawa, 2016

Ce rapport est disponible en version originale sur :

<https://power-shift.de/making-sense-of-ceta-en>

et sur : www.policyalternatives.ca

Éditeurs

PowerShift – Verein für eine ökologisch-solidarische Energie- & Weltwirtschaft e.V.

Greifswalder Str. 4 (Haus der Demokratie & Menschenrechte), 10405 Berlin

Tel.: +49-(0)30-42805479

Email: Peter.Fuchs@power-shift.de

<http://power-shift.de>

Canadian Centre for Policy Alternatives (CCPA)

Suite 500, 251 Bank Street, Ottawa, ON, K2P 1X3

Canada

www.policyalternatives.ca

mais aussi

Aitec (FR), Arbeitsgemeinschaft bäuerliche Landwirtschaft (DE), AK Wien (AT), attac (DE), attac (AT), BUND e.V. (DE), Campact e.V. (DE), Compassion in World Farming (EU), Corporate Europe Observatory (EU), Ecologistas en Acción (ES), Fair Watch (IT), Forum Umwelt und Entwicklung (DE), Global Justice Now (UK), Institute of Global Responsibility (PL), Katholische Arbeitnehmer Bewegung (DE), Lobby Control e.V. (DE), Mehr Demokratie e.V. (DE), Mouvement Ecologique (NL), Nature Friends Greece (GR), Österreichischer Gewerkschaftsbund (AT), Progressi (IT), Seattle to Brussels Network (EU), SOMO (Centre for Research on Multinational Corporations) (NL), Stop TTIP (DE), Transnational Institute (EU), Umweltinstitut München (DE), War on Want (GB).

Équipe éditoriale

Hadrian Mertins-Kirkwood, Scott Sinclair, Stuart Trew (all CCPA), Laura Große, Peter Fuchs, Anna Schüler, Ines Koburger (all PowerShift).

Traducteurs extérieurs

Marie-Sophie Keller, Madeleine Drescher.

Remerciements

Nous remercions la Fondation pour un commerce juste pour leur soutien financier. Nous remercions aussi tous les auteurs qui ont contribué aux chapitres de cette analyse.

Design

Tilla Balzer | balzerundkoeniger.de

Berlin / Ottawa, September 2016

Creative Commons License: BY, NC, ND 3.0

ISBN: 978-3-9814344-8-4

Version française :

Traduction et relecture : Charlélie Pottier, Lora Vereecke, Natacha Athimont-Constant, Amélie Canonne.

Graphisme : Laetitia Langlois – hawaiiigraphisme@yahoo.com.

Remerciements à Alexis Chaussalet, Clémence Hutin, Anna Schueler pour leur appui.

Sommaire

- Page3 Introduction**
- Page7 Résumé exécutif**
- Page13 Protection de l'investissement et règlement des différends dans le CETA**
PowerShift e.V. / Centre Canadien de Politiques Alternatives (CCPA)
- Page 21 Plus de profits pour les banques au détriment des citoyens**
Myriam Vander Stichele, SOMO
- Page 27 CETA : Les services publics menacés**
Roeline Knottnerus, Transnational Institute avec Scott Sinclair,
Centre canadien de politiques alternatives
- Page 31 Commerce des services**
Thomas Fritz, PowerShift e.V., Édité par Hadrian Mertins-Kirkwood, CCPA
- Page 37 Limiter le pouvoir de réglementation des gouvernements**
Ellen Gould
- Page 45 Plus de coopération pour moins de réglementation**
Auteur : Max Bank (LobbyControl)
Contributeurs : Ronan O'Brien et Lora Verheecke
- Page 49 Brevets, droits d'auteur et innovation**
Ante Wessels, Association pour une infrastructure informationnelle libre (FFII), e.V.
- Page 55 La menace du CETA pour les marchés agricoles et la qualité des aliments**
Berit Thomson, conseillère pour la Arbeitsgemeinschaft bäuerlich
Landwirtschaft (AbL, groupe de travail pour une agriculture locale)
- Page 63 Libre-échange ou protection du climat ? Les menaces du CETA en matière
de politiques énergétiques et climatiques**
Ernst-Christoph Stopler (Friends of the Earth Germany)
- Page 71 Les droits au travail**
Angela Pfister, Fédération autrichienne des syndicats
Éva Dessewffy, Chambre autrichienne du travail
- Page 75 Les préoccupations particulières du Canada**
Scott Sinclair et Handrian Mertins-Kirkwood, CCPA
- Page 81 La ratification du CETA au Canada et en Europe : de nombreuses possibilités
de contester l'accord**
Michael Efler, porte-parole fédéral de Mehr Demokratie e.V.,
comité d'orientation de Stop TTIP

Introduction

Sept ans après le lancement des négociations de l'Accord économique et commercial global entre l'Union européenne (UE) et le Canada (« Comprehensive Economic and Trade Agreement » ou CETA), les décideurs politiques ont signé l'accord le 30 octobre à Bruxelles.

Mais la situation a bien changé depuis lors. En Europe, le CETA était au début un accord peu connu du public, plutôt soutenu par le grand public et suscitant plutôt l'indifférence des responsables politiques. Il est désormais la cible d'une coalition progressiste constituée de groupes œuvrant pour la justice sociale et d'organisations de protection de l'environnement et des droits au travail qui a su comprendre la menace que représente cet accord pour la démocratie des deux côtés de l'Atlantique. L'opinion publique a également basculé; de nombreux Européens sont désormais tout à fait conscients des grandes similitudes entre le CETA et le Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP/TAFTA), lequel est devenu politiquement toxique.

Parallèlement, les dérèglements climatiques et les inégalités extrêmes ont détruit les illusions politiques quant à la durabilité sociale et environnementale de notre modèle économique actuel. Les politiques commerciales européenne et canadienne qui visent l'ouverture des marchés, une croissance tirée par les exportations, le profit des entreprises, la déréglementation et des privilèges spéciaux pour les investisseurs ont été conçues – et demeurent – comme une tentative de disqualifier par le droit toutes les alternatives à la mondialisation néolibérale. Le CETA redéfinirait et affaiblirait la capacité des gouvernements à relever les défis économiques, sociaux et environnementaux au moment



Photo : Chris Grodotzki / campact, flickr (licence Creative Commons)

même où la réactivité et l'innovation sont indispensables à nos politiques publiques.

En septembre 2014, le Centre canadien pour des alternatives politiques et l'ONG allemande PowerShift ont publié conjointement une analyse de la version finale du CETA intitulé « Making Sense of the CETA »⁽¹⁾. Cette nouvelle édition analyse la version définitive du texte juridique du CETA telle que publiée en février 2016 et constitue à ce jour l'analyse indépendante la plus complète de l'accord. On y constate que, plus qu'un simple accord commercial, le CETA est un document dont l'envergure légale restreindra considérablement les choix de politiques publiques dans des domaines aussi variés que les droits de la propriété intellectuelle

1 Scott Sinclair, Stuart Trew et Hadrian Mertins-Kirkwood, dir. (2014) Making Sense of the CETA : An analysis of the final text of the Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement. Centre canadien pour des alternatives politiques. <https://www.policyalternatives.ca/publications/reports/making-sense-ceta>



Photo : Jed Sullivan, flickr (licence Creative Commons)

(droits d'auteur, marques déposées, brevets et gouvernance de l'Internet), les marchés publics, la sécurité alimentaire, la régulation financière, la circulation temporaire de travailleurs, la réglementation nationale et les services publics, pour ne citer que quelques-unes des questions abordées dans cette analyse.

Il est important de comprendre que le chapitre sur l'investissement du CETA, ainsi que le projet de création d'un « Système judiciaire sur l'investissement » (« investment court system ») subordonnerait le « droit de réglementer » à l'approbation d'arbitres privés non élus. Cette analyse montre que, si les protections prétendument créées par le CETA en faveur du travail et de l'environnement sont majoritairement facultatives et généralement inopposables, la protection de l'investissement est à l'exact opposé : elle est forte, contraignante et pleinement exécutoire.

Le texte final du CETA prétend répondre aux préoccupations du public concernant le mécanisme de règlement des différends investisseur État (« investor-state dispute

settlement » ou ISDS) en proposant quelques améliorations de procédure à un système plein de défauts. Néanmoins, les investisseurs étrangers bénéficient toujours de droits spéciaux pour poursuivre les gouvernements en justice contre des mesures qui auraient une incidence négative sur leurs investissements. En vertu du nouveau Système judiciaire sur l'investissement prévu par le CETA, les protections élevées qui sont accordées aux investisseurs étrangers demeurent pour l'essentiel intactes. Elles exposeront les contribuables à d'énormes risques financiers et freineront sans doute les politiques publiques progressistes à venir. L'expérience canadienne de l'ALÉNA confirme cette hypothèse.

Le Canada constitue la partie de l'ALÉNA la plus poursuivie malgré un système juridique sophistiqué et une protection extensive de la propriété privée. Nombre de ces poursuites concernent des politiques de protection de l'environnement. L'an passé, le Canada a perdu un contentieux très alarmant initié en vertu de l'ALÉNA, qui ciblait une évaluation environnementale qui s'était prononcée en défaveur d'un projet de carrière immense

dans une région écologiquement sensible. Le Canada fait actuellement face à une série de plaintes en réponse à des politiques publiques favorables à l'environnement, telles que le moratoire sur la fracturation hydraulique dans la province du Québec.

Les légères améliorations de procédure à l'ISDS dans le CETA n'empêcheraient pas ce genre de poursuites, que nous constatons de plus en plus fréquemment à travers le monde : des poursuites judiciaires d'entreprises contre des réglementations d'intérêt général et qui restreignent l'exploitation de ressources naturelles rares. Elles n'augmenteront pas non plus les chances de victoire des gouvernements à l'issue de ces poursuites. À l'inverse, le CETA ferait sans doute augmenter le nombre de ces poursuites contre des politiques publiques légitimes en Europe, accentuant la pression à la déréglementation qui pèse sur les gouvernements.

Le CETA ne contient aucune exemption claire aux règles générales de l'accord pour protéger les services publics de la logique de libéralisation. Au lieu de cela, le patchwork complexe d'exceptions propres à chaque pays (tel que présenté dans les annexes I et II) n'offre qu'une protection partielle et inégale. L'accord est inédit pour l'Europe dans le sens où l'UE et les pays membres ont dû utiliser une approche de « liste négative » par laquelle tous les secteurs et les mesures sont automatiquement couverts à moins que les gouvernements ne les aient formellement exclus. Et même si certains des services publics essentiels sont exclus de certaines dispositions du CETA pour la libéralisation, les réserves principales restent vaguement formulées, voire lacunaires.

Les services de distribution d'eau potable sont exclus du CETA, par exemple, mais les services de traitement des eaux usées sont couverts dans la plupart des pays européens. De même, la réserve pour les services postaux verrouillerait effectivement les niveaux de privatisation et de déréglementation des services postaux en Europe. Plus important encore, le CETA restreint la liberté des

gouvernements élus à remunicipaliser ou renationaliser des secteurs privatisés. Une fois que des investisseurs sont établis dans un secteur privatisé, les efforts pour rétablir des services publics peuvent provoquer des demandes de compensation de la part d'investisseurs étrangers.

Les règles du CETA qui restreignent la capacité des gouvernements à réglementer ne procèdent pas, comme cela est souvent affirmé, de la volonté de placer les entreprises nationales et étrangères sur un pied d'égalité. Dans plusieurs domaines, le CETA limite complètement la capacité des gouvernements à réglementer et autorise même des poursuites contre des réglementations non discriminatoires affectant des investisseurs étrangers et des prestataires de services. Les règles du CETA sur l'investissement, par exemple, interdisent aux gouvernements de limiter le nombre d'entreprises ou le montant des actifs dans un secteur. Ces interdictions s'appliquent même quand de telles limites ne favorisent pas les prestataires locaux, elles pourraient entraver les efforts pour empêcher les entreprises financières de devenir « trop grosses pour faire faillite », par exemple.

Enfin, le CETA ne protège pas le principe de précaution. Au contraire, sous couvert de coopération réglementaire, il instaure des canaux officiels afin que les entreprises étrangères soient entendues tôt dans le processus de réglementation, leur permettant d'exercer des pressions contre l'adoption de réglementations qui leur déplaisent. Fait important pour l'Europe, les institutions de coopération réglementaire seraient ouvertes aux succursales canadiennes des grandes entreprises de la chimie, des biotechnologies et de l'énergie basées aux États-Unis.

Au regard de ces défauts - et d'autres qui ne sont pas approfondis dans cette analyse, il est déconcertant que la ministre du commerce canadienne, Chrystia Freeland, et son homologue européenne, Cecilia Malmström, présentent le CETA comme un « accord commercial progressiste ».



Photo : Francisco Antunes, flickr (licence Creative Commons)

En dépit de quelques changements relativement mineurs, il s'agit en substance du même accord que celui qui était négocié par le précédent gouvernement conservateur du Canada, l'un des régimes les plus à droite de l'histoire récente du pays. De fait, le CETA, présenté comme un accord « de luxe », ne l'est que dans le sens où il va encore plus loin que les précédents traités de libre-échange, en augmentant les droits « en or » des multinationales et des investisseurs étrangers aux dépens du bien-être des citoyens et de l'intérêt général.

Si la Commission européenne et le nouveau gouvernement canadien veulent sérieusement faire du CETA un accord véritablement progressiste, ils ne pourront pas s'en sortir avec des opérations de communication ni avec des initiatives – l'Instrument interprétatif conjoint, des déclarations unilatérales – dénuées de sens et sans impact juridique.

L'UE comme le Canada auraient dû renoncer à ce texte profondément vicié.

Mais puisqu'il est désormais signé, c'est d'abord au Parlement européen, puis dans les parlements des pays membres de l'UE et du Canada qu'aura lieu le débat sur les implications du traité. Ignorer les préoccupations profondes du public, confirmées dans cette analyse, marquerait un choix antidémocratique et dangereux. Les citoyens des deux côtés de l'Atlantique méritent mieux.

Résumé exécutif

Cette compilation de brèves contributions décrit et analyse les aspects les plus controversés de la proposition d'Accord économique et commercial global (« Comprehensive and Economic Trade Agreement » ou CETA) entre le Canada et l'Union européenne (UE). Des dizaines d'experts en commerce et en investissement au Canada et en Europe ont collaboré pour fournir de multiples perspectives sur l'accord, mais tous s'accordent pour dire que le CETA, tel qu'il est rédigé, menace l'intérêt général des deux côtés de l'Atlantique. Dans des domaines de décisions politiques très divers et en rapport souvent lointain avec le commerce, le CETA étend les droits des entreprises et des investisseurs étrangers aux dépens du bien-être des citoyens et de l'intérêt général.

MÉCANISME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS INVESTISSEUR ÉTAT

Dans sa dernière version, le CETA prétend répondre à l'inquiétude des citoyens quant au mécanisme de règlement des différends investisseur État (« Investor-state dispute settlement » ou ISDS) en le remplaçant par ce que l'UE et le Canada nomment un Système judiciaire sur l'investissement (« Investment Court System »). Même si certains aspects de la procédure ISDS sont améliorés – en rendant les arbitres moins sujets à des conflits d'intérêts, par exemple – les protections accordées aux investisseurs dans ce nouveau système « judiciaire » restent largement identiques à celles des systèmes ISDS.



Photo : Ferdinando Iannone / campact, flickr (licence Creative Commons)

En vertu du CETA, les investisseurs étrangers jouissent toujours de droits juridiques extraordinaires leur permettant de poursuivre les gouvernements en justice pour des mesures qui pourraient avoir des effets négatifs sur leurs investissements. Ces protections, qui ne sont pas accessibles aux investisseurs locaux ou aux citoyens ordinaires, exposeront les contribuables à des obligations financières énormes et menacent d'étouffer l'action publique. Bien que le texte mentionne le « droit de réglementer », la clause est seulement indicative et elle ne protège pas convenablement les réglementations d'intérêt général.

SERVICES FINANCIERS

En autorisant davantage de flux transnationaux de services financiers et en facilitant des investissements directs plus importants dans le secteur financier, le CETA encouragerait le monde de la finance à prendre plus de

risques – en effectuant des investissements spéculatifs, par exemple – pour pouvoir survivre dans un marché international plus compétitif. Le CETA limiterait également les options réglementaires à la disposition des gouvernements pour remédier à l'instabilité financière, en donnant notamment au secteur financier une voix formalisée dans le processus de réglementation.

Ignorant les leçons de la crise financière, le CETA ouvrirait le secteur des services financiers de l'UE et du Canada à davantage de compétition et limiterait la pression en faveur de règles prudentielles de telle sorte que les deux Parties deviendraient plus vulnérables aux chocs financiers et à la contagion. En outre, les principales dispositions en matière de services financiers peuvent être appliquées par le biais du mécanisme ISDS. Les gouvernements pourraient donc être forcés de payer des compensations aux banques pour conserver la capacité de réglementer.

COMMERCE DE SERVICES

Le CETA restreindrait la capacité des gouvernements à réglementer l'accès et l'activité des fournisseurs de services étrangers dans les marchés nationaux, même quand de telles réglementations ne constituent pas une discrimination basée sur la nationalité des entreprises. En garantissant l'accès au marché et un traitement préférentiel aux fournisseurs de services étrangers, le CETA menace la viabilité des services publics et des prestataires de services locaux.

Le CETA prévoit des exceptions aux règles sur les services, mais la méthode de « liste négative » signifie que tous les services sont couverts par défaut par le CETA sauf ceux qui ont été explicitement exclus par les négociateurs. De plus, du fait des mécanismes de « statu quo » et « cliquet », le CETA force les gouvernements à orienter toutes leurs futures décisions réglementaires en faveur d'une libéralisation croissante, y compris

pour de nombreux services qui figurent sur la liste des exceptions.

SERVICES PUBLICS

Alors que seul un nombre limité de services publics est exclu de certaines dispositions du CETA sur la libéralisation, les réserves essentielles sont formulées de façon très vague, voire lacunaire. La protection des investissements garantie dans l'accord restreindrait la capacité des gouvernements à étendre les services publics ou à en créer de nouveaux à l'avenir.

Le CETA limite la possibilité des gouvernements élus de rapporter des services privatisés dans le secteur public. Une fois que des investisseurs étrangers seront implantés dans un secteur privatisé, les efforts pour renationaliser ou remunicipaliser le secteur pourront entraîner des demandes de compensations, verrouillant ainsi de facto la privatisation.

RÉGLEMENTATIONS NATIONALES

Le CETA limiterait les décisions politiques dans des domaines sans lien avec le commerce en obligeant les procédures de licence et de qualification – de même que toutes les mesures relatives à ces réglementations – à être « aussi simples que possible ». Le CETA considère même des réglementations non discriminatoires comme de potentielles entraves au commerce.

Le champ d'application du chapitre Réglementations nationales du CETA est plus étendu que dans d'autres accords et il accroît l'impact d'autres sections du CETA. Non seulement les réglementations qui concernent les services sont couvertes, mais aussi celles qui concernent « toutes les autres activités économiques ». Seules quelques très rares réserves demeurent.

COOPÉRATION RÉGLEMENTAIRE

Le CETA créerait pour les gouvernements étrangers (ainsi que leurs lobbyistes privés) un ensemble d'institutions et de procédures leur permettant de s'exprimer tout au long du processus d'élaboration des lois et des réglementations nationales. Ceci pourrait retarder ou bloquer l'introduction de législations d'intérêt général et remettre en question le respect du principe de précaution. La gamme des domaines de réglementation couverts par ces règles est vaste, incluant non seulement les biens et les services, mais également les investissements et d'autres domaines lointainement liés au commerce.

Toute tentative d'« harmoniser » les réglementations entre l'UE et le Canada menace de réduire les normes au plus petit dénominateur commun. De plus, les lobbyistes du monde des affaires pourraient utiliser cette procédure pour promouvoir des modifications réglementaires qui étaient trop controversées pour être incluses dans le texte du CETA lui-même.

DROITS DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Le CETA renforcerait la position des détenteurs de brevets face aux innovateurs et aux consommateurs. Ceci encouragerait la pratique destructrice de « chasse aux brevets » dans l'industrie des logiciels et autres. Puisque la propriété intellectuelle est couverte par le mécanisme de règlement des différends investisseur-État dans le CETA, les détenteurs de brevets seraient en mesure de poursuivre les gouvernements s'ils conçoivent à l'avenir des lois ou des règles qui visent à réduire le pouvoir des « chasseurs de brevets ».

Le CETA ne menace pas directement la liberté de l'internet, mais en verrouillant le système actuel dont les règles de propriété intellectuelle sont favorables à l'industrie,

le CETA empêcherait les gouvernements du Canada et de l'UE de revenir à un régime de propriété intellectuelle plus favorable aux usagers à l'avenir.

AGRICULTURE

La ratification du CETA représenterait un recul grave face aux efforts déployés des deux côtés de l'Atlantique pour encourager des pratiques agricoles non industrielles et durables. Par exemple, en augmentant les contingents d'importations sans droits de douane (le lait et la viande, par exemple), le CETA exposerait les agriculteurs canadiens et européens à une concurrence croissante, et encouragerait des pratiques agricoles plus lucratives (pour certains), mais moins durables.

Par ailleurs, le CETA paraît particulièrement inquiétant quant aux normes de production et de transformation agroalimentaires, particulièrement en Europe. Des pratiques considérées comme sûres au Canada, telles que le traitement superficiel de la viande à l'acide acétique, l'utilisation d'hormones pour la production de bœuf et l'utilisation d'organismes génétiquement modifiés, sont limitées dans l'UE sur la base du principe de précaution. En vertu du CETA, ces précautions pourraient être attaquées sur la base du « principe de suivi ultérieur » (« aftercare principle ») en usage dans une perspective canadienne qui se veut « basée sur la science ».

ÉNERGIE ET CLIMAT

Les dispositions sur la protection de l'investissement conjuguées avec la faiblesse des mesures pour protéger l'environnement et encadrer l'extraction des ressources naturelles du CETA nuiront aux politiques de lutte contre les dérèglements climatiques et aux politiques de développement des énergies renouvelables. Les efforts pour stopper la production d'énergie basée sur les combustibles fossiles et pour promouvoir les



Photo : Mehr Demokratie, flickr (licence Creative Commons)

énergies renouvelables sont menacés par le CETA. Celui-ci constitue un immense danger pour toute mesure qui serait mise en place en vue d'atteindre les objectifs auxquels l'UE et le Canada ont adhéré en signant l'Accord de Paris en 2015.

Le CETA ne présente aucune disposition qui protège clairement le climat face aux investisseurs. Le chapitre de l'accord « Commerce et développement durable » est pour le moins bref et ne contient aucune obligation concrète pour les Parties afin qu'elles développent des politiques respectueuses du climat et conçues dans le souci des générations futures.

DROITS AU TRAVAIL

Malgré son discours positif à l'égard du droit des travailleurs, le CETA n'introduit pas de dispositions contraignantes et opposables qui protégeraient et amélioreraient les normes du travail au sein de l'UE et au Canada.

Plusieurs pays membres de l'UE, de même que le Canada, n'ont pas ratifié certaines des normes fondamentales ou des conventions de gouvernance prioritaires de l'Organisation internationale du travail. Le texte du CETA les encourage à le faire, mais il ne les y oblige pas.

Fait révélateur, le chapitre sur les droits au travail du CETA est exonéré des dispositions générales de l'accord en matière de règlement des différends. En cas de conflit relatif à une violation des normes du travail, le CETA invite simplement les Parties à entreprendre des consultations non contraignantes.

CULTURE

Le Canada et l'UE ont fait partie des pays moteurs derrière la Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles en 2005. Bien que l'UE et le Canada « réaffirment » leurs obligations au titre de cette convention dans le préambule du CETA, il est décevant de constater le manque de formulations

précises et contraignantes dans le texte lui-même.

De plus, tandis que le Canada a négocié d'importantes dérogations pour ses acteurs culturels dans les annexes du CETA, l'UE a seulement dispensé ses secteurs culturels de certaines des obligations futures de libéralisation présentes dans l'accord. Et même ces dérogations partielles ne protégeront pas les secteurs culturels de l'UE contre des dispositions sur le traitement non discriminatoire ou l'expropriation présentes dans le chapitre sur l'investissement du CETA.

Signer l'accord restreindrait la liberté des pays membres de l'UE de promouvoir, développer et façonner activement leurs secteurs et milieux culturels riches et divers.

DES PRÉOCCUPATIONS PARTICULIÈRES AU CANADA

Européens et Canadiens partagent largement les mêmes inquiétudes à l'égard du CETA,

mais dans un certain nombre de secteurs, celui-ci aura des répercussions particulièrement nocives pour le Canada.

En vertu du CETA, le Canada devrait effectuer des changements unilatéraux à son régime de propriété intellectuelle pour les produits pharmaceutiques, ce qui provoquerait l'augmentation des coûts des médicaments. Pour la première fois dans un accord commercial impliquant le Canada, le CETA imposerait des restrictions aux gouvernements municipaux et provinciaux en matière de passation de marchés, ce qui nuira à nombre d'initiatives de développement local et régional. Le CETA pourrait également entrer en conflit avec les droits des peuples autochtones, dont les terres traditionnelles sont souvent la cible des entreprises étrangères spécialisées dans l'extraction de ressources naturelles.

L'impact du CETA sur les secteurs agricoles réglementés par des dispositifs de gestion de l'offre ou encore les répercussions du chapitre relatif à la mobilité temporaire des



© Bild.de



Photo : Frerk Meyer, flickr (licence Creative Commons)

cadres sur l'emploi local constituent d'autres sujets de préoccupations au Canada.

LE PROCESSUS DE RATIFICATION

S'agissant du processus de ratification dans l'UE, le CETA a été présenté comme un accord « mixte ». Cela signifie qu'à l'issue du vote du Parlement européen (attendu en février 2017), chacun des 28 pays membres de l'UE devra ratifier le traité.

Toutefois, la Commission européenne et de nombreux États membres insistent pour une « mise en application provisoire » du CETA avant même les procédures nationales de ratification.

À toutes les étapes du processus de ratification, les opposants au CETA en Europe auront l'opportunité de s'organiser contre l'entrée en vigueur du CETA. Des actions en justice

contre l'accord ont déjà été initiées : le CETA est contesté devant la Cour européenne de justice et devant la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne.

Au Canada, le CETA doit être intégré à la législation nationale avant d'entrer en vigueur. Ceci exige l'approbation du Parlement fédéral élu et du Sénat nommé. Le gouvernement actuel est extrêmement favorable au CETA et plaide pour sa ratification la plus rapide, malgré l'opposition de nombreuses municipalités et d'organisations de la société civile.

Protection de l'investissement et règlement des différends dans le CETA

*PowerShift e.V. / Centre Canadien de Politiques Alternatives (CCPA) **

Dans l'Accord économique et commercial global (« Comprehensive Economic and Trade Agreement » ou CETA), la Commission européenne et le Canada avaient l'opportunité d'abandonner, ou à défaut de limiter significativement, le mécanisme de règlement des différends investisseur État (« Investor-state dispute settlement » ou ISDS) en le réformant. Mais ils ne l'ont pas fait. Au contraire, bien qu'ils lui aient donné un nouveau nom (Système judiciaire sur l'investissement ou « Investment Court System »), les négociateurs européens et canadiens ont maintenu les pires éléments du système ISDS et ils ont même considérablement étendu sa portée géographique.

Comme le montre cette analyse du chapitre sur la protection des investissements du CETA (chapitre 8), les nouvelles dispositions dans le texte final ne règlent que certains des aspects de procédure de l'ISDS sans répondre aux menaces imminentes que celui-ci représente, c'est-à-dire une restriction des droits démocratiques et de l'État de droit. La nouvelle formulation du « droit de réglementer » dans le CETA ne protège pas de manière fiable les réglementations d'intérêt général contre des poursuites investisseur État.

Ainsi, le nombre grandissant de citoyens européens et de décideurs politiques déjà méfiants ou opposés à l'inclusion de l'ISDS dans les accords de libre-échange de l'UE



Photo : Dennis Skley, flickr (licence Creative Commons)

avec le Canada ou les États-Unis ne sont pas rassurés alors que la Commission prétend avoir répondu à leurs préoccupations en le rendant plus juste et transparent.⁽¹⁾

REFORMER OU RÉPÉTER L'ERREUR ISDS ?

La Commission européenne est satisfaite de la version finale du texte du CETA, le Ministère allemand de l'Économie voit sa propre approche approuvée dans le texte et de nombreux membres du Parlement européen s'estiment rassurés. Tous se sont

¹ Voir le rapport du 13 janvier 2015 de la Commission, p. 3 (http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/march/tradoc_153307.pdf).

QU'EST-CE QUE LE MÉCANISME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS INVESTISSEUR ÉTAT ?

Centre canadien pour des alternatives politiques

Le mécanisme de règlement des différends investisseur État (ISDS) est une procédure d'arbitrage non judiciaire qui autorise les investisseurs étrangers à demander des compensations pour des décisions gouvernementales qui ont une incidence défavorable sur leurs investissements. L'ISDS obtient force de loi au niveau international en étant inscrit dans les accords de commerce et de protection de l'investissement tels que le CETA et le Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI; TTIP ou TAFTA en anglais). Il est à l'unique disposition des investisseurs étrangers, lesquels ne sont pas tenus d'épuiser les recours juridiques nationaux avant d'entamer des procédures contre les gouvernements hôtes.

Des multinationales et de riches individus ont utilisé l'ISDS pour contester un grand nombre de lois, réglementations et décisions politiques, y compris des mesures en matière de santé publique, protection de l'environnement, réglementation financière et gestion des ressources naturelles. Dans certains cas, la menace d'une poursuite ISDS procure aux investisseurs étrangers un puissant outil pour dissuader les gouvernements d'introduire des choix politiques ou des réglementations qui leur déplaisent.

D'ordinaire, les cas d'ISDS sont tranchés par des tribunaux constitués de trois membres : un choisi par l'investisseur étranger, un par le gouvernement attaqué et un troisième choisi par consentement des deux Parties (ou, à défaut, par une autorité extérieure investie du pouvoir de nomination). La révision des décisions du tribunal par une autre autorité est limitée, voire impossible, qu'elle soit nationale ou internationale. Pourtant, dans beaucoup de pays, les jugements offrant des compensations aux investisseurs sous la forme d'argent public sont directement applicables et donc en ce point comparables aux décisions de hautes juridictions.

Depuis les années 90, les recours via l'ISDS ont explosé, passant d'un nombre de cas à peine remarquable à environ 70 par an actuellement. Le Canada a été poursuivi 39 fois via la procédure ISDS de l'ALÉNA, presque toujours par des investisseurs américains, et le pays a payé plus de 190 millions de dollars (soit 130 millions d'euros) en dédommagement, d'après les jugements et les accords à l'amiable connus. Ce bilan fait du Canada le pays développé le plus poursuivi au monde. En parallèle, les entreprises canadiennes déposent de plus en plus de plaintes à l'échelle internationale contre des décisions en matière de protection de l'environnement ou de gestion des ressources naturelles prises par des pays dans lesquels elles ont des activités importantes dans le secteur de l'énergie ou des mines.

Les entreprises européennes sont également extrêmement friandes de ces poursuites. Elles sont responsables d'environ la moitié de tous les cas ISDS connus à travers le monde. Sept du « top 10 » des pays d'origine des entreprises entamant des poursuites sur la base de traités d'investissements sont des pays membres de l'UE. Le nombre de poursuites ISDS et le montant total des compensations ordonnées continuent d'augmenter au plan mondial.

félicités du résultat des négociations et estiment que le CETA deviendra la pierre angulaire d'une réforme globale du régime de protection des investissements. Néanmoins, ce point de vue dissimule un aspect essentiel : les citoyens européens ne sont pas d'accord.

Lors d'une consultation en ligne à travers l'UE en 2014, 97 % des participants ont dit qu'ils étaient contre les dispositions sur l'investissement du CETA. Depuis que le rapport final de la consultation publique sur la protection de l'investissement a été publié, beaucoup de décideurs politiques européens semblent

ignorer le débat politique houleux et les protestations de millions de citoyens. Les décideurs politiques en Europe considèrent toujours la création de nouveaux privilèges pour les investisseurs étrangers comme un enjeu politique crucial.

De manière générale, le chapitre 8 du CETA permet aux investisseurs d'une Partie (Canada ou UE) de poursuivre l'autre Partie pour des sommes considérables en dédommagement s'ils estiment qu'ils ont subi des pertes à cause de mesures réglementaires de celle-ci – ou d'un État membre dans le cas de l'UE (pour la protection de la santé, de l'environnement, des consommateurs ou pour garantir la stabilité du système financier, par exemple). Les affaires ne sont pas entendues par des tribunaux, mais par des arbitres privés qui ont le pouvoir de juger la légitimité des actions d'un État face aux protections des investisseurs contenues dans des traités tels que le CETA. Les pays membres de l'UE ont signé de nombreux traités bilatéraux d'investissement (TBI) entre eux et avec des pays hors de l'UE. Cependant, l'incorporation de l'ISDS dans le CETA étendrait considérablement la portée de l'arbitrage d'investissement dans le monde, multipliant ainsi les risques de litiges au détriment de l'intérêt général des deux côtés de l'Atlantique.⁽²⁾

Il est particulièrement important pour les Européens d'évaluer le nombre d'entreprises américaines ayant des succursales au Canada et qui seront capables d'accéder à la procédure ISDS du CETA si elles structurent habilement leurs investissements dans l'UE. Selon des estimations récentes, 81 % des entreprises américaines actives dans l'UE (environ 42 000 entreprises) pourraient

correspondre à la définition d'un « investisseur » canadien pouvant avoir recours à l'ISDS en vertu de l'accord UE-Canada. Ce genre d'utilisation agressive de la procédure ISDS par des entreprises américaines a déjà été constaté.⁽³⁾ Si les dispositions sur la protection des investissements subsistent dans le CETA et si l'accord est ratifié, il n'y aura pratiquement plus besoin de les intégrer au Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP ou TAFTA).

Pour les mêmes raisons, si le CETA est approuvé avec le chapitre 8 intact, n'importe quelle adaptation ultérieure des dispositions sur la protection des investissements dans le TTIP/TAFTA, sans une modification équivalente du CETA, sera futile. Les entreprises pourront simplement choisir l'accord régional le plus avantageux pour leurs objectifs, c'est-à-dire le CETA plutôt que le TTIP/TAFTA. Par conséquent, le CETA marquerait la fin de la « réforme » transatlantique annoncée sur la protection des investissements. La vague promesse d'un futur « tribunal multilatéral sur l'investissement » (CETA article 8.29) pourrait rester lettre morte à jamais.

Confronté au mécontentement grandissant de l'opinion publique vis-à-vis de l'accord commercial entre l'UE et les États-Unis, le Parlement européen a récemment demandé de « remplacer le système ISDS [dans le TTIP/TAFTA] par un nouveau système de règlement des litiges entre investisseurs et États » qui serait davantage en conformité avec les principes démocratiques et l'État de droit.⁽⁴⁾ Le Parlement a également demandé que les investisseurs étrangers ne jouissent pas « de droits supérieurs à ceux conférés aux investisseurs nationaux ». Cependant, le nouveau chapitre sur l'investissement du CETA montre que la Commission n'est pas

2 À propos des parallèles entre les critiques l'ISDS dans le TTIP et le CETA, voir (en allemand) Ebershardt, « Investitionsschutz am Scheideweg – TTIP und die Zukunft des globalen Investitionsrechts, Internationale Politikanalyse », mai 2014, avec des exemples concrets p. 7 et 12 (<http://library.fes.de/pdf-files/iez/global/10773-20140603.pdf>). Pour une analyse en anglais, voir Van Harten, « A Report on the Flawed Proposals for Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in TTIP and CETA », 10 avril 2015, Osgoode Legal Studies Research Paper No.16/2015 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2595189).

3 Voir (en anglais) le rapport de Public Citizen « Tens of Thousands of U.S. Firms Would Obtain New Powers to Launch Investor-State Attacks against European Policies via CETA and TTIP » (<https://www.citizen.org/documents/EU-ISDS-liability.pdf>).

4 Voir la décision du Parlement européen du 8 juillet 2015 avec des recommandations à propos des négociations du TTIP/TAFTA, 2014/2228(INI), p. 2. d) xv. (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2015-0252+0+DOC+PDF+V0//FR>).



Photo : KOMUnews, flickr (licence Creative Commons)

prête à des changements en profondeur. Si le Parlement européen prend au sérieux les exigences qu'il a formulées pour les négociations du TTIP/TAFTA, il devra rejeter le CETA.

UNE ARGUMENTATION SOLIDE CONTRE LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS ET L'ISDS

Jusqu'à présent, aucun argument convaincant justifiant l'inclusion de la protection des investisseurs dans le CETA n'a été avancé. À travers l'UE et au Canada, les investisseurs étrangers bénéficient déjà d'une protection étendue dans le système juridique existant : les droits de propriété sont pleinement applicables auprès de tribunaux indépendants. Il n'y a donc aucune nécessité d'accorder des droits spéciaux aux investisseurs étrangers dans le droit international – comme cela a été souligné à maintes reprises par le gouvernement fédéral d'Allemagne, entre

autres.⁽⁵⁾ Fait également important, le CETA accorde ces privilèges aux investisseurs sans leur demander d'assumer des responsabilités en retour. Des obligations pour les investisseurs, telles que la création d'emplois, le respect des droits de l'Homme, du travail et des consommateurs, ou bien le respect de normes sanitaires ou environnementales ne sont pas applicables via l'ISDS et leur opposabilité via d'autres procédures internationales est notoirement difficile.

En pratique, le CETA offre aux investisseurs étrangers une protection substantive et privilégiée – supérieure à celle dont disposent les investisseurs nationaux et les citoyens – de leur propriété et de leurs profits anticipés. Ces droits vont bien plus loin que les protections existantes dans le droit européen et les constitutions européennes. Ils peuvent même aller jusqu'à la protection

5 Pour une discussion plus approfondie sur les contre-arguments de la Commission, voir l'analyse de PowerShift (note 8), p.3ff. Concernant la position du gouvernement fédéral allemand, voir (allemand), inter alia, discours du ministre de l'Économie Gabriel à la Diète fédérale (Bundestag) le 25 septembre 2014 (<http://www.bmwi.de/DE/Themen/aussenwirtschaft,did=656586.html>).

des intérêts des investisseurs contre des décisions politiques légitimes et démocratiques.⁽⁶⁾ Une protection plus limitée contre la discrimination seule (telle qu'envisagée lors des négociations du CETA) aurait suffi à éviter des situations où les investisseurs étrangers seraient désavantagés par rapport aux investisseurs nationaux. Cette approche plus limitée assurerait une protection efficace du pouvoir discrétionnaire d'un État à réglementer dans l'intérêt général, puisque les droits des investisseurs ne surpasseraient plus la portée des lois et des constitutions existantes.⁽⁷⁾

Au lieu de cela, grâce aux protections du chapitre sur l'investissement du CETA, les investisseurs étrangers peuvent tenter des poursuites afin d'empêcher des compensations en cas d'expropriation indirecte ou quand ils estiment qu'une action étatique a entraîné la perte de leurs profits escomptés. Le droit à un traitement juste et équitable, formulé de façon très large dans l'article 8.10, ainsi que la protection contre l'expropriation indirecte selon l'article 8.12 et l'annexe 8A du CETA, fournissent des garanties très élevées aux investisseurs étrangers.⁽⁸⁾

Les efforts pour limiter et préciser les protections accordées par le CETA (par rapport

à des accords plus anciens) n'ont pas été fructueux, nombre des concepts juridiques utilisés permettent des interprétations très diverses, laissant bien trop de liberté aux arbitres. Autre élément préoccupant, l'article 8.10(4) donne aux arbitres le droit de déterminer si les « attentes légitimes » d'un investisseur ont été contrariées par une action étatique. À plusieurs reprises par le passé, des arbitres engagés dans ces procédures d'arbitrage ont utilisé cette clause pour interpréter la norme du traitement juste et équitable de façon très large.

La version révisée du chapitre sur l'investissement du CETA comporte de nouvelles formulations confirmant le droit de l'État à réglementer. Néanmoins, ce serait une erreur de croire que les gouvernements seront en mesure d'utiliser cette disposition pour se défendre avec succès face à des attaques contre leurs réglementations, car elle laisse aux arbitres un énorme pouvoir discrétionnaire pour décider de la légitimité

6 Les investisseurs sont notamment protégés de manière étendue par la formulation en termes généraux du droit à un traitement juste et équitable, Art. 8.10 para. 1-4, ainsi que par la protection contre l'expropriation indirecte, Art. 8.12 para 1(2) et l'annexe 8-A CETA. Voir également traitement national, Art. 8.6. para. 2 CETA; comparer Art. 3 de la proposition pour une analyse plus détaillée (en allemand) : « Modell Investitionsschutzvertrag mit Investor-Staat-Schiedsverfahren für Industriestaaten unter Berücksichtigung der USA », p.9f, telle que rédigée par le professeur de droit international Markus Krajewski, et telle que commandée par le ministère fédéral de l'Économie allemande (<http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/M-O/modell-investitionsschutzvertrag-mit-investor-staat-schiedsverfahren-gutachten.pdf>).

7 Comparer avec Krajewski/Hoffmann (note 13), p. 9

8 Noter également la norme de traitement national, Article 8.6(2) CETA; comparer l'article 3 de la proposition pour une analyse plus détaillée de la norme (en allemand) : « Modell Investitionsschutzvertrag mit Investor-Staat-Schiedsverfahren für Industriestaaten unter Berücksichtigung der USA », p.9f, développée par le professeur Markus Krajewski, commandée par le ministère fédéral de l'Économie allemande (en partie en anglais) : <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/M-O/modell-investitionsschutzvertrag-mit-investor-staat-schiedsverfahren-gutachten>



DÉCLARATION DE LA FÉDÉRATION DES JUGES ALLEMANDS À PROPOS D'UN TRIBUNAL SUR L'INVESTISSEMENT DANS LE TTIP/TAFTA

« La fédération des magistrats allemands (DRB) réprouve la proposition de la Commission européenne de mettre en place un tribunal sur l'investissement dans le cadre du partenariat transatlantique sur le commerce et l'investissement (TTIP/TAFTA). Le DRB ne constate ni la base légale ni le besoin pour la création d'un tel tribunal. (...) La création de tribunaux spéciaux pour certaines catégories de plaignants est une mauvaise orientation à prendre. (...) La fédération des magistrats allemands ne voit aucunement le besoin de la mise en place d'un tribunal spécial pour les investisseurs. (...) Ni la procédure proposée pour la nomination des juges de l'ICS ni leur position ne satisfont les exigences internationales en matière d'indépendance des tribunaux. En tant que tel, l'ICS n'apparaît pas comme un tribunal international, mais plutôt comme un tribunal d'arbitrage permanent. »*

des mesures étatiques en question dans les litiges.

Les tribunaux de commerce et d'investissement ont constamment estimé que si les gouvernements possèdent bien le droit de réglementer, celui-ci est restreint par les obligations d'un traité signé de plein gré. Selon l'organe d'appel de l'OMC, par exemple, les accords commerciaux « disciplinent l'exercice du pouvoir de réglementer inhérent à chaque Membre en requérant aux Membres de l'OMC de se conformer aux obligations qu'ils ont contractées ». À propos d'une poursuite contre la Hongrie sur la base d'un traité bilatéral d'investissement, il a été déclaré que : « La connaissance des principes généraux en droit international par le Tribunal indique que si un État souverain possède bien le droit inhérent de réglementer ses affaires intérieures, l'exercice de ce droit n'est pas illimité et il doit avoir des

limites. Comme l'ont signalé à juste titre les plaignants, l'État de droit, auquel se greffent les obligations du traité, fournit de telles limites ».

Les tribunaux ayant répété à maintes reprises que les obligations des accords commerciaux disciplinent et délimitent le droit de réglementer, les négociateurs ne peuvent légitimement prétendre que la simple affirmation du droit de réglementer suffirait à protéger les gouvernements de façon adéquate face à des attaques contre leurs réglementations. Autrement dit, dans la version actuelle du CETA le droit de réglementer n'est qu'une vague notion à interpréter lors de la procédure ISDS elle-même, laissant aux arbitres une marge de manœuvre considérable pour trancher en faveur de l'investisseur, c'est-à-dire contre une réglementation étatique.

Le texte final du CETA intègre quelques très tardives améliorations de la procédure de l'ISDS. Par exemple, les Parties à la poursuite judiciaire (investisseurs ou multinationales) n'exercent plus d'influence directe sur le choix des arbitres. Le CETA instaure, ce qu'il appelle un « tribunal » permanent, sous forme de registre, composé de 15 arbitres qui doivent être nommés par l'UE et le Canada. Parmi eux, cinq seront canadiens, cinq Européens et ceux restants seront des ressortissants de pays tiers. Ceci, couplé à un mandat fixé à cinq ans (renouvelable une seule fois), doit garantir l'impartialité des arbitres. Les poursuites relatives à l'investissement dans le CETA seront tranchées par trois arbitres sélectionnés par le président du tribunal d'investissement (un poste rotatif) sur la base de ce registre : l'un doit être choisi parmi la liste des Canadiens, l'autre parmi celle des Européens et le dernier parmi un groupe issu de pays tiers qui siègera en tant que président du cas ISDS particulier.

Malgré ces modifications de procédure, à l'origine de l'appellation « Système judiciaire sur l'investissement », il reste de graves lacunes dans la procédure du CETA

* Voir la déclaration de la fédération des juges allemands (en anglais) : <http://canadians.org/sites/default/files/tpp-deutsche-richterbund-opinion-0216.pdf>

au regard de l'État de droit, notamment en ce qui concerne l'indépendance judiciaire. Être un arbitre sur les questions d'investissement n'est pas un emploi à temps plein, par exemple. Même si l'article 8.30 empêche les arbitres d'agir « à titre de conseiller, d'expert nommé par un autre tribunal ou de témoin dans un litige sur l'investissement en cours ou à venir, qu'il soit en vertu de cet accord international ou d'un autre », ils peuvent toujours siéger en tant qu'arbitre dans d'autres cas d'ISDS en plus de leur rôle dans le tribunal sur l'investissement du CETA.

De plus, les membres du tribunal seront payés au cas. Ceci crée une incitation financière à travailler pour de nombreuses poursuites d'investisseurs, un objectif qui ne peut être atteint qu'en tranchant largement en faveur des investisseurs. Une solution évidente pour éviter d'éventuels conflits d'intérêts serait de nommer les arbitres pour un emploi à temps plein et salarié et d'interdire aux membres du registre d'exercer une autre fonction, exactement comme l'indiquait la Commission, pas plus tard qu'en mars 2015. Au lieu de cela, le texte final du CETA renvoie l'élaboration de tels garde-fous importants à d'éventuels futurs amendements. D'un point de vue politique, malgré l'optimisme de la Commission, un tel amendement est difficile à envisager ultérieurement.

FAIRE APPEL CONTRE DES JUGEMENTS ISDS RESTE IMPOSSIBLE

Autre fait inquiétant, la Commission n'a manifestement pas insisté pour la constitution complète d'un organe d'appel lors de la phase initiale de mise en application du CETA. Un mécanisme d'appel pourrait garantir une certaine responsabilisation des membres du tribunal sur l'investissement. Il pourrait également assurer l'application uniforme de l'accord, surtout s'il fonctionnait sur la base de cas précédents. De plus, un organe d'appel permettrait aux États d'avoir une compréhension plus précise

des risques potentiels représentés par des choix politiques sensibles.

Même si les parties en négociation envisagent bien l'intégration d'un tribunal d'appel au mécanisme de l'ISDS, sa réalisation est différée, sans échéance concrète.⁽⁹⁾ La configuration détaillée et la mise en place d'un tribunal d'appel pourraient facilement traîner pendant des années. Pendant ce temps, les décisions des tribunaux contre un État seraient applicables, telles qu'elles le sont aujourd'hui en vertu de traités similaires, sans la possibilité d'un recours juridique substantiel.

Cet aspect du chapitre du CETA sur l'investissement constitue un retour en arrière par rapport aux propositions de l'UE pour les négociations du TTIP/TAFTA, lesquelles comprennent l'introduction immédiate d'un organe d'appel. De plus, la Commission a fait preuve d'une certaine tiédeur à encadrer la procédure actuelle. Alors que la proposition du TTIP/TAFTA prévoit de nouveaux droits de participation pour toutes les parties concernées (les citoyens, les ONG, les associations, les concurrents de l'investisseur intentant une poursuite, etc.), l'insertion de dispositions similaires a été balayée lors des négociations avec le Canada.

CONCLUSION

Le système judiciaire proposé dans le CETA, avec un registre permanent d'arbitres et une éventuelle (mais vraisemblablement irréalisable) procédure d'appel, n'est pas une réponse convaincante aux menaces que pose l'ISDS. Malgré quelques améliorations de procédure en comparaison d'autres accords, le fait que l'ISDS couvre les investissements transatlantiques doit être catégoriquement rejeté. Il existe d'autres préoccupations d'ordre juridique concernant la procédure ISDS dans le CETA et le TTIP/TAFTA. La constitution d'un système judiciaire quasi parallèle et déconnecté des tribunaux

⁹ Voir Art. 8.28 para. 7 CETA.



Photo : Tom Woodward, flickr (licence Creative Commons)

européens pourrait entrer en conflit avec les principes d'autonomie de l'ordre légal européen, dans la mesure où l'ISDS représente une menace à l'application effective et uniforme du droit de l'UE.

Malgré ces problèmes d'ordre constitutionnel à l'échelle de toute l'Europe, la Commission propose encore une mise en application provisoire du CETA après la ratification par le Parlement européen. Mais face aux inquiétudes des citoyens et des pays membres, la Commission a toutefois accepté d'exclure la protection de l'investissement et la procédure ISDS d'une application provisoire du CETA. De fait, vu que la protection de l'investissement n'est pas une compétence exclusive de l'UE, les gouvernements des États membres doivent être impliqués dans le processus de décision au sujet de l'ISDS. Il est à espérer que certains des parlements nationaux fassent valoir leur autorité en

rejetant ces droits des investisseurs inutiles et inégaux.⁽¹⁰⁾

10 Voir l'analyse de ClientEarth (en anglais), « Legality of investor-state dispute settlement (ISDS) under EU law », 22 octobre 2015, p. 3 ad 7 <http://documents.clientearth.org/wp-content/uploads/library/2015-10-15-legality-of-isds-under-eu-law-ce-en.pdf>.

** Nous souhaitons remercier Malte Marwedel (associé de recherche, Albert-Luwig-Universität Freiburg, Allemagne) et Rhea Hoffmann (associé de recherche, Friedrich-Alexander Universität Erlangen-Nürnberg) pour leur contribution à ce chapitre.*

Plus de profits pour les banques au détriment des citoyens

Myriam Vander Stichele, SOMO

Le Canada a mieux résisté à la crise financière de 2007-2008 que beaucoup d'autres pays et régions, y compris l'Union européenne (UE). D'après le Fonds monétaire international (FMI) et d'autres experts, c'est parce que le Canada a des réglementations et des contrôles beaucoup plus stricts et que son secteur bancaire et financier intérieur est beaucoup moins ouvert aux investissements étrangers et à la concurrence.⁽¹⁾ Les six plus grandes banques canadiennes, par exemple, contrôlent plus de 90 pour cent des actifs bancaires du pays et elles sont protégées contre les rachats étrangers par fusions-acquisitions.

Malgré ces enseignements, le chapitre sur les services financiers de l'Accord économique et commercial global (« Comprehensive Economic and Trade Agreement » ou CETA) vise à ouvrir davantage le secteur et les marchés financiers du Canada et de l'UE. Le CETA n'autorisera pas seulement davantage de flux de services financiers transfrontaliers (des conseils en investissements de portefeuille, par exemple); il facilitera également les investissements (y compris les rachats) entre les secteurs financiers canadiens et



Photo : George Socka, flickr (licence Creative Commons)

européens (l'établissement de succursales bancaires, par exemple). Les défenseurs du libre-échange acclament cet encouragement de la concurrence des investissements entre les banques et autres fournisseurs de services financiers. Le gros inconvénient, néanmoins, est que cela rendrait les systèmes financiers du Canada et de l'UE plus interconnectés et donc plus vulnérables aux chocs extérieurs et à la contagion.

Des obligations présentes dans d'autres parties du CETA augmenteraient encore plus les risques de propagation rapide et d'instabilité financière en période de crise. Les dispositions finales de l'accord, par exemple, exigent que les Parties (Canada et UE) autorisent

¹ Voir par exemple Giovanni Aversi (éditeur), « Canada's financial system among federal regulation and economic crisis. Strengths and vulnerabilities », E-encyclopedia of banking, stock exchange and finance, Assonebb (<http://www.bankpedia.org/index.php/en/89-english/c/23915-canadas-financial-system-among-federal-regulation-and-economic-crisis-strengths-and-vulnerabilities-encyclopedia>); et Chrystia Freeland, « What Toronto can teach New York and London », Financial Times, 29 janvier 2010.

tous paiements et transferts effectués sur les comptes courants (article 30.4) et les obligent à se consulter en vue de libéraliser le transfert des sommes d'argent très importantes, c'est-à-dire des capitaux et des comptes à vocation d'investissement (article 30.5). Le CETA impose également de nombreuses conditions pour qu'un pays en difficulté financière puisse prendre des mesures pour réduire les paiements et les mouvements de capitaux (voir articles 28.4, 28.5 dans le chapitre des exceptions), alors même que la dernière crise a clairement prouvé l'importance de la limitation des flux de capitaux spéculatifs pour juguler les crises financières.

Dans l'ensemble, on peut dire que la concurrence accrue envisagée par le CETA poussera le secteur financier, dans le but de conquérir des parts de marché, à des comportements plus périlleux, à la création et la commercialisation de produits financiers plus risqués et à la diminution des services rendus aux clients les moins riches. La dynamique du CETA va donc à l'encontre des tentatives post-crise pour réformer le secteur financier, supprimer les principaux facteurs de l'instabilité financière, décourager les comportements à risques, réduire la taille du secteur financier (« trop gros pour faire faillite ») et assurer une meilleure protection des consommateurs et de l'économie tout entière.

Parallèlement, le texte du CETA limite la capacité des gouvernements, des parlements et autres institutions publiques à réglementer la finance dans l'intérêt général, que ce soit pour éviter une crise financière et/ou pour réformer le secteur financier, sauf si le Canada et l'UE ont inscrit des exemptions précises aux règles du traité. L'accord élargirait également le droit des investisseurs étrangers de contester des réglementations financières par le biais du mécanisme de règlement des différends investisseur État et il imposerait des restrictions très problématiques et sans précédent aux réglementations nationales non discriminatoires, telles

que l'exigence de licences dans le secteur des services financiers.

DISPOSITIONS PRINCIPALES

Les règles d'« accès au marché » dans le chapitre du CETA sur les services financiers (article 13.6) interdisent aux organismes de régulation financière de prendre des mesures qui limiteraient la participation de capitaux étrangers dans une banque ou une société financière nationale ou de limiter le nombre de prestataires de services financiers de l'autre Partie, la valeur totale de leurs transactions financières ou le nombre total de leurs opérations de service. De telles règles vont à l'encontre de mesures nécessaires pour réduire les bulles financières et restreindre la taille des banques et des compagnies d'assurances « trop grosses pour faire faillite » (et ainsi éviter d'autres coûteux sauvetages financiers payés avec l'argent des contribuables). Il est intéressant de noter que si le CETA interdit généralement aux législateurs d'exiger des services financiers qu'ils s'approvisionnent auprès d'entités spécifiques, cela reste possible « dans les cas où, en vertu du droit de la Partie, l'éventail des services financiers fournis par l'institution financière ne peut pas être fourni par une seule entité. » (Article 13.6.3[b]). Cette précision pourrait autoriser la séparation des activités bancaires de spéculation et de détail, comme envisagé par l'UE et d'autres organismes de réglementations comme moyen d'endiguer de futures crises financières et les sauvetages qu'elles impliquent.⁽²⁾

Le CETA définit quelles lois ou autres mesures seraient autorisées en tant que mesures prudentielles pour réglementer le secteur financier (article 13.16, « exception prudentielle »). La définition s'écarte quelque peu de ce qui existe dans d'autres accords de

2 Il est difficile de savoir jusqu'à quel point cette réserve du CETA pourra tenir, vu qu'elle n'est pas incluse dans l'Accord sur le commerce des services (TiSA) actuellement en négociations à huis clos entre l'UE, le Canada et 21 autres pays membres de l'OMC et qui couvre, pour l'essentiel, les mêmes services financiers.

libre-échange puisque ces mesures prudentielles ne sont pas seulement celles qui protègent les investisseurs, les clients et la stabilité financière, mais elles incluent aussi les interventions qui doivent garantir l'intégrité et la responsabilité d'une institution financière. En outre, l'annexe 13-B du chapitre sur les services financiers établit un certain nombre de garanties afin que les réglementations prudentielles ne soient pas excessivement entravées par le CETA. Si cette protection supplémentaire de la réglementation financière est sans précédent dans les traités de commerce et d'investissement de l'UE, il reste à voir quelle en sera la portée. De plus, il semble peu probable que ces dispositions améliorées soient présentes dans l'Accord sur le commerce des services (« Trade in Services Agreement » ou TiSA), pour lequel le Canada et l'UE négocient sur les mêmes services financiers.

Le CETA encadre les prescriptions et procédures relatives à l'octroi de licences et aux qualifications. Il deviendra plus difficile pour les instances de réglementation et de contrôle d'agir et de réagir, car ces règles devront être établies à l'avance d'une façon aussi objective et simple que possible pour les investisseurs et les prestataires de services financiers (article 12.3, applicable au secteur financier par le biais de l'article 13.2.6). Les licences et les qualifications sont importantes, non seulement pour garantir l'intégrité d'un secteur financier déjà criblé de scandales, mais également pour faire face à de nouveaux produits et aux défis futurs de réglementation concernant, entre autres, les innovations numériques et techniques (ce que l'on appelle la « FinTech »).

Durant les trois années de mise en application du CETA, l'UE et le Canada devront négocier des règles limitant les prescriptions de résultats des investissements dans le secteur financier. Si aucun accord n'est trouvé durant cette période, les prescriptions de résultats applicables aux investissements en général (c'est-à-dire celles qui sont mentionnées à l'article 8.5 du chapitre sur l'investissement) seront automatiquement mises



Photo : Jakob Huber /Campact, flickr (licence Creative Commons)

en application. Celles-ci restreindraient considérablement le champ d'action des politiques gouvernementales visant à encadrer l'action des investisseurs financiers étrangers (les banques et les gestionnaires de fonds spéculatifs, par exemple) et à leur assurer des effets bénéfiques pour l'économie nationale. Fait important, les prescriptions de résultats de l'article 8.5 interdisent aux législateurs de restreindre la vente d'un bien ou d'un service (des transferts de fonds, par exemple) en limitant le volume ou la valeur des exportations de services financiers ou des recettes en devises étrangères. Donner une telle liberté aux services et aux mouvements de capitaux dans le secteur financier pourrait être très déstabilisant, car ils pourraient épuiser les réserves financières d'un pays (les comptes de transactions courantes et de capital) puis intensifier la pression vers une dévaluation de la monnaie.

L'ouverture du marché dans le CETA s'effectue par des « listes » dans lesquelles les parties répertorient les sous-secteurs et les mesures qu'elles souhaitent exclure de la libéralisation et de la déréglementation. Cette approche par « liste négative », avec les engagements qu'elle implique, est nouvelle pour l'UE et elle suppose que tous les services financiers soient ouverts lorsqu'ils



Photo : Clariant, PressReleaseFinder, flickr (licence Creative Commons)

n'ont pas été explicitement exclus. L'UE doit donc avoir connaissance de tous les services financiers qu'elle libéralise (et des effets que cela implique).

La liste négative a pour effet de soumettre automatiquement les nouveaux services financiers (c'est-à-dire les services ou les secteurs développés après que le CETA soit signé) à la concurrence des prestataires de services financiers et des investisseurs étrangers sans savoir les effets que cela pourrait avoir. L'article 13.14 crée quelques possibilités de réglementations gouvernementales sur les nouveaux services – les parties pourraient définir la forme institutionnelle et juridique par laquelle les nouveaux services financiers seraient fournis et pourraient éventuellement exiger une autorisation pour la fourniture du service, par exemple, mais ceci reste très limité. Si les effets négatifs d'un service (un investissement à risque ou un produit de technologie financière « FinTech » qui fait perdre de l'argent aux clients, par exemple) apparaissent à un stade ultérieur seulement, ou si des conséquences imprévues se font jour, le CETA laisse très peu de possibilités pour restreindre l'accès au marché (article 30.2).

De telles garanties pour une ouverture durable des marchés constituent une grande victoire pour les investisseurs, qui veulent

être sûrs de maintenir leur présence et de pouvoir réduire leurs coûts en anticipant les futures réglementations. De nombreuses provinces canadiennes ont inscrit des dérogations aux rachats étrangers et des garanties que les législations provinciales resteront applicables à l'industrie financière étrangère pour s'assurer que les services financiers sont adaptés aux circonstances locales. L'Europe, en revanche, n'a inséré que très peu de garanties de cette nature, si ce n'est aucune.

PLUS DE PRIVILÈGES POUR LA FINANCE, MOINS DE PROTECTION DES DONNÉES

Le CETA ne garantit pas de meilleurs services financiers pour les entreprises et le grand public ou un financement suffisant pour la transition vers une société socialement et écologiquement plus durable au Canada et en Europe. En revanche, le CETA cherche à renforcer considérablement la rentabilité du secteur de la finance en étendant les méthodes et les instruments à sa disposition pour protéger ses intérêts. Analysons les nouveaux privilèges proposés par le CETA aux secteurs financiers canadien et européen :

➔ Des protections générales sur l'investissement – y compris le « traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales », l'indemnisation de pertes et de certaines expropriations, l'autorisation de transférer tous les fonds liés à un investissement, etc. – seront pleinement applicables aux secteurs financiers (article 13.2.3).⁽³⁾

3 L'article 13.20 indique : « Le Comité mixte de l'AÉCG [CETA] peut établir une liste d'au moins 15 personnes, choisies pour leur objectivité, leur fiabilité et leur capacité de discernement, et qui sont disposées et aptes à exercer les fonctions d'arbitre. » Et « Les arbitres figurant sur la liste doivent avoir des connaissances spécialisées ou de l'expérience dans le domaine du droit ou de la réglementation des services financiers, ou de la pratique connexe, ce qui peut comprendre la réglementation des fournisseurs de services financiers. » Compte tenu du caractère inédit de ces réformes à la procédure ISDS, il est difficile de savoir quelles conséquences elles auront sur l'arbitrage en investissement.

→ La possibilité d'engager des poursuites contre un gouvernement en vertu de la procédure du mécanisme de règlement des différends investisseur État (ISDS) ou Système judiciaire sur l'investissement (« Investment Court System » ou ICS) si un fournisseur de services financiers ou un investisseur estime qu'une réglementation ou autre mesure viole les protections de l'investissement susmentionnées. La Belgique, la Grèce et Chypre ont déjà fait face à des recours contre des mesures prises pour atténuer l'impact de la crise financière. Fait intéressant, poursuivre un gouvernement pour des pertes dues à des réglementations financières prudentielles semble un peu plus difficile que dans d'autres accords de libre-échange. Une poursuite investisseur État contre des réglementations peut être rejetée d'entrée de jeu par décision d'un Comité sur les services financiers eurocanadien (qui reste à être établi dans le cadre du CETA) ou, à défaut, par le comité mixte du CETA (article 13.1-6 et 13.16, annexe 13-B). Cependant, si le Canada et l'UE ne parviennent pas à un consensus dans ces organismes, ou si les procédures ne sont pas respectées durant les délais impartis par le CETA, les mesures réglementaires pourront toujours être contestées.

→ Certaines obligations d'États, ce que l'on appelle la « dette publique », sont également soumises à l'ISDS. L'annexe 8-B exclut les poursuites pour des obligations qui n'auraient pas été (entièrement) payées du fait d'une « restructuration » de la dette si au moins 75 % des détenteurs de la dette ont consenti à un tel processus de réduction de la dette. Par voie de conséquence, dans d'autres circonstances où les gouvernements confrontés à une crise financière agissent pour réduire leurs dettes publiques afin de protéger l'intérêt public, les détenteurs de la dette pourraient tenter des poursuites pour un remboursement intégral de la dette en vertu de l'ISDS – à la charge des contribuables. Certains fonds d'investissement, connus sous le nom de fonds vautour, sont spécialisés dans

l'exploitation des défauts de paiement de la dette publique et ils refusent de consentir à des réductions de dette.

→ En plus de l'ISDS, les prestataires de services financiers et les investisseurs sont protégés par le mécanisme de règlement des différends d'État à État en cas de violation d'autres articles de l'accord.

Tandis que les sociétés financières et les investisseurs sont généreusement protégés par les règles du CETA sur l'investissement, la vie privée de leurs clients et du grand public ne l'est pas. L'article 13.15 indique que l'UE et le Canada devraient maintenir des protections « adéquates » pour protéger la vie privée et que le transfert de données financières personnelles devrait s'effectuer en conformité avec la législation de provenance des données. Cependant, le CETA exige également que chaque Partie « autorise une institution financière ou un fournisseur de services financiers transfrontaliers de l'autre Partie à transférer des informations sous forme électronique ou autre, à l'intérieur et en dehors de son territoire, pour que ces informations soient traitées si ce traitement est nécessaire dans le cours ordinaire des activités commerciales. » Ce point soulève de nombreuses questions compte tenu des débats actuels sur la protection des données, dans le cadre du bouclier de protection des données personnelles UE – États-Unis par exemple.

Que sont des protections « adéquates » ? Qui vérifiera si les transferts de données ne se font que pour qu'elles soient traitées et que pour des activités commerciales ordinaires ? Comment l'UE s'assurera que les informations personnelles seront protégées au Canada comme elles devraient l'être en Europe et vice versa ? Les données financières et personnelles sont une cible très attrayante pour les pirates informatiques, les services de renseignements et les négociants, ce qui signifie que de solides garanties sont nécessaires pour les protéger. Le secteur de la finance a déjà



Photo : Ann Wuyts, flickr (licence Creative Commons)

montré son opposition à des lois restrictives visant à protéger et localiser les données financières personnelles, car elles représenteraient, soi-disant, un obstacle à la flexibilité et des coûts supplémentaires.⁽⁴⁾

ENDIGUER LE DROIT DE RÉFORMER

Dernier point, mais non des moindres, le CETA fournit au secteur de la finance un instrument pour influencer le processus décisionnel des législations et des réglementations futures en matière de finance. L'UE et le Canada ont convenu qu'ils devraient, « dans la mesure du possible », fournir au secteur financier et autres intervenants la possibilité raisonnable de commenter une loi, une réglementation, une procédure ou autre mesure qu'un pays ou que l'UE a l'intention de prendre et qui concerne le secteur financier (article 13.11). Le secteur

financier a des ressources considérables à sa disposition. Si l'on analyse sa réponse aux réformes financières d'après-crise, ses lobbys ont prouvé qu'ils pouvaient sérieusement saper les réglementations financières visant à protéger les citoyens, les budgets gouvernementaux et l'économie contre des pratiques abusives et l'instabilité financière ou les crises. Il n'y a aucune disposition dans le CETA qui s'assure que les commentaires reçus durant la phase du développement d'une réglementation seront contrebalancés par des apports ou des arguments provenant du reste de la société et que l'intérêt général sera privilégié.

Dans l'annexe 13-C, l'UE et le Canada s'engagent à établir un dialogue réglementaire concernant les normes internationales et la stabilité financière transfrontalière. Il manque des cadres solides pour une coopération permanente entre les superviseurs afin de détecter les comportements à risque, empêcher les pratiques abusives, protéger les consommateurs, identifier les situations d'instabilité financière et agir immédiatement et à l'unisson en période de crise financière. Les répercussions de la crise financière de 2008 étaient bien plus graves en Europe qu'au Canada en partie, car l'UE avait un secteur financier bien plus ouvert et libéralisé avec des réglementations et une surveillance incomplètes, ainsi que des cadres institutionnels insuffisants pour coopérer en temps de crise. L'UE traîne déjà des pieds pour mettre en place les réformes nécessaires; il sera encore plus difficile de les construire après l'approbation du CETA. Il sera également compliqué de mettre en place des dispositifs appropriés pour coopérer avec le Canada et pouvoir faire face à la prochaine crise financière.

⁴ Le secteur financier des États-Unis, par exemple, a exercé de fortes pressions contre la position du gouvernement des États-Unis qui consistait à permettre la localisation des données financières dans le cadre du TPP, il a même menacé de ne pas supporter le traité si le droit de transférer librement toutes les données, y compris les données financières, n'était pas assuré. Les négociations du TiSA ont également traité au transfert de données financières et pas seulement à des fins de traitement.

CETA : Les services publics menacés

*Roeline Knottnerus, Transnational Institute
avec Scott Sinclair, Centre canadien de politiques alternatives*

Les services publics tels que les soins de santé, l'éducation, les services sociaux, les transports publics, la distribution de l'énergie, l'approvisionnement en eau, les services postaux, les services de logement social et les services culturels sont essentiels au bien-être collectif et ils sont d'une importance capitale pour le développement économique, la solidarité sociale et la démocratie⁽¹⁾. Cependant, dans le cadre de vastes traités de commerce et d'investissement très ambitieux, les services publics sont plutôt considérés comme des marchés réels ou potentiels, se prêtant à la commercialisation. À cet égard, le CETA va encore plus loin que les accords commerciaux antérieurs dans la mesure où il limite la capacité des gouvernements à créer, étendre, restaurer et réglementer les services publics.

Le CETA est à ce jour l'accord le plus large en matière de services et d'investissement jamais conclu par l'Union européenne (UE). Le CETA offre aux prestataires de services canadiens et européens nombre de possibilités supplémentaires en matière d'accès au marché, de protection de leurs investissements et d'applicabilité de leurs droits commerciaux. Dans le CETA, les services publics sont concernés par des obligations et des engagements formulés dans les chapitres sur l'investissement, le commerce transfrontalier des services, les marchés publics, ainsi que les règles transversales sur l'accès aux marchés, la non-discrimination (traitement national, traitement de la nation la plus



Photo : Sage Ross, Wikimedia Commons (licence Creative Commons)

favorisée) et sur la protection de l'investissement (notamment le très contestable et problématique « traitement juste et équitable » et les clauses sur l'expropriation indirecte).

La Commission européenne affirme que les services publics sont entièrement protégés dans le CETA, comme dans tous les accords commerciaux de l'UE, dans la mesure où les investisseurs et les prestataires de services d'une Partie devront respecter toutes les réglementations en vigueur sur le territoire de l'autre Partie. Toutefois, le CETA ne garantit pas que les Parties engagées par l'accord restent libres de fournir et réglementer les services publics comme elles le souhaitent. Le CETA réduit la marge de manœuvre laissée aux politiques publiques par les dispositions sur l'accès au marché et

¹ Markus Krajewski, « Public services in bilateral free trade agreements of the EU », AK Wien, EPSU, FSESP et EGÖD, novembre 2011



Photo : Hugo Cardoso, flickr (licence Creative Commons)

sur la protection des droits des prestataires de services étrangers et des investisseurs. Il limite effectivement les possibilités des gouvernements – au niveau local, étatique, national et régional – de fournir des services publics et de les réglementer dans l'intérêt public.

Contrairement à ce qu'affirme la Commission européenne, seuls les services « fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental », ce qui signifie « tout service qui n'est fourni ni sur une base commerciale ni en concurrence avec un ou plusieurs fournisseurs de services », sont entièrement exclus du traité. Très peu de services publics ne présentent pas de concurrence entre fournisseurs et les concepts de « concurrence » et de « base commerciale » ne sont pas définis juridiquement. En tant que tels, tous les services fournis contre n'importe quelle forme de rémunération ou par plus d'un seul prestataire peuvent être considérés comme étant fournis sur une base commerciale et/ou en concurrence avec d'autres prestataires de service. En pratique donc, l'exclusion est très limitée et tout à fait inadaptée pour protéger la plupart des services publics contre des

contestations en matière de commerce et d'investissement⁽²⁾.

INSCRIVEZ-LES SUR LA LISTE OU PERDEZ-LES

L'absence d'une exclusion exhaustive des services publics dans le CETA force les gouvernements qui souhaitent les protéger à recourir à des dérogations spécifiques, nommées « réserves », par pays ou par Partie. Les précédents traités commerciaux de l'UE recouraient à l'approche de « liste positive » selon laquelle les pays membres répertoriaient les secteurs (ou les services) qu'ils souhaitaient soumettre, et les conditions auxquelles ils souhaitaient le faire, aux obligations du traité en matière de services et d'investissement. Avec le CETA, pour la première fois, l'UE et les États membres ont eu recours à l'approche de « liste négative » selon laquelle tous les secteurs et les mesures se rapportant aux investissements et au commerce de services sont automatiquement soumis, sauf s'ils sont expressément exclus par les gouvernements qui doivent alors les inscrire dans les réserves des annexes de l'accord (annexe I et annexe II). Ce changement d'approche constitue une grande victoire des lobbies d'entreprises des deux côtés de l'Atlantique, lesquels voulaient assurer une couverture (et une libéralisation) maximum des services.

Les réserves de l'annexe I excluent les mesures existantes qui autrement violeraient le CETA. Les gouvernements peuvent changer ces mesures, ou amender les réglementations touchant aux secteurs protégés par l'annexe I, mais uniquement de façon à les rendre plus conformes au traité. Ces réserves sont soumises à la célèbre « clause cliquet » : si une mesure exemptée est amendée ou abolie, elle ne peut pas être rétablie par la suite. Les réserves de l'annexe I peuvent

² Seuls les services fondamentaux de l'État sans intérêt commercial, tels que « les services policiers et judiciaires, les prisons, les régimes légaux de sécurité sociale, la sécurité des frontières, le contrôle du trafic aérien, etc. » sont protégés par l'exclusion relative au pouvoir gouvernemental. Commission européenne, « Reflections Paper on Services of General Interest in Bilateral FTAs », 2011.

exempter des mesures existantes au niveau de l'UE comme au niveau des gouvernements nationaux, régionaux, territoriaux, provinciaux ou locaux. Pour les services inscrits dans l'annexe I, une renationalisation ou une remunicipalisation n'est pas envisageable. La réserve de l'UE pour les services postaux dans l'annexe I, par exemple, est très limitée, cela signifie que le CETA bloquerait effectivement les niveaux actuels de privatisation ou de déréglementation des services postaux européens⁽³⁾.

Les réserves de l'annexe II visent à fournir de la flexibilité aux gouvernements pour conserver ou adopter des mesures nouvelles qui seraient par ailleurs incompatibles avec les règles du CETA en matière d'accès au marché, de traitement national, du traitement de la nation la plus favorisée, des prescriptions de résultats, de la composition des hautes directions et des conseils d'administration. Cependant, de nombreuses réserves européennes en matière de services publics sont formulées de manière ambiguë, faisant par exemple référence aux « services qui bénéficient de fonds publics ou du soutien de l'État sous quelque forme que ce soit »⁽⁴⁾. Ce genre d'imprécisions créent un flou juridique quant à la portée de ces réserves et laisse les Parties vulnérables à des poursuites d'investisseurs – lors desquelles il reviendra aux arbitres de statuer sur la conformité d'une mesure contestée. Les autres réserves de l'annexe II ne fournissent qu'une protection partielle ou incomplète. Les services de distribution d'eau potable, par exemple, sont exclus des obligations du CETA en matière d'accès au marché et de traitement national sur les réserves de l'annexe II de l'UE, mais les services de traitement des eaux usées

ne sont pas protégés⁽⁵⁾. De plus, les règles concernant la protection de l'investissement s'appliquent pleinement à tous les services d'eau.

Les réserves de l'annexe II de l'UE concernant l'accès au marché et à l'investissement, applicables à tous les secteurs, autorisent les gouvernements à maintenir des monopoles publics ou à donner des droits exclusifs aux prestataires privés de services considérés d'utilité publique du point de vue national ou local. Cette réserve, bien qu'elle soit positive, est loin d'être adéquate⁽⁶⁾. Le terme « utilité publique » n'est pas défini, le laissant vulnérable aux contestations. En outre, cette réserve protège des poursuites seulement pour une seule partie des règles du CETA sur l'accès au marché (article 8.4.1 [a][i]). Les gouvernements restent entièrement exposés à des poursuites en vertu des dispositions sur le traitement juste et équitable du CETA, par exemple (article 8.10) et sur l'expropriation (article 8.12), contre lesquelles aucune réserve n'est acceptée.

VERROUILLER LA PRIVATISATION ET RESTREINDRE LE DROIT DE RÉGLEMENTER

Par conséquent, ramener un service auparavant privé dans le secteur public pourrait provoquer une poursuite investisseur État en vue d'un dédommagement de l'ancien prestataire de service privé. Les décisions délicates quant à un niveau de dédommagement juste et adéquat, le cas échéant, ne seront pas prises par des gouvernements élus ou des tribunaux nationaux, mais par les tribunaux d'arbitrage en investissement du CETA. Sous la menace de telles poursuites, des initiatives telles que celles déployées par le mouvement

3 Thomas Fritz, « Why is trade policy important for workers and public services ? », présentation du séminaire « Challenging the liberalisation of public services in TTIP and beyond », Vienne, 15 janvier 2015 (<http://thomas-fritz.org/english/why-is-trade-policy-important-for-workers-and-public-services>).

4 Voir, par exemple, les réserves européennes de l'annexe II pour les services de santé et d'éducation, CETA, annexe II, liste de l'Union européenne.

5 Certains gouvernements de l'UE, celui de l'Allemagne par exemple, ont pris des réserves nationales supplémentaires pour exempter les services de traitement des eaux usées.

6 Pour une critique détaillée de cette formulation, présente dans les précédents traités commerciaux de l'UE, voir Krajewski, 2011.

de remunicipalisation des services des eaux en France pourraient à coup sûr devenir des projets très coûteux⁽⁷⁾. Dans ce contexte, il est important de remarquer que les fonds de pension canadiens ont d'importantes parts dans les services des eaux privés, au Royaume-Uni, par exemple⁽⁸⁾.

À moins que des réserves spécifiques ne s'appliquent, le CETA interdit généralement aux gouvernements de limiter l'accès aux marchés, en imposant des quotas sur le nombre de prestataires de services, par exemple, ou en les obligeant à avoir une forme juridique déterminée (tels que des organismes à but non lucratif). Fait important, ces dispositions interdisent de limiter l'accès à un marché même quand de telles limites ne constituent pas une discrimination en faveur des prestataires locaux⁽⁹⁾. Ces interdictions sont calquées sur les formulations de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS), mais dans le CETA, les interdictions des limites d'accès au marché ne s'appliquent pas seulement aux services, mais aux « activités économiques » en général⁽¹⁰⁾.

De telles restrictions pourraient affecter les prescriptions de quota que certains pays membres de l'UE maintiennent pour réduire les coûts en matière de soins de santé, par exemple, par lesquels les médecins sont tenus de prescrire à leurs patients une part déterminée de produits pharmaceutiques moins chers, essentiellement génériques. En vertu du CETA, ces règles pourraient être poursuivies comme des infractions aux dispositions sur l'accès

au marché⁽¹¹⁾. Le CETA interdirait également les prescriptions de résultats (article 8.5) que les gouvernements utilisent fréquemment comme outil pour mettre les investissements au service d'objectifs sociétaux plus larges, y compris pour améliorer les normes environnementales ou pour stimuler l'emploi local.

Le CETA sera le premier accord de libre-échange et d'investissement d'envergure de l'UE avec une Partie dont le niveau de développement est comparable au sien et dont les prestataires de services en matière de soins de santé, d'éducation, d'énergie, de transport et de services environnementaux sont susceptibles d'avoir de réels intérêts pour le marché de l'UE. Une exemption claire de toutes les mesures relatives aux dispositions et aux réglementations sur les services publics aurait été infiniment préférable au patchwork actuel de réserves qui ne fournit que des protections partielles et fragmentaires à des services publics vitaux⁽¹²⁾. Contrairement aux promesses officielles, les services publics essentiels ne sont pas pleinement protégés. Le CETA, dans sa forme actuelle, s'oppose à la liberté des gouvernements élus démocratiquement de fournir et de réglementer des services publics dans l'intérêt général.

7 Lors d'un récent débat parlementaire en séance plénière à propos du CETA, le ministre néerlandais du Commerce, L. Ploumen, a affirmé que les exceptions de l'annexe II préservent le droit de définir et réglementer les services publics, y compris le droit de revenir sur les libéralisations. Néanmoins, pour les raisons évoquées plus haut, ce n'est pas une position défendable. Voir la transcription ici : <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/detail?id=2016D23660&did=2016D23660>.

8 Maude Barlow, « Lutte contre le TTIP, l'AECG et le mécanisme de RDIE : les enseignements du Canada », Conseil des Canadiens, avril 2016, p. 12.

9 Ellen Gould, « Public Services, in Making Sense of CETA », Centre Canadien de Politiques Alternatives, septembre 2014.

10 Ibid.

11 Thomas Fritz, « CETA and TTIP: Potential impacts on health and social services », document de travail commandé par la Fédération syndicale européenne des services publics (FSESP), avril 2016, p. 10.

12 Krajewski, « Model clauses for the exclusion of public services from trade and investment agreements » étude commandée par la Chambre du travail de Vienne et la Fédération syndicale européenne des services publics, février 2016 : « Les accords commerciaux signés par l'UE depuis 1995 étaient des accords avec des pays en voie de développement et des marchés émergents (le Mexique, le Chili, la Corée du Sud, le Pérou, etc.). Dans ces pays, il n'y a pas de fournisseurs commerciaux de services publics significatifs ayant des intérêts pour l'accès au marché de l'UE. À l'inverse, les fournisseurs européens étaient intéressés par l'accès aux marchés de ces pays. Par conséquent, les engagements de l'UE et le modèle protégeant les services publics n'ont jamais véritablement été mis à l'épreuve. Ceci pourrait complètement changer avec la signature du CETA et encore plus avec celles du TTIP ou du TiSA. »

Commerce des services*

Thomas Fritz, PowerShift e.V.

Édité par Hadrian Mertins-Kirkwood, CCPA

POINTS PRINCIPAUX

Lorsque l'on pense au libre-échange, on pense généralement au commerce de biens tels que le café, les voitures ou les produits chimiques. Réduire les obstacles au commerce des biens est l'un des objectifs du CETA, néanmoins l'accord vise également à libéraliser le commerce des services tels que les transports, l'assurance et la communication. Étant donné que les principaux obstacles au commerce international des services sont des réglementations gouvernementales, le chapitre du CETA sur le commerce transfrontalier des services (chapitre 9) a non seulement des implications pour le commerce, mais également pour les politiques publiques.⁽¹⁾

Le chapitre intègre des dispositions sur le traitement national (article 9.3), la nation la plus favorisée (article 9.5) et l'accès au marché (article 9.6) qui sont destinées à libéraliser le commerce des services entre le Canada et l'UE. Les dispositions sur le

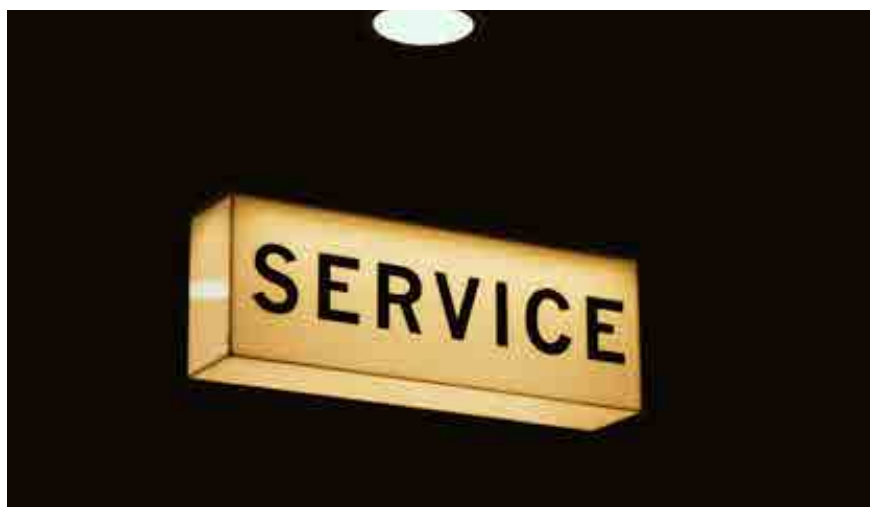


Photo : Mike Wilson, unsplash.com licensed under Creative Commons Zero

traitement national et la nation la plus favorisée obligent les gouvernements à traiter les prestataires de services étrangers *au moins aussi bien* que les prestataires de services nationaux ou d'autres partenaires commerciaux. Les dispositions d'accès au marché interdisent aux gouvernements d'imposer des examens préalables des besoins économiques ou d'autres limites au nombre total de prestataires de services, à la valeur de leurs services ou aux résultats de ces services. En somme, le CETA ouvre la porte aux prestataires de services étrangers en réduisant la capacité des gouvernements à réglementer la pénétration et l'activité sur leurs marchés nationaux, même lorsque de telles réglementations ne constituent pas

1 La valeur totale du commerce des services commerciaux entre le Canada et l'UE était environ de 15,6 milliards d'euros en 2013 (22,74 milliards de dollars en août 2016), tandis que la valeur du commerce de marchandises était d'environ 56,7 milliards d'euros (821,75 milliards de dollars). Voir les statistiques du Canada, « Tableau 376-0036 : Transactions internationales de services, par certains pays » et « Tableau 228-0069 : Importations, exportations et balance commerciale de marchandises, base douanière et balance des paiements pour tous les pays, par désaisonnalisation et les principaux partenaires commerciaux » (disponibles sous : <http://www5.statcan.gc.ca/cansim>).

* Ce chapitre est basé sur des travaux antérieurs de l'auteur à propos du CETA. Voir Thomas Fritz (2015), *Analysis and Evaluation of the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between EU and Canada*, Hans-Böckler-Foundation (<http://www.boeckler.de/pdf/fof/S-2014-779-1-3.pdf>).



© Collectifstoptafta.org

une discrimination entre les prestataires de services étrangers et nationaux.

Il existe différentes exceptions et réserves aux dispositions sur les services, mais la portée du chapitre est tout de même très large. Contrairement à l'Accord général sur le commerce des services (ou AGCS), le CETA utilise une approche de liste négative. Cela signifie que tous les services sont couverts par défaut sauf s'ils ont été explicitement exclus par les négociateurs. De plus, le CETA intègre les clauses cliquet et de statu quo qui verrouillent le niveau actuel de la libéralisation des services dans tous les pays et qui empêchent les gouvernements de revenir sur de futures libéralisations entreprises volontairement.

De ce fait, le CETA compliquerait la tâche des pays voulant protéger et étendre leurs services publics. Avec le temps, il deviendra également plus difficile de réglementer les prestataires de services privés.

ANALYSE DES DISPOSITIONS PRINCIPALES

Champ d'application

Le chapitre du CETA sur le commerce transfrontalier des services englobe deux modes de prestation de services : (i) « en provenance du territoire d'une Partie et à destination du territoire de l'autre Partie » ce qui correspond au mode 1 de l'AGCS (les prestations transfrontalières); et (ii) « sur le territoire d'une Partie à l'attention d'un consommateur de services de l'autre Partie », ce qui correspond au mode 2 de l'AGCS (la consommation à l'étranger) (article 9.1). Le mode 3 de l'AGCS (la présence commerciale) est couvert par les dispositions sur l'investissement du chapitre et le mode 4 (la présence de personnes physiques) est couvert par les dispositions sur les séjours temporaires au chapitre 10.

Les dispositions du CETA sur la non-discrimination (traitement national et nation la plus favorisée) dans le chapitre sur les services ne constituent pas une nouveauté pour un accord de libre-échange. Le CETA se différencie d'autres traités tels que l'ALÉNA, car il garantit l'accès au marché à des prestataires étrangers dans le chapitre sur les services et dans celui sur l'investissement. Cela signifie qu'en vertu de CETA, les gouvernements ne peuvent pas limiter la présence d'un prestataire étranger sur le marché national des services, même si le traitement n'est pas discriminatoire. Les monopoles et les prestataires exclusifs sont interdits par défaut en vertu de ces dispositions.

Le chapitre sur les services contient bien quelques exceptions générales. Sont exclus les « services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental » (article 9.2[2][a]), bien qu'en pratique cette réserve est très restreinte (voir section « services publics » ci-dessous). Le chapitre exclut aussi les services audiovisuels de l'UE, les secteurs culturels du Canada et les services financiers des deux Parties. Les services de transport aérien

sont en général exemptés, mais certains services spécifiques de transport aérien, tels que les services de manutention au sol, sont explicitement inclus. Les marchés publics, tant qu'ils ne font pas l'objet d'une revente commerciale, sont exclus, comme le sont les subventions et les autres formes d'aides publiques (article 9.2[2][f] et [g]). En revanche, le chapitre 9 n'inclut aucune disposition particulière pour les normes sociales ou relatives au travail.

Liste négative

En plus des exceptions générales décrites ci-dessus, le Canada comme l'UE prévoient des exceptions aux chapitres sur l'investissement et les services propres à chacune des Parties. Toutefois, contrairement à l'AGCS, qui emploie une approche de « liste positive » pour la libéralisation, le CETA emploie une approche de « liste négative ».

Une liste positive signifie que les dispositions sur la libéralisation de l'accord s'appliquent uniquement aux domaines et mesures que les Parties ont spécifiquement inclus à leurs listes d'engagements. Avec la liste négative du CETA, en revanche, tous les domaines qui ne sont pas inscrits dans les listes des Parties peuvent en principe faire l'objet d'une libéralisation. Cette approche est également qualifiée de « inscrivez-les sur la liste ou perdez-les » (« list it or lose it »), car tout ce qui ne figure pas explicitement sur la liste ne peut être protégé contre une libéralisation à venir. Ceci ne s'applique pas uniquement aux services déjà en place, mais également aux nouveaux services qui apparaissent – dans le domaine du commerce en ligne, par exemple. En raison de cette portée sans limites, la liste négative n'est pas transparente. Il est difficile de percevoir quels domaines vont être complètement libéralisés, dès maintenant ou plus tard.

La liste négative des réserves du CETA prévoit des restrictions aux principes fondamentaux de libéralisation : l'implantation (accès au marché, prescriptions de résultats) et la non-discrimination (traitement national,

nation la plus favorisée). Ces restrictions sont réparties dans l'annexe I (réserves au regard des mesures existantes et engagements de libéralisation) et l'annexe II (réserves au regard des mesures futures). Pour l'UE, les annexes contiennent des exceptions pour l'ensemble de l'UE et d'autres propres à chaque pays membre. Pour le Canada, la liste des réserves est divisée entre les exceptions fédérales et provinciales.

L'annexe I contient des réserves pour les « mesures non conformes existantes », que ce soit des lois, des réglementations ou autres activités gouvernementales. L'annexe I est la liste la plus faible, car elle protège uniquement les mesures qu'une partie est déjà en train de prendre et pas nécessairement les actions futures. Ces réserves sont également l'objet des mécanismes de « statu quo » et de « cliquet » (voir ci-dessous).

L'annexe II, en revanche, contient des réserves pour les actions et mesures actuelles et futures prises par la Partie. Les réserves de l'annexe sont destinées à autoriser la mise en place de réglementations plus discriminatoires ou la révision de dérèglementations passées. Pour cette raison, elle est parfois qualifiée d'annexe de l'« espace politique »; dans quelle mesure les réserves de l'annexe II protègent-elles effectivement un tel espace politique dépend largement des formulations en elles-mêmes. Une analyse des réserves de l'annexe II montre qu'il y a assurément des lacunes concernant certains domaines (voir la section « services publics » ci-dessous).

L'approche de liste négative du CETA a également entraîné de lourdes incohérences dans les réserves nationales (c'est-à-dire les exceptions propres à un pays) pour les services publics et autres services essentiels. L'Allemagne, par exemple, a ajouté des réserves pour toute l'UE avec une réserve nationale de grande portée mettant les soins de santé à l'abri du traité, mais d'autres pays membres de l'UE tels que le Royaume-Uni ou la Hongrie laissent de grandes parties de leurs systèmes de santé exposées au

traité. Cette incohérence se retrouve dans beaucoup d'autres domaines, tels que la gestion des déchets ou le traitement des eaux usées. Il en résulte un patchwork disparate de protections fragilisant le tissu social de l'Europe. Ceci montre comment des traités tels que le CETA et le TTIP permettent à un simple gouvernement conservateur, délibérément ou par négligence, de verrouiller la déréglementation de services, et ce pour tous les prochains gouvernements.

Statu quo et cliquet

Tous les services de l'UE et du Canada, y compris ceux inscrits dans l'annexe I, mais pas ceux inscrits dans l'annexe II, sont soumis aux mécanismes de statu quo et de cliquet du CETA. Le mécanisme de statu quo verrouille le niveau actuel de libéralisation des services, tandis que le mécanisme de cliquet transforme les futures libéralisations en engagements du CETA. Ces mécanismes sont présents dans le chapitre sur l'investissement (articles 8.15 [1], [a] et [c]) et dans le chapitre sur les services (articles 9.7 [1], [a] et [c]), bien que cela ne soit pas explicitement mentionné. Les mécanismes de statu quo et de cliquet sont fondés sur des formulations spécifiques dans les dispositions de réserves.

Premièrement, les exceptions au chapitre des services renvoient uniquement aux « mesures non conformes existantes » (article 9.7 [1], [a]), mais aucunement aux actions futures. Par conséquent, les gouvernements ne peuvent adopter de nouvelles mesures qui enfreignent les termes de l'accord. Le niveau actuel de libéralisation est verrouillé, il s'agit de l'effet statu quo.

Deuxièmement, une mesure prise par une Partie ne peut pas « diminuer la conformité » avec les dispositions sur la non-discrimination et l'accès au marché contenues dans le CETA. Conformément à l'article 9.7 [1] et [c] les modifications sont seulement permises :
→ « Pour autant que la modification ne diminue pas, la conformité de la mesure aux articles 9.3 [traitement national], 9.5 [nation la plus favorisée] et 9.6 [accès au marché],

telle qu'elle existait immédiatement avant la modification. »

Autrement dit, tous changements effectués aux régimes des investissements et des services ne sont autorisés que s'ils augmentent la libéralisation au sens du CETA. Ceci vaut également si la Partie veut revenir sur une décision délibérée faite après la mise en œuvre du CETA, car il est écrit « telle qu'elle existait immédiatement avant l'entrée en vigueur de la modification » et non celle « lors de l'entrée en vigueur du présent accord. » Bien qu'il ne soit pas nommé dans le texte, il s'agit de facto du mécanisme de cliquet.

Exemples de réserves de l'annexe I

Dans l'annexe I de sa liste, l'UE a inséré une réserve d'accès au marché très restreinte pour les services postaux :

→ « Dans l'UE, l'organisation du placement des boîtes aux lettres sur la voie publique, de l'émission des timbres-poste et de la prestation du service d'envois recommandés utilisé dans le cadre de procédures judiciaires ou administratives peut faire l'objet de restrictions conformément à la législation nationale. »

De plus, l'UE se réserve le droit de lier la délivrance de licences pour la prestation de services postaux aux obligations de service universel. En raison des mécanismes de statu quo et de cliquet, toute extension des activités des services postaux publics ou activités des entreprises postales pour le compte du secteur public qui dépasserait les domaines cités ici (c'est-à-dire le placement des boîtes aux lettres sur la voie publique, l'émission des timbres-poste et la prestation du service d'envois recommandés utilisé dans le cadre de procédures judiciaires ou administratives), pourrait, dans certains cas, constituer une infraction aux règles du CETA.

Il convient ici d'observer que, malgré de précédentes libéralisations et privatisations du secteur postal, en principe il ne peut être

exclu que l'État change de préférence. Il faut comprendre que dans l'UE, contrairement à une idée répandue, seuls Malte et les Pays-Bas ont entièrement privatisé leurs services postaux qui étaient publics auparavant. Dans la majorité des États membres, bien que ces services aient été transformés en des entités de droit privé, ils restent souvent à 100 pour cent propriétés des États. Dans d'autres cas, les gouvernements conservent des participations plus réduites. Le gouvernement allemand, par exemple, possède 21 pour cent des parts de la Deutsche Post AG par sa banque de développement KfW.⁽²⁾ L'intérêt public de ce secteur existe donc toujours et une éventuelle extension des activités de l'État ne devrait pas être catégoriquement exclue.

Une autre réserve de l'annexe I de l'UE concerne le transport ferroviaire :

→ *La prestation de services de transport ferroviaire requiert une licence, qui ne peut être accordée qu'aux entreprises ferroviaires établies dans un État membre de l'UE.*

Les licences pour le transport ferroviaire transfrontalier ne peuvent donc qu'être accordées aux compagnies ferroviaires implantées dans l'UE. À cause des clauses de statu quo, une extension des obligations allant au-delà des prérequis à l'implantation – l'imposition de certaines obligations de services publics, par exemple – peut être considérée comme une infraction au CETA.

La liste de l'annexe I propre à l'Allemagne intègre également différentes restrictions en matière d'autorisation des médecins, des services d'urgence et de télé médecine. Si ces restrictions venaient à être assouplies après l'entrée en vigueur du CETA – en rendant le processus d'autorisation plus simple, par exemple – ces libéralisations deviendraient des obligations contraignantes du traité sur la base du mécanisme de cliquet. Les modifier à une date ultérieure pourrait constituer une infraction au CETA.

Les services publics et l'exception d'utilité publique

Les services publics relèvent effectivement du CETA. Bien que les « services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental » soient exclus des chapitres sur l'investissement et sur le commerce transfrontalier des services, l'exception est définie de manière trop succincte dans l'article 9.1 :

→ « *tout service qui n'est fourni ni sur une base commerciale ni en concurrence avec un ou plusieurs fournisseurs de services* ».

Il existe une grande diversité de services pour lesquels des fournisseurs publics coexistent avec des entreprises ou des opérateurs privés fournissant des services au compte de l'État (les services publics, le transport, l'éducation, les soins de santé, la culture). Dans tous ces domaines, des situations de concurrence peuvent survenir, ce qui signifie que ces domaines sont exclus du champ d'application du « pouvoir gouvernemental » tel qu'il est étroitement défini dans le CETA.

L'UE a inscrit une exception restreinte pour les services publics dans l'annexe II – la réserve d'utilité publique – qui a également été utilisée dans d'autres accords de libre-échange de l'UE. Elle apparaît comme ceci :

→ **Type de réserve :** Accès aux marchés

→ **Description :** Investissement

→ *Dans tous les États membres de l'UE, les services reconnus d'utilité publique du point de vue national ou local peuvent faire l'objet de monopoles publics ou de droits exclusifs octroyés à des opérateurs privés. (...) Des droits exclusifs sur ce type de services sont souvent octroyés à des opérateurs privés, notamment à des opérateurs ayant obtenu des concessions de la part des pouvoirs publics et qui sont soumis à certaines obligations en matière de service. Comme il existe souvent aussi des entreprises de services publics à des échelons inférieurs au niveau central, l'établissement d'une liste détaillée et complète par secteur n'est pas réalisable. La présente réserve ne s'applique pas aux*

² http://www.dpdhl.com/en/investors/shares/shareholder_structure.html



Photo : © Erik Vidal/Scanpix

services de télécommunications et aux services informatiques et services connexes.

Cette réserve comporte également une liste indicative des secteurs pour lesquels il existe des monopoles et des droits exclusifs. Malheureusement, malgré son importance, cette réserve est loin d'être adéquate. Le terme « utilité publique » n'est même pas défini, laissant la voie libre aux contestations. La réserve d'utilité publique est également affaiblie par plusieurs lacunes.

Premièrement, la réserve est loin d'être complète, elle protège contre les contestations en vertu des obligations d'accès au marché seulement et non contre celles en vertu du traitement national, du traitement de la nation la plus favorisée et des normes de protection de l'investissement. Ainsi, des gouvernements européens qui chercheraient à restaurer, étendre ou créer des services publics, par exemple, s'exposeraient complètement à des poursuites en vertu du traitement juste et équitable et des obligations d'expropriation du CETA.

Deuxièmement, la majorité des services publics n'est ni fournie grâce à des « monopoles publics » ni grâce à des « droits exclusifs » accordés à des opérateurs privés. Les services délégués aux opérateurs privés sont souvent en concurrence – les services de soins ou de gestion des déchets, par exemple – et ne sont donc pas fournis par des droits « exclusifs ».

Troisièmement, l'exclusion des télécommunications de cette réserve est en contradiction avec la directive européenne sur le service universel (directive 2002/22/EC) qui autorise explicitement l'imposition d'obligations de service universel aux fournisseurs de réseaux de communication électronique. Ces obligations peuvent être considérées comme des « obligations de service spécifique » telles que décrites dans cette réserve. Les obligations de service universel contiennent, entre autres, l'obligation de fournir le service à tous les utilisateurs finaux, indépendamment de leur situation géographique et à un prix abordable.

Limiter le pouvoir de réglementation des gouvernements

Ellen Gould

Le chapitre du CETA sur la réglementation intérieure (chapitre 12) ne crée pas, comme certains peuvent l'affirmer, de conditions équitables entre les entreprises étrangères et nationales. Au contraire, il fixe et limite la capacité des gouvernements du Canada et de l'UE à réglementer leurs secteurs privés, même en l'absence de discriminations qui favoriseraient directement ou indirectement les entreprises locales. Lors des négociations de l'AGCS (Accord global sur le commerce des services), des questions ont été soulevées quant à la légitimité de procurer à des experts de questions commerciales le droit de statuer sur des réglementations non discriminatoires et par ce biais d'influer sur des choix de société.⁽¹⁾



Photo : John Payne, flickr (licence Creative Commons)

Le processus d'approbation d'un réacteur nucléaire, d'une usine agroalimentaire ou d'une banque devrait-il être, d'abord et avant tout, « aussi simple que possible », comme le demande le chapitre sur la réglementation intérieure du CETA ? Ou l'intérêt public devrait-il limiter la simplicité de la procédure et déterminer quels autres critères priment dans l'élaboration de règles protégeant réellement la population ?

Malgré l'importance de ces questions, les exigences du chapitre 12 pour une simplicité maximale, et les limites qu'il impose aux réglementations non discriminatoires n'ont

pas vraiment provoqué de grands débats. C'est regrettable, car les négociateurs du CETA ont considérablement élargi la portée de telles dispositions sur la réglementation intérieure et ce bien au-delà de ce qui est en discussion dans d'autres négociations. Le chapitre 12 ne régirait pas seulement la réglementation des services, mais également de « toute autre activité économique ». Il fournirait de nombreux recours pour attaquer le pouvoir réglementaire des gouvernements en plus de ceux déjà créés par le chapitre sur l'investissement du CETA et d'autres parties de l'accord.

De plus, les négociateurs du CETA n'ont pas précisément défini certains des termes essentiels du chapitre 12 – des termes jamais éprouvés auparavant, ou qui ont été

¹ Mireille Cossy, « Determining 'likeness' under the GATS: Squaring the circle? », Organisation mondiale du commerce, Division de la recherche économique et des statistiques, document de travail établi par des fonctionnaires ERSD-2006-08, septembre 2006, p. 44.



Photo : Sven Eßbach, flickr (licence Creative Commons)

interprétés de façons très diverses lors de différends commerciaux passés (à l'Organisation mondiale du commerce, par exemple). Par conséquent, les comités du CETA auront un pouvoir considérable pour déterminer l'étendue des dérèglementations induites par ce chapitre.

DISPOSITIONS PRINCIPALES

Article 12.2 – Champ d'application

Comme indiqué dans l'article 12.2, les règles du chapitre 12 (décrites ci-dessous) ne s'appliquent pas seulement aux prescriptions et procédures relatives à l'octroi de licences et aux qualifications, mais à toute mesure

relative à ces réglementations.⁽²⁾ La définition de « mesure » dans l'article 1.1 indique qu'« une loi, un règlement, une règle, une procédure, une décision, un acte administratif, une prescription, une pratique ou tout autre type de mesure d'une Partie » peuvent

² Conformément aux définitions du chapitre 12, les procédures en matière d'octroi de licences désignent « les règles administratives ou procédurales incluant celles applicables à la modification ou au renouvellement d'une licence, qui doivent être respectées pour démontrer que les prescriptions relatives à l'octroi de licences ont été observées »; les prescriptions en matière d'octroi de licence désignent « les prescriptions de fond, autres que les prescriptions relatives aux qualifications, qui doivent être observées pour obtenir, modifier ou renouveler une autorisation »; les procédures en matière de qualification désignent « les règles administratives ou procédurales qui doivent être respectées pour démontrer que les prescriptions relatives aux qualifications ont été observées »; et les prescriptions relatives aux qualifications désignent « les prescriptions de fond concernant les compétences qui doivent être observées pour obtenir, modifier ou renouveler une autorisation ».

être contestés parce qu'ils constituent une violation du chapitre sur la réglementation intérieure. Le chapitre 12, par exemple, ne s'appliquerait pas uniquement à des prescriptions spécifiquement relatives à l'octroi des permis d'exploration minière, mais également aux lois encadrant l'octroi de ces permis, telle que la législation suédoise qui restreint l'exploration à proximité de quartiers résidentiels.⁽³⁾

Le champ d'application du chapitre est encore plus élargi du fait que ses restrictions ne se limitent pas aux services; elles s'appliquent également aux mesures qui réglementent « l'exercice de toute autre activité économique » impliquant l'établissement d'une présence commerciale, ce qui comprend les activités minières, la fracturation hydraulique, la transformation alimentaire et la fabrication de produits chimiques et pharmaceutiques. De plus, le chapitre 12 a un champ d'application encore plus large que d'autres parties de l'accord, car il ne contient pas d'exceptions pour les réglementations propres aux gouvernements locaux telles que le zonage.

Le chapitre 12 ne s'applique ni aux prescriptions et aux procédures en matière d'octroi de licences, ni aux prescriptions et aux procédures relatives aux qualifications « au titre d'une mesure non conforme existante » énoncées par le Canada ou par l'UE dans leurs listes de l'annexe I. Autrement dit, les mesures existantes qui sont exemptées des règles du CETA sur les services et l'investissement sont aussi exclues du chapitre sur la réglementation intérieure. Toutefois, il est particulièrement préoccupant que seul un maigre sous-ensemble des réserves de l'annexe II soit protégé du chapitre 12 – plus fortes, ces réserves sont faites pour protéger et laisser un espace législatif et réglementaire aux mesures existantes et futures.

3 « Guidance for Exploration in Sweden », SveMin 2012. Contrairement à d'autres pays de l'UE, la Suède n'a pas inscrit de réserves dans l'annexe I pour les « activités extractives », ses réglementations concernant ce secteur sont donc entièrement couvertes par le chapitre 12.

Bien que plusieurs pays membres de l'UE aient formulé des réserves dans l'annexe II en ce qui concerne la production d'énergie nucléaire, par exemple (pour tenter de protéger les prises de décisions politiques dans ces domaines contre de futurs litiges commerciaux) dans le chapitre 12 seuls « les services audiovisuels; (...) la santé, l'éducation et les services sociaux, les services de jeux et paris, ainsi que le captage, l'épuration et la distribution d'eau » sont explicitement protégés. En d'autres termes, là où des pays européens octroient toujours des licences pour des réacteurs nucléaires, des mesures relatives à l'énergie nucléaire seraient entièrement soumises aux prescriptions du chapitre 12, y compris celle qui exige que les prescriptions relatives à l'octroi de licences et qualifications soient « aussi simples que possible » et ne doivent pas entraîner de retards « injustifiés ».

Article 12.3 (7) – Les réglementations intérieures doivent être « aussi simples que possible »

Pour le gouvernement fédéral canadien, l'UE, les gouvernements provinciaux, les pays membres et tout gouvernement local, introduire ou maintenir des procédures d'octroi de licences et de qualifications qui ne sont pas « aussi simples que possible » et qui « compliquent » ou « retardent de façon indue la fourniture d'un service ou l'exercice de toute autre activité économique » devient une infraction en vertu du chapitre 12, sauf là où s'appliquent les réserves des annexes I et II (voir ci-dessus) (article 12.3 [7]). Dans la mesure où le chapitre sur les services financiers du CETA intègre complètement le chapitre 12, les comités du CETA seront habilités à déterminer si les procédures d'octroi de licences pour les banques sont aussi simples que possible. Même les réformes recommandées par le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire afin de renforcer la surveillance et la gestion des risques pourraient être considérées comme « injustement compliquées » et



Photo : Max Braun, flickr (licence Creative Commons)

donc constituer une violation du chapitre 12 si elles étaient adoptées.

L'obligation de veiller à ce que les procédures soient « aussi simples que possible » n'est nuancée par aucune contrepartie. La capitale du Canada, Ottawa, par exemple, a pour règle de garder le langage de sa réglementation de zonage « aussi simple que possible », mais c'est compensé par « l'exigence juridique d'une législation précise et claire ».⁽⁴⁾ De même, les amendements du Parlement européen de 2014 à la Directive de l'UE sur les études d'impacts sur l'environnement exigeaient aux pays membres de « simplifier » les procédures d'évaluation des impacts environnementaux, mais non de les rendre « aussi simples que possible » tel que le CETA le réclame.⁽⁵⁾

Comment un comité du CETA pourrait déterminer si les députés européens ont rendu les procédures en matière d'octroi de licence

4 Ville d'Ottawa, règlement de zonage – Règles générales d'interprétation (art. 10-28)

5 Directive 2014/52/EU du Parlement européen et du Conseil amendant la Directive 2011/92/EU concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, 16 avril 2014.

« aussi simples que possible » ? Il pourrait regarder ce qui est possible dans les différentes juridictions européennes. Malgré les directives de l'UE, certains pays de l'Europe centrale et de l'Est ont octroyé des autorisations à des projets situés dans des sites sensibles sans qu'une évaluation appropriée des impacts environnementaux ait été entreprise.⁽⁶⁾ À l'évidence, ce genre de pratique rend les procédures d'octroi de licences bien plus simples pour les entreprises et cela pourrait convaincre un tribunal d'arbitrage que des exigences supérieures prévues par une autre juridiction – même si elles correspondent aux directives de l'UE – violent le chapitre du CETA sur la réglementation intérieure.

L'UE elle-même préconise une interprétation large de l'expression « aussi simple que possible » par rapport aux réglementations. Dans une contestation auprès de l'OMC contre l'Argentine à propos de licences d'importation, l'UE a soutenu que l'exigence d'assurer des procédures « aussi simples que possible » signifiait que les demandeurs ne devraient pas avoir à contacter de « nombreux organismes gouvernementaux ». Il est donc possible qu'en fin de compte, le CETA exige, ou aboutisse à, des systèmes d'octroi de licences à comptoir unique, au mépris de l'autorité juridique des différents stades administratifs sur un même projet. Dans ce contentieux, l'UE a également soutenu qu'une procédure d'octroi de licence nécessitant la présentation d'informations « ne concernant pas » une licence ne peut pas être considérée comme « aussi simple que possible ». Il s'agit d'une invitation aux futurs tribunaux d'arbitrage commerciaux créés par le CETA ou les autres accords à décider du type d'information légitimement exigible pour octroyer une licence.⁽⁷⁾

6 « Implementation of Environmental Impact Assessments in Central and Eastern Europe », Ceeweb for Biodiversity Report, 2013 (<http://www.ceeweb.org/wp-content/uploads/2012/01/Implementation-of-Environmental-Impact-Assessments-in-Central-and-Eastern-Europe.pdf>).

7 OMC, *Argentine – mesures affectant les importations de marchandises – rapports du groupe spécial*, 22 août 2014, para. 6.506. Le groupe spécial a refusé de statuer sur les arguments de l'UE.

Article 12.3 (1) et (2) – Autres critères limitant les réglementations nationales

En vertu du chapitre 12, les critères doivent être « clairs et transparents, objectifs, établis d'avance et accessibles au public » (article 12.3 [2]), et supposent une violation du CETA si l'une de ces cinq obligations distinctes n'est pas respectée. Les tribunaux d'arbitrage mis en place dans le cadre d'un différend en vertu du CETA interpréteraient le sens de ces obligations en veillant à empêcher « l'autorité compétente d'exercer son pouvoir d'appréciation de manière arbitraire » (article 12.3 [1]). Même si cela peut sembler inoffensif, il faut garder à l'esprit que des panels d'arbitrage saisis de différends passés ont donné au terme « arbitraire » des significations très variées, allant de « présente certains degrés d'irrégularité » à « non fondé sur la raison ou un fait » en passant par « dépend d'une décision discrétionnaire individuelle ».⁽⁸⁾

En pratique, les procédures d'octroi de licence qui réservent un rôle au pouvoir discrétionnaire d'un ministre ou à l'opinion publique pourraient être incompatibles avec les obligations du chapitre 12 du CETA, selon lesquelles les procédures devraient reposer sur des critères « objectifs ».⁽⁹⁾ La loi canadienne sur l'évaluation environnementale, par exemple, habilite le gouvernement à demander plus d'évaluations que ce qui est strictement prescrit dans les réglementations de la loi si, *de l'avis du ministre*, une activité pouvait causer des effets néfastes sur l'environnement « ou des préoccupations de la part des citoyens à propos de ces effets ».⁽¹⁰⁾

Souvent, les processus pour approuver le développement de projets intègrent également des consultations publiques afin d'obtenir l'avis des résidents locaux. Le Code de la construction en Allemagne, par exemple, rend obligatoire la participation de la population lors du processus de planification, permet aux « citoyens lésés » d'être entendus à propos des projets de développement, et exige que « l'on tienne dûment compte des intérêts du voisinage », s'il y a des variations par rapport au plan officiel. Le code autorise également les autorités à prendre des décisions fondées sur « l'intérêt du public », lesquelles pourraient être contestées en tant que critère « non objectif » en vertu du chapitre 12.⁽¹¹⁾

L'exigence de voir les critères de concessions et les procédures d'octroi de licences et de qualifications « établis à l'avance » reproduit les mêmes problèmes que ceux soulevés par un projet de réforme de l'AGCS qui visait à y inclure de telles dispositions.⁽¹²⁾ Comme en avait averti la présidence des négociations de l'AGCS sur la réglementation intérieure, « une interprétation stricte du terme « préétabli » pourrait laisser croire que les membres sont forcément restreints dans leurs droits de modifier leurs réglementations ».⁽¹³⁾ Deux exemples de réformes réglementaires montrent les dangers de l'utilisation d'un tel langage dans le CETA.

Secoué par des scandales alimentaires à répétition – parmi lesquels la mort de 21 personnes en 2008, causée par une contamination à la listeria⁽¹⁴⁾ et par E. coli d'une des plus grandes usines de transformation de viande bovine au Canada en 2011⁽¹⁵⁾ – le gouvernement canadien a adopté une loi de sécurité

8 Christoph H. Schreuer, « Protection against Arbitrary or Discriminatory Measures », in Catherine A. Rogers et Roger P. Alford, *The Future of Investment Arbitration* (Oxford University Press, 2009) p. 183 – 198.

9 L'article 12.3(3) indique que le pouvoir discrétionnaire d'un ministre est compatible avec les critères « établis d'avance » et « accessibles au public », mais il reste vulnérable à des contestations si ce pouvoir discrétionnaire est exercé de manière arbitraire, n'est pas objectif ou qu'il contrevient à toute autre disposition du CETA.

10 Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, 2012 (L.C. 2012, ch. 19, art. 52) (<http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/c-15.21/>)

11 Archive des lois allemandes, « loi de planification et de construction : code de construction fédéral »

12 « “Pre-established” Regulations & Financial Services », Max Levin Harrison Institute of Public Law, 19 mai 2010

13 Groupe de travail de la réglementation intérieure, « Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4 », texte annoté, note informelle du président, document de séance (14 mars 2010), para. 68.

14 Ontario, Ministère de la Santé et des soins de longue durée, « Écllosion de listériose de 2008 » (http://www.health.gov.on.ca/fr/public/publications/disease/listeria_2008.aspx).

15 Bill Curry, « XL Foods recall was product of preventable errors, review finds », Globe and Mail, 5 juin 2013



Photo : © TTIP GAME OVER

alimentaire qui introduit de nouvelles obligations pour l'industrie de transformation de la viande souhaitant être autorisée à opérer.⁽¹⁶⁾ De même, une enquête au Royaume-Uni sur la vente frauduleuse de viande de cheval a préconisé que les négociants et les courtiers de viande soient soumis à de nouvelles règles conditionnant leur autorisation d'opérer.⁽¹⁷⁾ Mais les négociateurs du CETA ont rendu de tels changements réglementaires vulnérables à des différends en commerce et en investissement, car ils ne définissent et ne limitent pas ce que signifie « établis à l'avance » (en avance de quoi ?). Les tribunaux d'arbitrage se voient donner une large marge de manœuvre pour imposer des interprétations strictes

qui pourraient limiter le droit d'adopter de nouvelles réglementations.

En vertu du chapitre 12, les gouvernements doivent faire en sorte que les procédures et les décisions en matière d'octroi de licences et de qualifications soient « impartiales vis-à-vis de tous les demandeurs » (article 12.3 [10]). Le Canada a formulé des réserves pour les peuples autochtones et les questions relatives aux minorités, à savoir, il se réserve « le droit d'adopter ou de maintenir une mesure conférant des droits ou des privilèges à des membres d'une minorité socialement ou économiquement défavorisée ». Cependant, l'UE et ses membres n'ont pas protégé leurs espaces politiques pour aider les minorités. Les obligations européennes en vertu du CETA peuvent entrer en conflit avec des lois internationales et nationales, telles que l'obligation d'allouer des droits de pêche et de chasse exclusifs au peuple sami

¹⁶ Agence canadienne d'inspection des aliments, « Nouvelles exigences applicables à l'industrie » (<http://www.inspection.gc.ca/aliments/plan-d-action/initiatives/mesures-de-protection-en-matiere-d-analyse-et-d-et-fra/1368749756218/1368749850595>)

¹⁷ Gouvernement du Royaume-Uni, « Elliott Review into the Integrity and Assurance of Food Supply Network », recommandations du 30 et 31 décembre 2013.

en Suède.⁽¹⁸⁾ Le CETA lui-même ne répond pas à ses propres exigences d'impartialité, puisqu'il comporte des dispositions spécifiques visant à faciliter l'utilisation des dispositions du traité pour les petites et moyennes entreprises.⁽¹⁹⁾

De plus, le chapitre 12 exige que les frais en matière de qualifications et de licences soient « raisonnables » et « correspondent aux coûts encourus » et « ne restreignent pas en soi la fourniture d'un service ou l'exercice de toute autre activité économique » (article 12.3 [8]). Étant donné que n'importe quel frais restreint davantage l'activité économique qu'une absence de frais, les gouvernements subiront à tous les niveaux des pressions pour qu'ils maintiennent des frais aussi bas que possible.

Bien que les gouvernements locaux, en particulier, éprouvent des difficultés dues à des budgets de plus en plus contraints, le CETA les empêchera de dégager des ressources grâce aux droits de licences pour leur fonctionnement général. Même lorsque les gouvernements choisissent de réduire les frais pour qu'ils couvrent uniquement les coûts de l'administration d'une licence, ils pourraient toujours faire face à un différend commercial revendiquant que les frais ne sont pas « raisonnables ». L'autorisation de frais de l'UE pour les réseaux de communications électroniques, par exemple, peut comprendre des « frais de coopération, d'harmonisation et de normalisation internationales, d'analyse de marché, de contrôle de la conformité et d'autres contrôles du marché ».⁽²⁰⁾ Ces frais seraient à la merci d'un litige en vertu du chapitre 8 du CETA.

ACCÉLÉRER LES AUTORISATIONS, FREINER LES NOUVELLES RÉGLEMENTATIONS

L'idée maîtresse des chapitres du CETA relatifs à la réglementation est de hâter le processus réglementaire pour les entreprises et, en revanche, de mettre des freins aux gouvernements tentant d'adopter de nouvelles règles. Dans le chapitre sur les obstacles techniques au commerce, par exemple, les gouvernements sont tenus d'accorder un statut égal aux personnes (investisseurs et entreprises) de l'autre Partie lors des consultations publiques sur les propositions de règlements : « chaque Partie permet aux personnes de l'autre Partie d'y participer à des conditions non moins favorables que celles accordées à ses propres personnes. »⁽²¹⁾ Les gouvernements doivent également considérer positivement les demandes de la part d'une autre Partie du CETA (Canada ou UE) de prolonger la période de commentaires et de retarder l'application d'une réglementation.

Par opposition à ces dispositions qui permettent de ralentir ou de bloquer l'adoption de nouvelles réglementations, le chapitre 12 crée des obligations qui pourraient faire pression sur les gouvernements pour qu'ils accélèrent les autorisations réglementaires. Le chapitre 12 indique que : « Chaque Partie devrait fixer le délai normal de traitement d'une demande » et « faire en sorte que le traitement d'une demande d'autorisation, y compris la prise d'une décision définitive, soit terminé dans un délai raisonnable à compter de la présentation d'une demande complète. » (article 12.3 [13]); « amorce le traitement d'une demande sans retard injustifié » (article 12.3 [11]); et « faire en sorte qu'une autorisation soit accordée dès que l'autorité compétente juge que les conditions d'octroi de l'autorisation ont été remplies et, une fois accordée, que l'autorisation prenne effet sans retard injustifié » (article 12.3 [5]).⁽²²⁾

18 David Crouch, « Sweden's indigenous Sami people win rights battle against state », The Guardian UK, 3 février 2016.

19 Les articles du CETA 8.19(3), 8.23(5), 8.27(9), 8.39(6), 19.9(2)(d) prévoient un traitement spécial pour les petites et moyennes entreprises en vertu de l'accord.

20 Union européenne, « Autorisation de réseaux et services de communications électroniques – synthèse » (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN-FR/TXT/?uri=URISERV:l24164&from=EN>)

21 CETA article 4.6.1

22 CETA article 12.3

Dans le cadre de ces règles, tout processus d'octroi de licence qui se fait avec des « retards injustifiés » pourrait entraîner une poursuite en vertu du CETA, même si ces retards sont le résultat d'événements, tels qu'une opposition de la population contre la construction d'un oléoduc, des contestations juridiques contre la fracturation hydraulique ou autres situations sur lesquelles les gouvernements ont peu, voire n'ont pas, de contrôle.

La Commission européenne, par exemple, a le pouvoir de mener des enquêtes officielles sur les projets des États membres, la construction d'une centrale nucléaire par exemple, pour savoir si une aide d'État est fournie à ces projets en infraction aux règles de l'UE. Les fonctionnaires de la Commission ont déclaré qu'ils ne faisaient aucunement l'objet de pressions de temps pour mener à bien ces investigations, même si cela peut créer d'importants retards à des projets qui ont déjà reçu une licence par les autorités locales.⁽²³⁾ La description officielle de la Commission des procédures en matière d'aides d'État précise qu'« il n'y a pas de date limite légale pour mener à bien une enquête de fond », et les États membres doivent attendre la décision de la Commission avant de poursuivre le projet.⁽²⁴⁾

Compte tenu des obligations qu'introduit le CETA de traiter les demandes en « un délai raisonnable », et de mettre en œuvre les autorisations sans « retard injustifié », les gouvernements de l'UE pourraient bien être pris entre deux feux, celui du CETA et celui de la Commission européenne, pour pouvoir remplir des obligations juridiquement contraignantes.

23 « EU regulators investigate EDF British nuclear project », Reuters UK, 18 décembre 2013

24 Commission européenne, « Competition – State aid procedures » (http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/state_aid_procedures_en.html)

Plus de coopération pour moins de réglementation

Auteur : **Max Bank** (LobbyControl)

Contributeurs : **Ronan O'Brien** et **Lora Verheecke**

Note : À défaut d'autres indications, toutes les références de cet article renvoient au chapitre 21 du texte final du CETA publié par la Commission européenne en 2016 : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=COM:2016:444:FIN>

REMARQUES PRÉLIMINAIRES

Il existe d'importantes différences entre les pratiques réglementaires au Canada et dans l'UE. En général, l'approche réglementaire résulte de choix légitimes des représentants canadiens et européens qui créent de nouvelles règles, ou renforcent les règles existantes, en se basant sur leur perception de l'intérêt général. Devrait-on ignorer ces décisions démocratiques au nom du commerce ? Le Canada, par exemple, est le cinquième producteur d'organismes génétiquement modifiés (OGM) au monde.⁽¹⁾ Le chapitre sur la coopération réglementaire (chapitre 21) procurerait aux exportateurs de produits agricoles canadiens un nouveau moyen d'ouvrir les marchés de l'UE à ces produits aujourd'hui interdits, ce en affaiblissant les réglementations européennes actuelles ou futures.

Le CETA met en place des institutions et des processus pour harmoniser les réglementations entre l'Union européenne et le Canada. Les lois existantes et à venir



Photo : Danny Huizinga, flickr (licence Creative Commons)

devront se soumettre à un fastidieux processus visant à les faire converger ou à en admettre l'équivalence. Fondé sur un traité international, ce processus s'imposera aux réglementations intérieures et aux institutions nationales. Autrement dit, il sera très compliqué, et parfois même effectivement impossible, d'annuler les résultats de la coopération réglementaire.

En principe, le chapitre sur la coopération réglementaire du CETA couvre de nombreux domaines, y compris beaucoup de réglementations intérieures qui ont peu voire pas de rapport ou d'impact sur le commerce.

¹ <http://www.statista.com/statistics/271897/leading-countries-by-acreage-of-genetically-modified-crops/>

Pourtant le projet de coopération ou de convergence réglementaire est central dans les accords commerciaux de nouvelle génération tels que le TPP, le TTIP/TAFTA et le CETA. Ces accords qualifiés de **vivants** font de l'abolition des « obstacles non tarifaires » (les réglementations dans l'intérêt général par exemple) une entreprise permanente qui durera longtemps après la ratification du CETA et après que l'attention politique et publique sur cet accord se soit estompée.

Dans les efforts post-ALÉNA⁽²⁾ pour harmoniser les réglementations du Canada et des États-Unis, avec le Conseil conjoint de coopération réglementaire mis en place en 2011 notamment, la participation et l'engagement des parties prenantes se sont clairement et essentiellement structurées à la faveur des grandes entreprises. Cette coopération se concentre exclusivement sur les conséquences des réglementations sur le commerce et elle s'opère également au plan sectoriel (par exemple : sur les pesticides, la gestion des produits chimiques et les produits pharmaceutiques).⁽³⁾ Les efforts de coopération réglementaire transatlantique depuis 1995 doivent également être pris en compte, car ils ont déjà abouti à des normes sociales et environnementales plus faibles dans certains cas. Un exemple frappant de coopération réglementaire passée est celui de l'accord Safe Harbour qui a affaibli la protection des données pour les citoyens de l'UE, et qui a finalement été jugée illégale par la Cour européenne de justice.⁽⁴⁾

2 Accord de libre-échange nord-américain, entré en vigueur en 1994 entre les États-Unis, le Canada et le Mexique.

3 Gouvernement du Canada, Énoncés de partenariat en matière de réglementation et plans de travail, mars 2016 (<http://www.tbs-sct.gc.ca/ip-pi/trans/ar-lr/rcc-ccmr/rpswp-epmrpt-fra.asp>)

4 D'autres exemples sont disponibles dans le rapport de LobbyControl et Corporate Europe Observatory, « Le dangereux duo réglementaire : comment la coopération réglementaire transatlantique sous le TTIP/TAFTA permettra à l'administration et aux grandes entreprises d'attaquer l'intérêt public », 18 janvier 2016 (<https://corporateeurope.org/fr/international-trade/2016/01/le-dangereux-duo-reglementaire>)

ANALYSE DES PRINCIPALES DISPOSITIONS

Retards et pressions pour harmoniser les réglementations

La coopération réglementaire dans le CETA pourrait **retarder et empêcher de nouvelles réglementations** et le chapitre 21 exerce des pressions pour l'harmonisation dans tous les domaines où l'une des Parties de l'accord le souhaite. L'article 21.2.6 indique que « les Parties peuvent entreprendre des activités de coopération en matière de réglementation sur une base volontaire ». Elles peuvent refuser, mais « la Partie qui refuse d'entamer la coopération en matière de réglementation ou qui se retire d'une telle coopération devrait être prête à expliquer les motifs de sa décision à l'autre Partie ». Ainsi, le CETA a la capacité d'exercer une pression diplomatique et bureaucratique sur les Parties pour qu'elles entreprennent une coopération réglementaire même dans des domaines politiques délicats tels que celui des OGM.

Les articles 21.4(b) et 21.4(e) indiquent que les Parties s'efforceront d'échanger des informations « tout au long du processus d'élaboration de la réglementation. » Et que les consultations et les échanges « devraient commencer le plus tôt possible au cours dudit processus [...] de sorte que les observations et les propositions de modification puissent être prises en compte ». Ce « **système d'alerte rapide** » permettrait à l'autre Partie (c'est-à-dire par exemple le gouvernement canadien) de commenter et proposer des amendements aux projets de réglementations avant que le Parlement européen les ait examinés. Cela représente beaucoup de pouvoir conféré à une entité étrangère aux dépens d'une institution démocratique domestique.

Moins de protections pour les citoyens européens et canadiens

La coopération réglementaire au niveau horizontal comme sectoriel est particulièrement dangereuse pour les réglementations d'intérêt général. Le CETA comporte, par exemple, un chapitre sur la coopération et les dialogues bilatéraux (chapitre 25), qui inclut une section sur les biotechnologies (article 25.2) couvrant « toute question pertinente présentant un intérêt commun pour les Parties » et surtout « toute nouvelle législation dans le domaine des biotechnologies ».

De plus, le chapitre 21 remet potentiellement en cause le principe de précaution. L'article 21.4[n][iv] exhorte les Parties à « mener des programmes de recherche coopératifs de façon à [...] établir, le cas échéant, une base scientifique commune ». Ceci fait référence au principe de suivi ultérieur, ou ce qu'il est convenu d'appeler l'« **approche basée sur la science** », qui est appliquée au Canada et aux États-Unis.⁽⁵⁾ Une attaque au principe de précaution pourrait affaiblir les normes et lois en vigueur dans l'UE dans le domaine de la protection de l'environnement de l'UE, et entraver l'adoption de nouvelles règles et réglementations pour protéger l'environnement et la santé publique à l'avenir.⁽⁶⁾

Le Canada s'est déjà montré enclin aux poursuites dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), preuve des risques qu'encourent les réglementations

5 Le principe de suivi ultérieur (« aftercare principle ») suppose que la charge des preuves dans le cas de conflits à propos de la dangerosité d'un produit donné revienne aux instances officielles ou au plaignant opposés à l'autorisation de ce produit. (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+P-2016-000887+0+DOC+XML+V0//EN>)

6 Le principe de précaution suppose la prévention et une réaction rapide en cas de risques environnementaux ou sanitaires pour les humains, les animaux et les plantes. Lorsque les données scientifiques disponibles ne permettent pas une évaluation complète des risques, le principe de précaution permet l'interdiction de l'utilisation commerciale de ces produits potentiellement nocifs (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=URISERV:l32042&from=DE>). À l'inverse, le principe de suivi ultérieur ne permet l'interdiction que quand la nocivité d'un produit est indubitablement prouvée.

d'intérêt général. Dans deux cas emblématiques, **le Canada s'est joint aux États-Unis lors d'un contentieux contre l'UE sur les hormones de croissance pour le bœuf et dans une autre plainte concernant l'accès des OGM au marché européen**. Dans les deux cas, l'UE s'est défendue par l'affirmation du principe de précaution et elle a perdu.⁽⁷⁾ Compte tenu de la faiblesse des références juridiques à ce principe dans le CETA, alors que ce dernier est bien établi dans les traités de l'UE, les chances que ces pays acceptent des réglementations élevées a priori telles qu'elles existent dans l'UE sont proches de zéro.⁽⁸⁾

Influence des entreprises et manque de transparence

Le chapitre 21 du CETA définit les modalités d'un modèle de coopération réglementaire ambitieux qui pourrait favoriser l'influence abusive et cachée du milieu des affaires sur le processus législatif. Une terminologie vague laisserait également beaucoup d'espace aux futures interprétations – des avocats et des arbitres commerciaux – quant à la manière dont la coopération réglementaire devrait fonctionner entre le Canada et l'UE.

Le CETA indique, par exemple, que, pendant le processus de réglementation, « chaque Partie prend en considération, s'il y a lieu, les mesures ou initiatives réglementaires de l'autre Partie portant sur des sujets connexes ou identiques » (article 21.5). Rien n'indique que ceci sera un processus transparent. Pour l'UE, l'examen des réglementations nord-américaines se produirait avant que toute proposition formelle soit faite auprès du Parlement et du Conseil européens.

Le CETA créera un Forum de coopération en matière de réglementation (FCR) composé de représentants des deux Parties, mais il y

7 BEUC : « CETA fails the consumer crash test », mai 2016, http://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2016-045_lau_ceta_position_paper.pdf

8 Pour le cas CE-biotechnologie, voir : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds291_f.htm; pour le cas CE-hormones pour la viande, voir : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds26_f.htm.

aura la possibilité d'organiser des réunions ouvertes aux « autres parties intéressées ». Le FCR est chargé d'examiner les progrès de la coopération réglementaire et d'élaborer des rapports au Comité mixte du CETA. Les questions relatives à la politique réglementaire soulevées au cours des consultations entre chaque Partie et leurs « entités privées » y seront également débattues.

Au-delà de cet aspect, le FCR n'est que vaguement décrit, il n'a que très peu de comptes à rendre et il reste ouvert à l'influence directe des lobbyistes du monde des affaires – **les seuls groupes ayant les ressources suffisantes pour assister à de telles réunions.** La population et les représentants élus des deux côtés de l'Atlantique ne pourront prendre connaissance des consultations qu'après la publication effective des propositions de loi qui en découleront.

Le travail du FCR dans le CETA est étroitement lié à celui d'autres institutions d'importance, telles que le susmentionné le Comité mixte du CETA, d'autres comités spécialisés et les mécanismes de dialogue sectoriels. **Le plus actif de ce groupe de sous-comités sera presque certainement celui mis en place sur les questions de l'accès au marché de la biotechnologie.**⁽⁹⁾ Mais tous les comités spécialisés prépareront des projets de décisions pour le Comité mixte du CETA (article 26.2.4). Il est probable que ces décisions, que les Parties accepteront en y intégrant les contributions des lobbies industriels, seront approuvées sans nouvelle discussion par le Comité mixte, donnant en pratique un pouvoir considérable aux sous-comités du CETA.

Il est frappant de constater tout ce qui est exclu du processus de coopération réglementaire, décrit en détail dans l'article 21.4. Dans tous les exemples d'activités de coopération, **il n'y a aucune mention de dispositifs d'amélioration de la transparence**

impliquant la publication des ordres du jour, des rapports ou des listes des participants aux réunions. Tandis que l'accent est mis sur le mot « transparence » du côté de l'UE à propos du CETA,⁽¹⁰⁾ il n'apparaît que deux fois dans le chapitre 21 (dans les articles 21.2 et 21.3 [b][ii]), plus comme un simple mot à la mode pour faire référence à l'accès des grandes entreprises au processus que comme un engagement général à une plus grande ouverture.

CONCLUSION : OPACITÉ ET CONTOURNEMENT DES INSTANCES LÉGITIMES DE DÉCISION PUBLIQUE

La coopération réglementaire dans le CETA est particulièrement dangereuse, car sa nature reste vague dans le texte final. Compte tenu des expériences passées (les efforts de coopération Canada – États-Unis et UE – États-Unis, par exemple), ce manque de clarté crée un véritable danger de voir les normes sociales, environnementales affaiblies, la protection des consommateurs affaiblie, et nos principes démocratiques piétinés par l'influence croissante des lobbyistes d'entreprises dans l'élaboration des lois. Inscrire la coopération réglementaire dans un accord commercial entre l'UE et le Canada affaiblira durablement le rôle du parlement et des pouvoirs publics dans la préparation des lois.

9 En effet, il se chargera de l'accès au marché de l'UE des OGM canadiens. Cela s'inscrit dans la continuité du processus établi après qu'un tribunal de l'OMC a tranché contre l'UE dans le cas UE-biotechnologie.

10 Il apparaît seulement 35 fois dans les 31 pages du document de la Commission européenne, « Le commerce pour tous; vers une politique de commerce et d'investissement plus responsable », octobre 2015.

Brevets, droits d'auteur et innovation

Ante Wessels,
Association pour une infrastructure informationnelle libre (FFII), e.V.

Le caractère excessif des accords de libre-échange (ALE) actuels par rapport aux réglementations d'intérêt général est sans doute encore plus frappant dans le domaine des droits de la propriété intellectuelle (DPI). Loin de se contenter de l'élimination des droits de douane et des diverses « entraves » au commerce, les entreprises multinationales ont poussé les ALE à inclure de nouvelles règles sur les brevets et les droits d'auteur, qui serviraient et protégeraient davantage les intérêts commerciaux. La nature monopolistique des DPI crée des difficultés pour les artistes qui remixent, les innovateurs qui séquentent et les concepteurs de logiciels, entre autres créateurs.⁽¹⁾ Des DPI stricts peuvent également limiter et sanctionner les utilisateurs en fonction des modes de consommation qu'ils choisissent. De plus, quand ces règles sont inscrites dans des accords internationaux, elles ne peuvent plus être modifiées par des gouvernements démocratiquement élus.⁽²⁾

Les propositions d'élargir les DPI via les accords commerciaux sont extrêmement impopulaires parmi les utilisateurs d'internet et elles ont été largement critiquées par des organisations de défense des droits numériques, par des universitaires ou par des entreprises de technologies innovantes, entre autres. En 2012, le Parlement européen



Photo : Sandip Bhattacharya, flickr (licence Creative Commons)

a rejeté par une majorité écrasante l'Accord commercial anti-contrefaçon (ACAC) grâce à une opposition citoyenne et politique massive. L'ACAC menaçait de criminaliser des modes d'utilisation informatique courants et de saper la politique d'innovation de l'UE. Néanmoins, l'UE examine actuellement un cousin de l'ACAC, le CETA. En ratifiant le CETA, l'UE serait contrainte de maintenir des protections de la propriété intellectuelle restrictives, qui entraveraient notre capacité à définir convenablement les politiques d'innovation à l'avenir.

Ces dispositions figurent dans le chapitre sur la propriété intellectuelle (chapitre 20). Sur les questions des droits numériques, l'effet le plus inquiétant du CETA serait d'avantager

¹ FFII, *EU law and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 2013 (<https://people.fhii.org/~ante/ipred/FFII-IPRED-2013-03.pdf>)

² Voir dans son ensemble « IP out of TAFTA, Civil Society Declaration » (<http://www.citizen.org/IP-out-of-TAFTA>)



Photo : Tom Chance, flickr (licence Creative Commons)

les chasseurs de brevets – « des entités sans pratique » qui tirent profit du système des brevets pour extorquer des dommages et intérêts à des entreprises innovantes en ne produisant ni bien ni services elles-mêmes. Le CETA renforcerait la position des chasseurs de brevets en élargissant la protection des brevets. La fuite d'ébauches antérieures de l'accord a montré que le CETA aurait pu également avoir de graves conséquences pour la liberté sur internet à cause du renforcement des dispositions sur le droit d'auteur. Toutefois, le texte final a été significativement modéré sur ces points.

En tant que tel, si le CETA n'a probablement pas d'impact direct important pour les utilisateurs, il limitera tout de même la capacité de l'UE et du Canada à démanteler des dispositions existantes en matière de DPI et qui limitent l'accès à la connaissance, la participation à la culture et la culture du remix.

CONTEXTE

Le problème des chasseurs de brevets renvoie aux brevets sur les logiciels. Les logiciels

(et tous les produits qui en incluent) sont souvent contraints par des centaines voire des milliers de brevets. De nombreux brevets concernant des logiciels n'auraient jamais dû être accordés en raison du laxisme des normes d'approbation et de leur application imprévisible à long terme. Aucun bureau des brevets dans le monde n'a été capable d'aborder le problème des mauvais brevets de manière globale, car leur nombre considérable dans le domaine des logiciels rend une réévaluation trop coûteuse.

Le grand nombre de brevets constitue un champ de mines pour les innovateurs. Les brevets sur les logiciels ralentissent les innovations complémentaires, créent des incertitudes juridiques, entraînent des coûts de transaction élevés et limitent l'interopérabilité. Les entités sans pratiques (les chasseurs de brevets) exploitent cette situation en faisant l'acquisition de brevets à bas prix – en achetant des entreprises en faillite, par exemple – et en poursuivant ensuite en justice des développeurs ou des constructeurs qui auraient prétendument violé leurs droits de propriété intellectuelle. Les brevets en question ont tendance à s'arroger de façon

très large des méthodes logicielles banales de telle sorte que l'infraction est inévitable.

Les chasseurs de brevets entraînent de graves dommages économiques en poursuivant des innovateurs alors qu'ils ne produisent aucun bien ou service eux-mêmes. Une étude par des chercheurs américains estime que les poursuites intentées par des entités sans pratique sont associées à la perte de 500 milliards de dollars entre 1990 et 2010. La majeure partie de cette perte correspond à un transfert de technologie des entreprises aux chasseurs de brevets et non à un transfert économique productif de rentiers à de petits investisseurs. L'omniprésence d'un risque de litige en matière de brevets réduit les initiatives innovatrices de la part d'entreprises qui sont créatives et productives par ailleurs.⁽³⁾

Ce problème s'est d'abord développé aux États-Unis après que la procédure d'appel dans les affaires relatives aux brevets a été renforcée par la Cour d'appel pour le Circuit fédéral en 1982. La centralisation des procédures de brevets a incité une interprétation et une application expansives de la loi sur les brevets des États-Unis. Au milieu des années 90, les brevets sur les logiciels sont devenus bien plus simples d'accès aux États-Unis et des chasseurs de brevets ont fait surface pour tirer profit de ces nouvelles protections juridiques.⁽⁴⁾

Le problème grandissant des chasseurs de brevets aux États-Unis a finalement poussé la Cour suprême à annuler une série de jugements de la Cour d'appel pour le Circuit fédéral. Les décisions de la Cour suprême ont limité la période de validité des brevets sur les logiciels aux États-Unis. Ce à quoi les

demandeurs de brevets ont répondu en se tournant de plus en plus vers l'Europe, là où une centralisation de la délivrance des brevets par l'Office européen des brevets a créé un boum de la brevetabilité des logiciels comparable à celui des années 90 aux États-Unis. Comme l'a signalé l'avocat américain spécialisé en brevets Dennis Crouch, « la plupart des praticiens s'accorderont à dire que les États-Unis sont dorénavant plus restrictifs en matière d'admissibilité des sujets et que le nouveau Tribunal des brevets exécutif paneuropéen rend les brevets obtenus en Europe d'autant plus intéressants ».⁽⁵⁾

Pour l'UE, faire reculer par la loi la disponibilité des brevets en matière de logiciels semble politiquement improbable. Les détenteurs d'importants portefeuilles de brevets ont désormais un intérêt direct à une brevetabilité solide des logiciels, car ils peuvent utiliser les règles actuelles afin d'éliminer la concurrence des start-ups et des petites et des moyennes entreprises. Ces puissants détenteurs de brevets ont activement fait pression pour qu'il n'y ait pas de limites aux possibilités de nouveaux brevets et pour affaiblir les protections de ceux qui existent. À cause de cette pression, en partie, la Commission européenne a tenté, en 2002, de donner aux brevets sur les logiciels une base juridique plus solide, mais cette tentative a échoué pour faire suite à des protestations publiques.⁽⁶⁾

Le problème des chasseurs de brevets dans l'UE est amplifié par des règles qui empêchent la Cour européenne de justice d'intervenir pour décourager ces pratiques néfastes. Le lobby des brevets a réussi à délibérément exclure la Cour de Justice de la juridiction unifiée des brevets. D'après Josef Drexler, directeur de l'institut Max Planck pour l'innovation et la concurrence, cette

3 James E. Bessen, Michael J. Meurer et Jennifer Laurissa Ford, « The Private and Social Costs of Patent Trolls » (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1930272).

4 Pour une brève introduction sur les chasseurs de brevets, les brevets en matière de logiciels et la situation aux États-Unis, voir James Bessen, « The patent troll crisis is really a software patent crisis », Washington Post, 3 septembre 2013 (<https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2013/09/03/the-patent-troll-crisis-is-really-a-software-patent-crisis/>).

5 Dennis Crouch, « US Patent Applicants Heading to the EPO », Patentlyo, 3 mars 2016 (<http://patentlyo.com/patent/2016/03/patent-applicants-heading.html>).

6 Ingrid Marson, « Software patent directive rejected », ZDNet, 5 juillet 2005 (<http://www.zdnet.com/article/software-patent-directive-rejected/>).

décision de l'UE « pourrait bien représenter une erreur aux dimensions historiques ».⁽⁷⁾

Malgré l'exemple édifiant des dommages économiques, l'intervention de la Cour suprême aux États-Unis, les avertissements d'universitaires et de spécialistes en politique de l'innovation de l'UE et l'opposition publique constante aux protections excessives des brevets à travers le monde, l'UE pousse en faveur de conditions plus favorables pour les chasseurs de brevets. L'ACAC, rejetée par l'Europe en 2012, aurait placé la barre de l'application effective des DPI encore bien plus haut que l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle relatifs au commerce (ADPIC). Depuis lors, des éléments de l'ACAC (voire pire) figurent dans d'autres propositions d'accords commerciaux. Le projet d'accord EU-Singapour, par exemple, pourrait permettre des dommages et intérêts encore plus élevés que ce qui était permis en vertu de l'ACAC.⁽⁸⁾

DISPOSITIONS PRINCIPALES

Chasseurs de brevets et politique d'innovation

Le CETA est le dernier accord en date à inclure des dispositions « ACAC-plus » en matière de DPI. Alors que l'ACAC donnait aux Parties le droit d'exclure certains brevets du champ d'application de la section des procédures civiles (ACAC section 2; note de bas de page 2), le texte du CETA ne prévoit pas une telle exclusion. Toutes les mesures exécutoires fortes des DPI prévues dans le CETA seront disponibles pour les titulaires de droits de brevets, y compris les dispositions sur les mesures préventives (article 20.37),

les injonctions (article 20.39) et les dommages-intérêts (article 20.40).

Le CETA renforce la position des chasseurs de brevets d'une deuxième façon. Bien que cela soit peu probable, l'UE pourrait finalement décider de retirer les protections offertes aux détenteurs de brevets ou sinon de réduire par la loi le pouvoir des chasseurs de brevets. En vertu du CETA, toute tentative d'affaiblir les droits de la propriété intellectuelle pourrait faire l'objet de la plainte d'un investisseur pour un dédommagement par le Système judiciaire sur l'investissement (ICS) du CETA (voir chapitre 3 de ce rapport).

Comme le rappelle l'avocat spécialisé en investissements Pratyush Nath Upreti, les investisseurs pourraient utiliser le mécanisme de règlement des différends investisseur État (ISDS) pour tenter des poursuites contre les décisions de la juridiction unifiée du brevet.⁽⁹⁾ Parmi les autres traités internationaux, les investisseurs pourraient essayer d'invoquer l'article 27(1) de l'ADPIC contre le refus ou l'annulation de brevets de logiciels.⁽¹⁰⁾ Le CETA étendrait la couverture de l'ISDS/ICS dans les affaires de brevets, mettrait les décisions législatives de l'UE sous le champ d'application de l'ISDS/ICS et rendrait une rétractation de l'ISDS/ICS impossible pour les États membres de l'UE.

Le CETA dénaturerait encore davantage les effets déjà problématiques de la juridiction unifiée du brevet, qui deviendra un tribunal spécialisé enclin à de interprétations extensives, sans possibilités de recours auprès de la Cour européenne de justice et sans

7 Pour une analyse pertinente et sur le manque d'une boucle de rétroaction juridique, voir : <https://blog.ffii.org/unified-patent-court-a-mistake-of-historic-dimensions/> (l'article original n'est plus disponible : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2553791).

8 Ante Wessels, « ACTA-plus damages in EU-Singapore Free Trade Agreement », article du blog FFII, 26 septembre 2013 (<https://blog.ffii.org/acta-plus-damages-in-eu-singapore-free-trade-agreement/>).

9 Pratyush Nath Upreti, « Can Investors Use the Proposed Unified Patent Court for Treaty Shopping? », article du blog EFILA, 11 mai 2016 (<https://efilablog.org/2016/05/11/can-investors-use-the-proposed-unified-patent-court-for-treaty-shopping/>). Noter qu'un seul État pourrait avoir à supporter les coûts juridiques et les dommages et intérêts, comme expliqué dans Ante Wessels, « FFII, UPC and ISDS: who would have to pay the damages awards? », article du blog FFII, 1^{er} juillet 2016 (<https://blog.ffii.org/upc-and-isds-who-would-have-to-pay-the-damages-awards/>).

10 Ante Wessels, « EU commission goes into denial mode regarding effect ISDS on software patents », article du blog FFII, 1^{er} mars 2016 (<https://blog.ffii.org/eu-commission-goes-into-denial-mode-regarding-effect-isds-on-software-patents/>).



Photo : José Carlos Cortizo Pérez, flickr (licence Creative Commons)

influence parlementaire sur le développement de la législation. Avec le CETA, l'UE s'enfoncerait un peu plus dans une situation où elle ne peut pas contester ou faire reculer le pouvoir des chasseurs de brevets. En cédant aux caprices des détenteurs de ces portefeuilles de brevets, qui peuvent éliminer la concurrence de start-ups innovantes ou autres petites et moyennes entreprises, l'UE renonce à sa capacité de définir une politique d'innovation appropriée, avec de graves conséquences économiques en perspective.

Le droit d'auteur et la liberté sur internet

Les premières ébauches du chapitre du CETA sur les DPI incluaient des règles strictes en matière de verrous numériques, une responsabilité pour les fournisseurs d'accès à internet (FAI), de nouvelles sanctions pénales pour les infractions et d'autres mesures controversées qui recoupaient en grande

partie l'ACAC.⁽¹¹⁾ Cependant, le texte final du CETA renonce à la plupart de ces propositions. Les dispositions en matière de droit d'auteur qui ont réussi à passer dans l'accord sont en général cohérentes avec les normes en vigueur dans l'UE et au Canada. D'après le spécialiste en DPI Michael Geist, ce résultat « représente une victoire pour le Canada », car l'UE était la Partie qui poussait en faveur d'un renforcement des règles sur le droit d'auteur en premier lieu.⁽¹²⁾

➔ L'article 20.7 exige du Canada et de l'UE qu'ils se conforment aux quatre accords internationaux spécifiques aux DPI, parmi lesquels la Convention de Berne et le traité

11 Michael Geist, « ACTA Lives: How the EU & Canada Are Using CETA as Backdoor Mechanism To Revive ACTA », article d'un blog personnel, 9 July 2012 (<http://www.michaelgeist.ca/2012/07/ceta-acta-column/>).

12 Michael Geist, « How Canada Shaped the Copyright Rules in the EU Trade Deal », article du blog personnel, 21 août 2014 (<http://www.michaelgeist.ca/2014/08/canada-shaped-copyright-rules-eu-trade-deal/>).



© collectifstoptafta.org

de l'OMPI sur le droit d'auteur, mais les deux Parties le font déjà volontairement.

→ L'article 20.8 assure la protection des œuvres radiodiffusées, mais il reste très en deçà des propositions d'augmenter radicalement la protection des droits d'auteur des diffuseurs. Un droit exclusif de diffuser dans les espaces publics, par exemple, a été abandonné dans la version définitive du texte.

→ L'article 20.9 exige que les Parties mettent en place « une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces » pour les mesures de protection technologique qui sont appliquées à des supports protégés par le droit d'auteur. Ces « verrous numériques » ont été critiqués par les défenseurs de la liberté sur internet, mais le texte du CETA ne dépasse pas les

règles qui existent au Canada ou dans l'UE. Le texte prévoit également de la flexibilité dans l'application de l'article 20.9.

→ De la même façon, l'article 20.10 exige que les Parties mettent en place une « protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces » contre la suppression des renseignements sur la gestion des droits. Les renseignements sur la gestion des droits constituent des données rattachées à un travail qui identifient ses détenteurs de droits et fournissent d'autres informations. En vertu de leurs législations, le Canada et l'UE protègent déjà les renseignements sur la gestion des droits.

→ L'article 20.11 établit une responsabilité limitée pour les « fournisseurs de services intermédiaires », correspondant principalement aux fournisseurs d'accès à internet, en cas d'infraction à un droit d'auteur. Ici, le retournement par rapport aux propositions ultérieures de l'UE est significatif, car une responsabilité limitée des fournisseurs de services intermédiaires est essentielle pour la liberté sur internet. Si un fournisseur de service intermédiaire peut être tenu pour responsable de l'infraction présumée d'un utilisateur au droit d'auteur, le fournisseur de service intermédiaire peut être forcé d'identifier cet utilisateur auprès des autorités légales ou de censurer le contenu. Le fournisseur de service intermédiaire est également sous la menace d'une poursuite directe de la part de détenteurs de droits d'auteur. Heureusement, le CETA conserve une responsabilité limitée aux fournisseurs de services intermédiaires, le contraire aurait pu provoquer une surveillance accrue des utilisateurs et/ou le filtrage de certains contenus.

La menace du CETA pour les marchés agricoles et la qualité des aliments

Berit Thomson, conseillère pour la *Arbeitsgemeinschaft bäuerlich Landwirtschaft (AbL*, groupe de travail pour une agriculture locale)

INTRODUCTION

Les petites exploitations agricoles et autres alternatives à l'agriculture industrielle seront rapidement confrontées aux conséquences d'une nouvelle ère en matière de politique commerciale. L'UE est désireuse d'ouvrir son marché intérieur à des produits agricoles sensibles, tels que les secteurs du lait et de la viande, lesquels étaient jusqu'alors à l'abri des importations, pour la plupart. Autoriser l'accès au marché de produits étrangers par de nouveaux accords de libre-échange (ALE) bilatéraux fera subir aux petits producteurs agricoles – ainsi qu'aux pratiques agricoles durables en général – une forte pression, qu'ils opèrent dans l'UE ou ailleurs. La menace que créent les nouveaux ALE pour les petits exploitants agricoles est claire dans la version définitive du texte du CETA, surtout dans les dispositions de l'accord relatives à l'accès aux marchés et aux indications géographiques.

En Allemagne et à travers l'UE, le marché de la viande et des produits laitiers est marqué par des prix de production excessivement bas. Les politiques agricoles de l'UE ont encouragé des excédents de production, ce qui a fait baisser les prix pour les producteurs primaires, afin, prétendument, de rendre les agriculteurs plus « compétitifs » sur le marché mondial. Les principaux bénéficiaires des bas prix de l'UE sont les transformateurs industriels de viande européens. Si des accords comme le



Photo : Rieke Petter / Albert Schweitzer Stiftung für unsere Mitwelt, flickr (licence Creative Commons)

CETA sont mis en place, ces grands transformateurs pourront augmenter leurs exportations, ce qui se traduira par des chiffres d'affaires encore plus élevés.

À présent, le marché intérieur européen de la viande est protégé par des droits de douane à l'importation, y compris sur les importations du Canada, pour créer un écart de prix important. Depuis plusieurs années, le porc canadien est vendu jusqu'à 60 % moins cher que le porc européen.⁽¹⁾ En 2014, malgré l'effondrement des prix dans le secteur

¹ OCDE-FAO Perspectives agricoles 2015-2014. Base de données publiée en juillet 2015 (www.agri-outlook.org)

	Quotas tarifaires existants (tonnes)	Importations actuelles	Quotas pour des importations sans droits de douane (a) après l'entrée en vigueur du CETA	Quotas tarifaires totaux après l'entrée en vigueur du CETA
DU CANADA VERS L'UE				
Porc (sans hormone)	5 549	63	75 000	80 549
Bœuf (sans hormone)	4 162	42	45 840	50 002
DE L'UE VERS LE CANADA				
Fromage	13 472	14 505	16 000	31 072
Fromage industriel				1 700

Infographie : quotas d'importations et d'exportations sans droits de douane pour la viande et le lait dans le CETA (tonnes)

Source : statistiques par BMEL*, texte du CETA**

(a) Quotas pour des importations sans droits de douane avec une période de transition de six ans après la ratification.

* Statistique par BMEL : <http://www.bmel-statistik.de/> ** Voir note de bas de page 2

porcin européen, les prix canadiens étaient toujours 25 % plus bas. C'est en partie dû au fait que les producteurs de porc canadiens sont payés de 15 à 35 % moins cher que leurs homologues européens. Si le CETA permet une ouverture de ces marchés, dans les conditions actuelles, les producteurs canadiens pourraient proposer des produits au sein de l'UE à des prix bien plus bas que les producteurs européens.

ANALYSE DES DISPOSITIONS PRINCIPALES

Accès aux marchés : le fournisseur le moins cher peut exporter

Le CETA⁽²⁾ prévoit la suppression totale des droits de douane sur presque toutes les marchandises lors d'une période transitoire à

compter de l'entrée en vigueur de l'accord.⁽³⁾ Toutefois, les deux parties ont négocié des dispositions spécifiques pour certains produits agricoles sous forme de quotas d'importations sans droits de douane sur des produits particulièrement sensibles, parmi lesquels, pour l'UE, le bœuf et le porc.

Si le CETA est mis en application, les importations de bœuf et de porc canadiens de l'UE seront multipliées par douze voire quatorze par rapport aux niveaux actuels.⁽⁴⁾ L'augmentation des importations dépendra de la capacité de l'industrie exportatrice canadienne à remplir les nouveaux quotas avec des produits sans hormones ou ractopamine (un additif alimentaire controversé qui accélère le processus d'engraissement). Les normes de production sont plus élevées en Europe qu'au Canada et, dans bien des cas, sont toujours influencées par les petits

2 Le texte consolidé du CETA tel qu'il a été publié par la Commission européenne en juillet 2016 : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN-FR/TXT/?uri=CELEX:52016PC0443&from=FR>

3 Pour l'accès aux marchés, voir chapitre 2 du texte du CETA : Traitement national et accès aux marchés pour les marchandises : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN-FR/TXT/?uri=CELEX:52016PC0443&from=FR>

4 Voir CETA chapitre 2 – Traitement national et accès aux marchés pour les marchandises, ainsi que l'annexe 2-A : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN-FR/TXT/?uri=CELEX:52016PC0443&from=FR>

exploitants agricoles. En Europe, l'utilisation d'hormones de croissance ou d'antibiotiques pour l'augmentation des performances est interdite. De plus, les réglementations et les normes européennes concernant l'élevage (l'espace minimal requis, les types de caillottes utilisés, les procédures d'autorisation) sont différentes des règles canadiennes.⁽⁵⁾

Les abattoirs canadiens n'ont pas encore été capables de remplir les quotas d'importation sans tarifs douaniers de l'UE pour les importations de porc et de bœuf. Toutefois, vu qu'une augmentation des quotas rendrait la production de viande sans hormone pour l'exportation plus attractive pour les producteurs et les transformateurs canadiens, le CETA pourrait les inciter à restructurer leurs chaînes de production et leurs procédés d'abattage. Si cela se produisait, l'augmentation des importations en provenance du Canada qui en résulterait pourrait exercer une forte pression à la baisse sur les prix européens de la viande.

L'accord permettrait aux importations canadiennes de couvrir environ 0,4 pour cent de la consommation européenne de porc et 0,6 pour cent de sa consommation de bœuf.⁽⁶⁾ Il y a déjà un surplus de production de viande et de lait en Europe, responsable de prix destructeurs pour les producteurs. Afin de garantir la survie de l'agriculture locale, l'industrie de la viande doit avoir pour priorité de réduire les quantités de production et de répondre aux demandes des consommateurs pour des produits socialement responsables et de haute qualité.

Commerce transatlantique du lait

Tandis que le CETA pourrait avoir un effet déstabilisateur sur le marché européen de la viande, l'augmentation des quotas de lait



Photo : bauernverband, flickr (licence Creative Commons)

proposée dans l'accord faciliterait des exportations supplémentaires de fromage vers le Canada, exerçant une pression comparable sur le marché canadien des produits laitiers.

Actuellement, le Canada utilise un système de gestion de l'offre pour son secteur laitier. Cette politique fournit aux exploitants agricoles canadiens des revenus justes et stables en s'assurant que l'approvisionnement de produits laitiers correspond à la demande intérieure. Les producteurs se voient accorder des quotas de production et ils encourrent des amendes pour chaque litre de lait produit au-delà de leurs quotas, tandis que les importations de produits laitiers sont limitées par des droits de douane. Le prix du lait au Canada correspond donc aux coûts intérieurs de production, assurant un rendement équitable pour les producteurs principaux.

Grâce à ce système de gestion de l'offre, les prix payés aux producteurs canadiens sont d'environ 50 cents (0,34 €) par kilogramme.⁽⁷⁾ En revanche, le prix du lait en Europe a considérablement baissé en juin 2016 pour atteindre 25,81 cents (0,17 €) par kilogramme.⁽⁸⁾ Cette baisse récente est le résultat de l'abolition du régime des

5 ISN : Verflecht der Rahmenbedingungen in der Schweinehaltung in den USA und Deutschland, <http://www.schweine.net/news/ttip-us-handelsbeauftragter-kein-zwang.html>.

6 Direction générale des politiques externes (2014) : négociations sur l'Accord économique et commercial global (AÉCG ou CETA) conclu, Bruxelles, octobre 2014

7 Commission canadienne du lait (2016) : <http://www.cdc-ccl.gc.ca/CDC/index-fra.php?id=3810>.

8 Commission européenne. European Milk Market Observatory : <http://ec.europa.eu/agriculture/market-observatory/milk/>

LE BIEN-ÊTRE ANIMAL AU SEIN DE L'ÉLEVAGE DANS LE CETA

Olga Kikou, CIWF (Compassion in World Farming)

L'analyse de l'Accord économique et commercial global (AÉCG ou CETA) entre l'UE et le Canada est très inquiétante, car il ne présente aucune disposition pour protéger le bien-être animal. Le texte ne contient aucune formulation en faveur du bien-être animal, sauf dans le chapitre sur la coopération réglementaire. Cela rend impossible l'évaluation d'éventuels progrès et manques, sauf bien sûr quand on examine les législations en vigueur et les pratiques existantes des deux partenaires. L'absence de référence au bien-être animal dans le texte témoigne d'une tendance alarmante à sacrifier des valeurs et des grands principes partagés par les citoyens au nom du commerce.

L'article x.4.19 sur les activités de coopération réglementaire fait bien référence à l'intention des Parties d'entreprendre des activités, y compris : « procéder à des échanges d'informations, d'expertises et d'expériences dans le domaine du bien-être animal dans le but de promouvoir la collaboration entre les Parties à cet égard. » Toutefois, de tels projets de collaboration n'aboutiront pas forcément à des niveaux plus élevés de protection des animaux d'élevage ou à l'amélioration des normes existantes.

Les normes en matière de bien-être des animaux d'élevage du Canada sont très médiocres comparées à celles prévues par la législation de l'UE. La politique agricole canadienne se caractérise par un manque de considération pour le bien-être des animaux d'élevage. Les codes de conduite sont archaïques, volontaires, et ils ne sont pas accompagnés de dispositions d'application fortes. Ces normes minimales ne peuvent pas assurer le bien-être des animaux d'élevage. Le Code pénal comprend quelques protections très limitées pour les animaux d'élevage, mais il exclut les poulets et les poissons, c'est-à-dire les animaux constituant la majorité de ceux qui sont élevés pour la production alimentaire. La Loi fédérale sur la santé des animaux réglemente le transport et la Loi fédérale sur l'inspection des viandes établit les réglementations sur l'abattage des animaux, mais elles ne peuvent être jugées adéquates pour protéger le bien-être animal.

L'Union européenne reconnaît les animaux comme des êtres sensibles et elle oblige les États membres à respecter le bien-être animal. Une série de règlements et de directives couvrant différentes espèces à toutes les étapes du processus d'élevage garantit un niveau minimum de protection. Des interdictions communes à toute l'UE sont notamment en place pour éviter les pires formes de cruauté : interdictions des élevages de poules stériles en batterie, des cages à veaux et des stalles individuelles pour truies (après les quatre premières semaines de grossesse). Toutefois, après une période de progrès qui a conduit à l'élaboration de lois protectrices, l'UE ne veut désormais plus créer de nouvelles législations et la stratégie actuelle de la Commission est de se concentrer davantage sur l'application des lois existantes plutôt que de proposer de nouvelles mesures législatives.

En ce qui concerne le CETA et le bien-être animal, l'accroissement du commerce sans aucune garantie que les normes devront s'améliorer à tous les stades de production aura un impact négatif et pourrait compromettre des avancées futures afin de renforcer les règles pour le bien-être animal.

quotas laitiers de l'UE en avril 2015. Les efforts de l'UE pour réorienter sa politique agricole vers l'exportation – afin de créer de bonnes conditions pour l'application d'accords commerciaux tels que le CETA – ont eu pour effet de faire considérablement baisser les prix payés aux producteurs européens.

Le faible coût du lait dans l'UE minera obligatoirement les prix du lait canadien qui sont plus élevés et qui garantissent les revenus. Le fromage industriel européen remplirait facilement les nouveaux quotas tarifaires accordés par le CETA. La politique agricole de l'UE ne peut pas prétendre être « durable » si en exportant ses surplus au

Canada, elle perturbe une réglementation du marché conçue pour soutenir les exploitants agricoles.

Qualité des procédures versus qualité des produits

En plus de la libéralisation des marchés agricoles, le CETA menace d'affaiblir les normes de sécurité alimentaire. Le traitement de surface de la viande avec des produits chimiques ou des substances organiques, par exemple, pourrait devenir plus courant. En Europe, les carcasses ne sont généralement pas traitées après l'abattage, sauf dans les cas où elles sont lavées avec de l'eau. Au Canada, cependant, c'est une pratique courante de laver les carcasses avec des produits chimiques tels que le chlore. L'UE a déjà assoupli les normes pour le traitement de surface des carcasses de bœuf avec de l'acide lactique⁽⁹⁾ (offrant peut-être un cadeau anticipé aux négociateurs du Canada et des États-Unis). De plus, l'UE discute depuis plusieurs mois de l'éventuelle autorisation du traitement de surface de la volaille avec de l'acide lactique.

Le CETA pourrait verrouiller ces modifications et encourager davantage de déréglementation. Affaiblir les normes pour les pratiques d'abattage ne profitera pas uniquement aux industries canadiennes de transformation de la viande et de la volaille, mais également à leurs homologues européens, puisque cela permettra d'industrialiser davantage les processus d'abattage. L'UE a déjà exprimé sa volonté de troquer ses procédures exigeantes de transformation de la viande et ses pratiques d'assurance qualité contre plus de traitements chimiques.⁽¹⁰⁾ Du point de vue de



Photo : Bad Kleinkirchheim, flickr (licence Creative Commons)

l'agriculture, la tendance est extrêmement problématique. Au lieu de déréglementer, l'UE devrait donner la priorité à la protection des petits abattoirs et promouvoir des processus de transformation plus éthiques, sûrs et durables.

Une détérioration de la qualité régionale

Les indications géographiques (IG) sont des noms de régions ou de lieux précis qui désignent l'origine de certains produits alimentaires protégés. Les IG permettent aux petits exploitants agricoles dans certaines régions d'établir des prix plus élevés pour des produits reconnus et de qualité et ils contribuent au développement économique régional en soutenant les industries à forte valeur ajoutée. On y trouve pour la France la poularde du Périgord, la Tomme de Savoie et le miel des Cévennes, par exemple, et pour la Belgique le pâté Gaumais et le jambon d'Ardenne. En 2015, 1308 produits alimentaires, 2883 vins et 332 spiritueux étaient protégés par le système des IG en Europe.⁽¹¹⁾

9 Règlement de la Commission (UE) No 101/2013 du 4 février 2013 concernant l'utilisation de l'acide lactique pour réduire la contamination microbiologique de surface des carcasses de bovins : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN-FR/TXT/?uri=CELEX:32013R0101&from=EN>

10 Arbeitsgemeinschaft bäuerliche Landwirtschaft (2014): Freihandelsabkommen stoppen – unübersehbare Auswirkungen auf die bäuerliche Landwirtschaft, Berlin/Hamm, April 2014.

11 Les Amis de la Terre Europe (2016) : Trading away EU Farmers, Bruxelles, avril 2016.

LE CETA ET LE GÉNIE GÉNÉTIQUE

(Karl Bär, Institut sur l'Environnement de Munich)

Le CETA contient un article traitant spécifiquement de la coopération bilatérale dans le domaine des biotechnologies (article 25.2). Par cet article, le Canada et l'UE s'engagent à échanger des informations et à coopérer dans toute une liste de domaines liés aux biotechnologies, qui posent des questions critiques, notamment concernant les procédures d'approbation de nouveaux produits et les procédures d'utilisation d'organismes génétiquement modifiés (OGM) encore interdits. La liste des « questions pertinentes » pour un dialogue bilatéral n'est pas exhaustive et elle peut être complétée à tout moment. Tandis que la promotion du commerce constitue l'objectif principal du dialogue bilatéral sur les biotechnologies, il n'y a aucune mention de mesures de protection des consommateurs. Il n'y a également aucune mesure limitant la domination du marché des semences par quelques multinationales.

Au Canada, les OGM sont largement utilisés dans l'agriculture. Plus de 90 % des cultures de colza au Canada, par exemple, sont génétiquement modifiées. Le colza génétiquement modifié du Canada peut même être retrouvé dans des produits alimentaires qui sont prétendument sans OGM.⁽¹⁾ Le miel du Canada contient souvent des pollens provenant de cultures de colza génétiquement modifié.⁽²⁾ Comme dans l'UE, le Canada dispose d'une procédure d'approbation des plantes génétiquement modifiées⁽³⁾ et il applique une politique de tolérance zéro pour les variétés qui n'ont pas été approuvées. Toutefois, le Canada a approuvé bien plus de variétés que l'UE.

Du point de vue des exportateurs canadiens, les règles rigoureuses de l'UE pour les produits biotechnologiques constituent une entrave au commerce – les produits non approuvés par l'UE ne peuvent pas être exportés vers l'UE. En outre, les marchandises contaminées par des produits non autorisés doivent être retirées du marché. Le Canada a déjà contesté les règles européennes en matière d'approbation des plantes génétiquement modifiées par l'Organisation mondiale du commerce (OMC).⁽⁴⁾ En 2009, le Canada et l'UE sont parvenus à un accord prévoyant la création d'un forum bilatéral pour l'approbation des nouveaux produits issus des biotechnologies. Avec le CETA, ce dialogue est élargi pour aborder davantage de questions liées aux biotechnologies.

Un dialogue favorisant les intérêts de l'industrie biotechnologique

Même si le CETA ne crée pas d'obligations contraignant l'UE à changer les procédures d'approbation en vigueur concernant les OGM, les Parties s'engagent à la poursuite d'un dialogue et d'une coopération sur les OGM et autres enjeux connexes. Il est problématique que les enjeux et les objectifs du dialogue bilatéral, figurant dans l'article 25.2, soient clairement conçus pour servir les intérêts de l'industrie biotechnologique. Le paragraphe 25.2.1(c), par exemple, aborde spécifiquement les effets des procédures d'approbation « asynchrones » pour les produits de la biotechnologie. Il s'agit d'une demande répétée des exportateurs de biotechnologies.

Le mécanisme du CETA pour la « coopération réglementaire » (voir chapitre sur la coopération réglementaire) est particulièrement important dans ce contexte, car les Parties sont liées par ce mécanisme et doivent essayer d'harmoniser leurs réglementations au fil du temps. Le mécanisme

1 <http://www.oekotest.de/cgi/index.cgi?artnr=104985&bernr=04> (en allemand).

2 Des pollens de cultures de colza génétiquement modifié ont été trouvés dans des miels canadiens par les autorités allemandes à plusieurs reprises depuis les années 90, (Chemischen und Veterinäruntersuchungsämter (CVUA) in Baden-Wuerttemberg) et la revue Ökotest. Voir par exemple http://www.ua-bw.de/uploaddoc/cvuafr/IB2008_Gentechnik_Internet.pdf (en allemand).

3 Réglementation des aliments génétiquement modifiés sur le site internet du Ministère canadien de la Santé <http://www.hc-sc.gc.ca/index-fra.php>

4 Le différend sur le site de l'OMC : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds292_f.htm

de coopération réglementaire induit le risque de voir les futures législations dans le domaine de la biotechnologie (pour la réglementation de nouvelles techniques de manipulation génétique, par exemple) influencées d'entrée de jeu par les intérêts de l'industrie biotechnologique.

En outre, il est particulièrement dangereux que les Parties s'accordent, dans le paragraphe 25.2.2(b), pour « favoriser l'utilisation de processus d'approbation des produits de la biotechnologie efficaces et fondés sur des données scientifiques ». En Amérique du Nord et parmi les associations industrielles, le principe de précaution – une pratique qui empêche l'approbation de nouveaux produits si leur innocuité pour les humains et l'environnement n'a pas été démontrée – n'est pas considéré comme « basé sur la science ». Au lieu de cela, les législateurs canadiens et l'industrie des biotechnologies adoptent une approche selon laquelle le risque doit être catégoriquement prouvé avant qu'un produit puisse être interdit. Cette demande dans le CETA pourrait sembler inoffensive à première vue. Pourtant, l'un des principes fondamentaux des procédures de réglementation de l'UE est que les responsables politiques décident si oui ou non un risque particulier doit être pris. Au contraire de ce qu'induit la logique exigeant une démonstration scientifique a priori, les responsables politiques doivent pouvoir être tenus pour responsables de leurs choix par leurs électeurs.

Le Canada est également un leader mondial dans l'élaboration de normes internationales pour ce qu'on appelle « la présence de faible quantité ».⁽⁵⁾ Par le biais de sa politique commerciale, le Canada et d'autres ont l'intention de mettre en place un seuil de tolérance mondialement reconnu pour la contamination des OGM, résolvant ainsi le problème de la contamination en évitant de s'attaquer à la source de celui-ci. Cette approche n'est pas seulement en contradiction avec les procédures d'approbation en vigueur de l'UE, mais elle va également à l'encontre de ce que souhaite une grande partie de l'opinion publique en Europe.⁽⁶⁾

Enfin, en plus de l'article 25.2 sur les biotechnologies, le chapitre du CETA sur la protection de l'investissement a une importance potentielle pour la réglementation du secteur. Les multinationales canadiennes de la biotechnologie pourraient utiliser le mécanisme de règlement des différends investisseur État présent dans l'accord pour poursuivre des gouvernements de l'UE et exiger des dédommagements pour des réglementations plus strictes ou des changements de règles concernant le génie génétique (voir le chapitre sur l'ISDS). L'ISDS est donc une menace de plus contre la réglementation des OGM dans le CETA.



Photo : BASF - We create chemistry, flickr (licence Creative Commons)

5 <http://www.agbioforum.org/v16n1/v16n1a04-tranberg.htm>

6 L'un des très rares sondages de toute l'UE fut l'enquête Eurobaromètre publiée en février 2010. L'une des conclusions principales de cette enquête était que les citoyens européens « ne voient pas les intérêts de l'alimentation génétiquement modifiée, ils estiment que l'alimentation génétiquement modifiée pourrait être dangereuse, voire nocive pour la santé, et ils ne sont pas favorables à un développement de l'alimentation génétiquement modifiée ». Voir : <http://ec.europa.eu/COMFrontOffice/PublicOpinion/index.cfm/ResultDoc/download/DocumentKy/55674>

Le CETA protégerait seulement 173 produits avec des indications géographiques.⁽¹²⁾ Bien que le CETA comporte une section où les IG canadiennes peuvent être listées, celle-ci est totalement vide. Il n'y a pas de tel système pour les produits canadiens et les producteurs canadiens de produits alimentaires d'imitation aimeraient que les IG soient complètement supprimées.⁽¹³⁾ La liste des IG dans le CETA n'empêchera probablement pas les imitations au Canada de toute façon. En vertu du CETA, les producteurs canadiens seront toujours autorisés à distribuer des produits comparables avec la traduction du nom original en français ou en anglais (« Cevennes honey » par exemple). La Commission européenne affirme qu'il n'était pas possible de négocier une protection complète pour la traduction en français ou en anglais des IG, ce qui signifie que celles-ci seront efficacement neutralisées au Canada.⁽¹⁴⁾

Le texte du CETA permet l'ajout de produits sur la liste des IG protégées une fois que l'accord sera conclu. Toutefois, il permet également de supprimer des produits de la liste s'ils ne sont plus considérés comme pertinents. L'article 20.22.1 indique que « Le Comité mixte du CETA, établi au titre de l'article 26.1, peut, par consensus et sur recommandation du Comité du CETA sur les indications géographiques, décider d'amender l'annexe 20-A en ajoutant des indications géographiques ou en supprimant des indications géographiques qui ont cessé d'être protégées ou qui sont tombées en désuétude dans leur lieu d'origine. »⁽¹⁵⁾

Puisque le Comité mixte du CETA est l'ultime responsable de cette décision, le consentement du Canada sera systématiquement exigé si un produit doit être ajouté ou supprimé de la liste. Alors que ce comité inclura probablement des entreprises dans son processus de décision pour la coopération réglementaire, il n'est en aucun cas obligé d'impliquer les parlements nationaux européens.⁽¹⁶⁾ L'efficacité future du système des IG est remise en question par le CETA au moment exact où ce système devrait être renforcé en Europe et dans le monde.

En finir avec l'industrialisation de l'agriculture

La ratification du CETA dans sa forme actuelle constitue une menace considérable pour l'agriculture locale des deux côtés de l'Atlantique. Plutôt que la promotion des exportations et des productions excédentaires, il est nécessaire de faire des efforts concertés pour sauvegarder les réglementations qui garantissent la qualité des aliments et le développement économique local. Concrètement, cela suppose des efforts pour promouvoir le bien-être des animaux et la nourriture sans OGM, renforcer la production locale de protéines fourragères, assurer le droit de replanter des semences de variétés protégées, stopper les manipulations génétiques surnoisées et réduire l'utilisation des pesticides et des engrais chimiques. Ces initiatives cruciales sont à la fois bloquées et menacées par les politiques commerciales conçues en faveur des grandes entreprises telles que celles codifiées dans le CETA.

12 Dans le texte du CETA, les indications géographiques sont comprises dans le chapitre 20 sur la propriété intellectuelle et dans l'annexe 20-A <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN-FR/TXT/?uri=CELEX:52016PC0443&from=FR>

13 Agra-Europe (2015): TTIP: Hogan will 'Schnellstraße über den Atlantik', Agra-Europe 9/15, 23 février 2015.

14 Parlement allemand (2015): Auswirkungen von TTIP und CETA auf geschützte geografische Herkunftsangaben und auf die Kennzeichnung von gentechnisch veränderten Lebensmitteln. Drucksache 18/4560, avril 2015.

15 CETA chapitre 20, p. 159 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN-FR/TXT/?uri=CELEX:52016PC0443&from=FR>

16 Stoll P-T, Holterhus P, Gött H (2015): Die geplante Regulierungszusammenarbeit zwischen der Europäischen Union und Kanada sowie den USA nach den Entwürfen von TTIP und CETA. Vienne, juin 2015.

Libre-échange ou protection du climat ? Les menaces du CETA en matière de politiques énergétiques et climatiques

Ernst-Christoph Stopler (*Friends of the Earth Germany*)

Des tensions existent depuis longtemps entre l'objectif d'expansion du commerce et celui de protection de l'environnement contre des activités commerciales nocives. Les accords de libre-échange de nouvelle génération, par exemple, sont conçus pour éliminer les « entraves non tarifaires » au commerce, un objectif qui perturbe considérablement la capacité politique et légale des États à réglementer dans l'intérêt général et qui va généralement à l'encontre des processus décisionnels démocratiques.

De façon largement controversée, les nouveaux accords comme le CETA et le TTIP donnent aux investisseurs et aux multinationales de droits juridiques colossaux en matière internationale pour poursuivre les gouvernements contre des mesures qui auraient pour effet de diminuer une activité commerciale ou restreindre une possibilité d'investissement – même si les mesures sont mises en œuvre, d'abord et avant tout, pour protéger l'environnement et réduire les émissions de gaz à effet de serre.

Ces protections extensives offertes par le CETA aux investisseurs, conjointement à l'accent largement mis sur la libéralisation des services et des marchés publics, compromettent deux aspects centraux d'une politique énergétique et climatique durable : la restriction et la fin rapide de l'énergie



Photo : kris krüg, flickr (licence Creative Commons)

issue des combustibles fossiles et la promotion et le développement des énergies renouvelables alternatives.

CONTEXTE

La communauté internationale s'est engagée – très récemment avec l'accord de Paris de 2015 – à limiter la hausse de la température moyenne de la Terre « à moins de 2 °C au-dessus des niveaux préindustriels », et même à poursuivre les efforts pour limiter



Photo : Jakob Huber / Campact, flickr (licence Creative Commons)

cette hausse à moins de 1,5 °C, afin de réduire significativement les risques et les effets du changement climatique (CCNUCC : art. 2).⁽¹⁾ Si la communauté internationale veut atteindre ses objectifs, les émissions de gaz à effet de serre (GES) doivent être drastiquement réduites – et complètement éliminées dans de nombreux secteurs – durant les années et les décennies à venir. Nous avons notamment besoin urgemment des mesures gouvernementales d'atténuation suivantes :

- Éliminer les énergies fossiles (charbon, pétrole, gaz), en particulier pour la production d'électricité, le chauffage et le transport;
- Adopter des sources d'énergie renouvelables telles que l'énergie éolienne, solaire et hydraulique et la biomasse, entre autres;
- Accroître significativement l'efficacité énergétique dans tous les secteurs économiques et sociaux, et réduire la consommation d'énergie pour la production des biens et des services;

1 CCNUCC 2015 : Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, Accord de Paris, 12 décembre 2015. Téléchargé sur http://unfccc.int/files/essential_background/convention/application/pdf/french_paris_agreement.pdf le 19/08/16

→ Réduire les GES issus de l'agriculture (en réduisant les pratiques agricoles industrielles qui sont destructives); et

→ Réduire les distances de transport en développant des circuits économiques régionaux.

À l'inverse, les accords de libre-échange sont destinés à promouvoir le commerce des biens et des services sans considération de ses conséquences environnementales. Les coûts externes des dégâts liés au changement climatique – engendrés par des distances de transport et des volumes d'échanges accrus, par l'agriculture industrielle et la destruction des économies locales – ne sont pas pris en compte dans les négociations en matière de libre-échange durant lesquelles ils ne jouent qu'un rôle secondaire. Les réglementations environnementales qui restreignent le commerce peuvent même être ciblées par les négociateurs commerciaux comme des obstacles à éliminer.

Une fois qu'un accord comme le CETA est en place, cependant, il y a plus de risques que des mesures visant à atténuer le changement climatique, comme celles décrites ci-dessus, soient contestées comme des entraves illégales au commerce. Selon McGlade et Ekins (2015), par exemple, en supposant une efficacité économique optimale, limiter la hausse de la température moyenne de la Terre à 2 °C exigerait qu'un tiers de toutes les réserves de pétrole, la moitié des réserves de gaz et 80 pour cent des réserves de charbon soient laissées dans le sol. Au Canada, 75 pour cent des réserves de pétrole devraient rester inexploitées. Ces découvertes scientifiques impliquent clairement qu'une augmentation de la production de pétrole non conventionnel est en contradiction avec l'objectif des 2 °C.⁽²⁾ Ainsi, si l'on analyse le CETA en tenant compte des politiques climatiques, il est essentiel de

2 McGlade, Christophe; Ekins, Paul 2015: The geographical distribution of fossil fuels unused when limiting global warming to 2°C, *Nature* 517, pp 187-190 (8 January 2015). doi:10.1038/nature14016

se demander si l'accord facilite ou gêne les efforts pour réduire l'extraction et l'utilisation des combustibles fossiles à l'avenir.

Le texte final du CETA ignore presque complètement le changement climatique. Seul le chapitre sur le commerce et l'environnement (chapitre 24) mentionne la politique climatique : l'article 24.9.1 engage les parties à promouvoir la coopération sur les questions environnementales. Cependant, le processus de règlement des différends ne s'applique pas à ce chapitre. Il n'inclut pas non plus de dispositions claires qui permettraient aux politiques climatiques de prévaloir sur les règles du CETA, ou sinon de faire exception aux obligations générales du traité, en matière d'accès aux marchés, de libéralisation des services ou de protection de l'investissement. C'est une énorme omission que deux pays acquis à la lutte contre le changement climatique, comme ils aiment à le dire, ne protègent pas leurs pouvoirs discrétionnaires de réglementer en faveur de la protection du climat. Au lieu de cela, le CETA rendra les considérations climatiques secondaires par rapport aux droits des affaires.

ANALYSE DES DISPOSITIONS PRINCIPALES

Protection des investissements pour les multinationales de l'énergie et des mines

Contrairement au chapitre du CETA sur l'environnement, incomplet et impuissant, les dispositions de l'accord pour la protection de l'investissement sont extrêmement larges et peuvent être mises en œuvre directement (c'est-à-dire sans l'appui du gouvernement) par le mécanisme de règlement des différends investisseur État (ISDS) (voir chapitre sur l'ISDS). Avant tout, le CETA permettra aux investisseurs d'une Partie d'attaquer les politiques d'un gouvernement,

les réglementations ou les lois de l'autre Partie quand ils estiment qu'elles enfreignent le chapitre sur l'investissement de l'accord, et ces affaires seront tranchées par des arbitres privés plutôt que par des tribunaux nationaux. En 2015, par exemple, le géant de l'énergie canadien TransCanada a intenté une poursuite demandant 15 milliards de dollars de compensation au gouvernement des États-Unis en vertu de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA), en affirmant que la décision d'annuler l'extension de l'oléoduc Keystone XL conçu pour transporter des sables bitumineux canadiens enfreint les droits accordés à l'entreprise en matière d'investissement.

Les politiques environnementales sont à peine protégées de la menace de telles poursuites de la part d'investisseurs dans le CETA. Au premier abord, il pourrait sembler que l'article 28.3.2 protège les mesures gouvernementales jugées *nécessaires* « à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux. » Ou à « la conservation des ressources naturelles épuisables, qu'elles soient biologiques ou non biologiques », lesquelles ne peuvent pas être contestées sur la base des clauses du chapitre sur l'investissement (relatives à celles relevant des rubriques « établissement d'investissements (section B) » et « traitement non discriminatoire » (section C).

Mais l'article 8.2.4 du chapitre sur l'investissement exclut déjà l'ISDS pour des violations de ces sections en général. Les négociateurs du CETA pourraient avoir conçu les exceptions de l'article 28.3 plus solidement en les appliquant également aux dispositions de « protection de l'investissement » dans la sous-section 8-D du chapitre sur l'investissement, laquelle est la base de beaucoup de cas d'ISDS visant des mesures environnementales. Le fait qu'il n'y ait pas vraiment d'exceptions nous indique quel type d'investisseurs le CETA protège, et ce contre quel type de mesures des pouvoirs publics.

LE CHAPITRE SUR LE DÉVELOPPEMENT DURABLE DU CETA – DES MESURES DE FAÇADE POUR UN BÂTIMENT VIDE

Nelly Grotefendt, ONG allemande Forum pour l'Environnement et le Développement

La politique commerciale de l'UE a été lourdement critiquée en raison de ses implications sociales et environnementales. L'UE a donc développé toute une rhétorique socialement responsable pour l'inclure dans ses accords commerciaux, ce sans véritablement changer les politiques sous-jacentes et les dispositions juridiques. Bien que le CETA contienne des formulations encourageantes, il ne protège pas efficacement le droit des travailleurs et de l'environnement et il n'assure pas le développement durable, ni au Canada ni dans l'UE.

Le chapitre du CETA sur le commerce et le développement durable (chapitre 22) correspond juste à quatre pages et il se caractérise par l'usage de formulations prudentes. Le chapitre contient de nombreuses mentions à des approches non contraignantes, sans obligations supplémentaires pour les Parties contractantes de promouvoir le développement durable en vertu du droit international. Comme pour le chapitre sur le commerce et l'environnement, l'assurance du respect du chapitre du CETA sur le développement durable est limitée par des termes purement théoriques tels que le « dialogue », « promouvoir », « encourager », « pratiques volontaires exemplaires », « examen », « surveiller », « évaluer », « transparence » et « participation du public ».

Dans ses objectifs, le chapitre sur le développement durable fait référence aux normes et aux déclarations internationales sans établir de véritables engagements. L'article 22.11, par exemple, indique que « Les Parties **reconnaissent** que le développement économique, le développement social et la protection de l'environnement sont interdépendants et forment des composantes du développement durable qui se renforcent mutuellement, et elles **réaffirment leur engagement** à promouvoir le développement du commerce international d'une manière qui contribue à la réalisation de l'objectif de développement durable. » Ces déclarations n'ont aucune substance juridique. Finalement, elles ne font qu'apporter un soutien de façade aux grands objectifs du développement durable.

Tous les mécanismes de résolution des conflits prévus par le chapitre sont totalement facultatifs. Aucun gouvernement réticent ou autre investisseur international ne sera contraint de promouvoir une gestion durable au service du bien commun. Au mieux, tout ce que fait l'accord consiste à encourager l'UE et le Canada à entreprendre « des programmes volontaires relatifs à la production durable de marchandises et de services » et à « l'élaboration et **l'utilisation**, par les entreprises, de **pratiques volontaires** exemplaires de responsabilité sociale, comme celles énoncées dans les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales » (article 22.3.2.).

Le très problématique et vague terme de « traitement juste et équitable » constitue la base légale substantielle de nombreux cas d'arbitrage dans le domaine de l'investissement. L'article 8.10.4 du CETA (« traitement des investisseurs et des investissements visés ») prévoit qu'afin de déterminer si le traitement juste et équitable a été violé, le tribunal d'arbitrage peut tenir compte « du fait qu'une Partie a fait ou non des déclarations spécifiques à un investisseur en vue d'encourager un investissement visé, lesquelles ont créé une attente légitime et motivé la décision de l'investisseur

d'effectuer ou de maintenir l'investissement visé, mais auxquelles la Partie n'a pas donné suite. »

Cette formulation renforce les moyens des investisseurs dans le secteur des combustibles fossiles, puisque de nombreux pays adoptent une procédure d'approbation et de licences prévoyant plusieurs étapes pour la recherche, l'exploitation ou l'extraction des matières premières. Le refus d'une autorisation après qu'une première approbation a été accordée pourrait constituer la base d'une poursuite ISDS (comme cela a pu être



Photo : Grégory Tonon, flickr (licence Creative Commons)

le cas au Salvador dans le cas du rejet d'un projet de mine d'or et dans la province du Québec au Canada, après l'entrée en vigueur d'un moratoire sur la fracturation hydraulique sous le fleuve Saint-Laurent). De plus, les termes « déclarations spécifiques » et « attente légitime » peuvent faire l'objet de diverses interprétations. Une lettre amicale de la part d'un ministre à un investisseur au sujet d'un projet éventuel crée-t-elle une « attente légitime » ? Il reviendra à un groupe de trois arbitres d'en décider et non à des tribunaux légitimes.

L'ISDS peut également être invoqué pour des poursuites contre des mesures environnementales quand un investisseur (une compagnie multinationale pétrolière, par exemple) affirme qu'il y a eu une « expropriation indirecte » de leurs investissements. Pour évaluer si une mesure constitue une expropriation indirecte, « l'étendue de l'atteinte portée par la mesure ou la série de mesures en cause aux attentes spécifiques et raisonnables sous-tendant l'investissement » (annexe 8A) doit être prise en compte. Comme la norme du traitement

juste et équitable, l'expropriation indirecte a été invoquée de nombreuses fois par le passé pour réclamer à des gouvernements, via l'ISDS, des dédommagements en contrepartie de mesures de gestion des ressources naturelles.

Vu qu'ils sont couverts par les clauses de traitement juste et équitable et par les règles sur l'expropriation, les investissements dans des projets d'extraction de combustibles fossiles et d'infrastructure énergétique sont toujours largement protégés et les droits relatifs à ces investissements peuvent être opposables grâce à l'ISDS. L'article 8.1 indique clairement qu'« une concession (...) y compris pour l'exploration, la mise en valeur, l'extraction ou l'exploitation de ressources naturelles » est considérée comme un investissement couvert par les procédures permettant l'ouverture d'un arbitrage d'investisseurs. Cela signifie que les politiques pour le climat dont on a besoin de toute urgence, y compris les règles pour améliorer l'efficacité énergétique ou pour réduire la consommation d'énergie, ainsi que les mesures pour réduire puis sortir de



Photo : Joe Brusky, flickr (licence Creative Commons)

l'électricité produite à partir de combustibles fossiles, sont susceptibles de provoquer des contentieux investisseur État. Puisque les mesures visant à réduire les émissions de gaz à effet de serre pourraient bientôt rendre l'extraction des combustibles fossiles non rentable, il y a un réel danger que les compagnies minières et de ressources naturelles essaient de récupérer leurs profits non réalisés via l'ISDS aux dépens des finances publiques du Canada et de l'Europe.

Libéralisation des services et des marchés publics

Les services liés à l'approvisionnement constituent une part de plus en plus importante du secteur énergétique. Par conséquent, la libéralisation extensive des services prévue dans le CETA constitue une autre entrave potentielle à des politiques proactives pour protéger le climat. (Voir chapitre sur le commerce des services.)

Les dispositions du CETA en matière d'accès au marché, dans l'article 9.6 du chapitre sur le commerce transfrontalier des services,

éliminent en grande partie les examens d'utilité économique et les restrictions quantitatives sur le nombre de prestataires de services dans un secteur donné. Même si l'approche de liste négative permet aux Parties contractantes d'ajouter des réserves sur des mesures réglementaires en vigueur ou à venir, il est improbable que celle-ci permette une réserve durable ou l'interdiction de services, par exemple la fin de services qui ne respecteraient pas certains critères en matière d'efficacité énergétique ou qui dépendraient des combustibles fossiles. Du côté canadien, quelques réserves à l'accord, inscrites par ses provinces et territoires, sont de très grande ampleur. Du côté de l'UE, d'importantes réserves à l'accord ont seulement été inscrites par la Belgique, la Bulgarie (avec une interdiction de la fracturation hydraulique), Chypre, la Finlande, la France, Malte, les Pays-Bas, le Portugal et la République de Slovaquie.

Dans l'hypothèse d'une réglementation plus stricte des entreprises de services énergétiques, compte tenu des impératifs liés au changement climatique, les marchés publics

pourraient également jouer un rôle dans la promotion des énergies renouvelables. Traditionnellement, lors des procédures d'appels d'offres pour les marchés publics, les gouvernements ont été en mesure d'imposer des exigences qualitatives, dépassant les considérations commerciales (pour exiger l'utilisation d'une énergie propre dans des bâtiments publics, par exemple). L'article 19.9.9 du chapitre du CETA sur les marchés publics permet l'inclusion de « caractéristiques environnementales » parmi les critères d'évaluation pour l'attribution des marchés publics. Toutefois, l'article 19.14.5(a) exige que le marché soit attribué au fournisseur qui a présenté l'offre « la plus avantageuse », il n'y a pas de définition et ceci pourrait être utilisé pour écarter des offres plus coûteuses, mais plus respectueuses de l'environnement. Tandis que la plupart des dispositions du CETA en matière de marchés publics sont très détaillées, une définition précise n'est pas inscrite pour cette indication cruciale.

La promotion des énergies renouvelables retardée par la coopération réglementaire

Si la communauté internationale veut atteindre les engagements qu'elle a pris avec l'accord de Paris, une réduction drastique de l'énergie issue des combustibles fossiles doit être complétée par un développement rapide des énergies renouvelables. Ceci exige également un investissement massif et une réglementation visant à transformer les réseaux d'électricité afin de connecter les énergies renouvelables, les technologies économes en énergie et les programmes d'efficacité énergétique.

Dans ce contexte, il est extrêmement problématique que le chapitre sur la coopération réglementaire du CETA (chapitre 21) encourage les deux Parties à améliorer leur compétitivité et leur rendement grâce à des « approches réglementaires neutres sur le plan technologique » (article 21.3[d][iii][A]). La notion de neutralité, dans le contexte du secteur de l'énergie, entre en contradiction

directe avec les efforts de promotion des technologies énergétiques propres et de discrimination des technologies polluantes. Même si une Partie n'est pas tenue de coopérer sur l'élaboration des réglementations et qu'elle peut se retirer des activités de coopération, elle « devrait être prête à expliquer les motifs de sa décision à l'autre Partie. » (Voir chapitre sur la coopération réglementaire.)

Affaiblissement de la directive de l'UE sur la qualité des carburants

Le relatif mépris de la Commission européenne pour la protection du climat et ses efforts pour promouvoir le commerce des combustibles fossiles sont également manifestes au vu des désaccords autour du CETA et de la directive de l'UE de 2009 sur la qualité des carburants. Par cette directive, conçue pour réduire les émissions de CO₂ de 6 % dans le secteur des transports, différents types de combustibles étaient classifiés selon l'intensité de leurs émissions de GES. Une étude de l'université de Stanford commandée par la Commission européenne avait notamment constaté que les émissions du pétrole issu des sables bitumineux canadiens étaient 23 % plus élevées que celles du pétrole conventionnel. Puisque cette classification était susceptible d'avoir des conséquences négatives pour l'exportation du pétrole des sables bitumineux canadiens, le gouvernement canadien a lancé une campagne de lobbying pour que l'Europe s'y oppose :

Les ministres et les parlementaires se sont rendus à Bruxelles, ils ont engagé des entreprises de relations publiques et ils ont développé une stratégie de lobbying secrète appelée « stratégie de plaidoyer paneuropéenne pour les sables bitumineux ». Déjà au cours des deux premières années de négociation, les Canadiens ont organisé plus de 110 activités de lobbying en Europe – plus d'une par semaine. Les études scientifiques de l'UE ont été remises en question par des rapports douteux, les politiciens de l'UE ont

été accompagnés lors de visites d'observation unilatérales au Canada et, parmi les décideurs politiques conservateurs et les représentants des industries européennes, des partenaires intéressés ont été repérés.⁽³⁾

Cette campagne canadienne a été soutenue par le représentant au commerce des États-Unis (et négociateur en chef du TTIP) Michael Froman, ainsi que par des groupes pétroliers multinationaux tels que BP et Shell.⁽⁴⁾

En partie à cause de cette pression extérieure, la Commission européenne a affaibli sa propre loi et elle a rendu cette directive inoffensive. Bien que les grilles de calcul des émissions des différents types de pétrole soient annexées à la directive, elle n'exigeait plus que l'origine du pétrole soit révélée par les entreprises.⁽⁵⁾ La Commission de l'environnement du Parlement européen et une faible majorité de députés européens (337 contre 325) se sont opposés à l'affaiblissement de la directive en décembre 2014, mais étant donné que la majorité qualifiée requise de 376 votes n'a pas été atteinte, elle a tout de même été adoptée.

CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

Dans sa forme actuelle, le CETA correspond à une liste de plusieurs milliers de pages de ce que ne peuvent pas faire les gouvernements pour perturber le commerce. Comme expliqué précédemment, les chapitres de l'accord sur l'investissement, le commerce transfrontalier des services, la coopération réglementaire et les marchés publics, entre autres, compliqueraient l'exercice des gouvernements qui veulent sortir des combustibles fossiles ou promouvoir et développer des sources d'énergie alternatives.

Les chapitres sur le commerce et le développement durable et celui sur le commerce et l'environnement sont essentiellement rhétoriques. Du point de vue de la politique climatique, le CETA constituerait donc un recul important, et c'est le moins que l'on puisse dire.

Les gouvernements doivent garder une marge de manœuvre suffisante en matière de réglementation s'ils veulent affronter la crise climatique. Il conviendrait à cet effet de modifier l'accord en profondeur au moins à deux égards. Premièrement, le chapitre sur l'investissement et les procédures d'ISDS doivent être totalement supprimés. De modestes réformes procédurales et la perspective d'un Système judiciaire sur l'investissement (voir le chapitre sur l'ISDS) ne vont pas assez loin pour protéger les politiques publiques et n'incluent pas les mesures fortes nécessaires pour protéger l'environnement contre des poursuites d'investisseurs hors des systèmes judiciaires classiques. Deuxièmement, le CETA devrait inclure un langage sans équivoque pour protéger et promouvoir les politiques climatiques – y compris les réglementations conçues pour augmenter la part des énergies renouvelables, réduire la consommation d'énergie et améliorer l'efficacité énergétique – censées donner suite aux engagements pris dans l'accord de Paris pour réduire les émissions de GES.

Le caractère urgent de la crise climatique implique d'en finir avec des règles commerciales toutes puissantes et des obligations facultatives en matière de climat –, afin de renverser le modèle actuel et d'encourager un commerce durable favorable à la réglementation environnementale.

3 Pötter, Bernhard 2014: Freier Markt für dreckiges Öl, taz 06.10.14

4 Van Beek, Bas et autres, 2015 : Freihandel. TTIP ist schon Realität, ZEIT Online 29.05.15. Téléchargé sur <http://www.zeit.de/wirtschaft/2015-05/ttip-ceta-kosten> le 29.05.15.

5 Pötter, Bernhard 2014.

Les droits au travail

*Angela Pfister, Fédération autrichienne des syndicats
Éva Dessewffy, Chambre autrichienne du travail*

Les droits au travail, parmi lesquels le droit de former des syndicats et le droit de mener des négociations collectives, contribuent positivement au développement social et économique en augmentant les salaires moyens, en réduisant les inégalités de salaire et en faisant reculer le chômage.⁽¹⁾ L'importance du droit du travail pour la prospérité mondiale et la justice sociale trouve écho dans les normes fondamentales du travail de l'Organisation internationale du travail (OIT) dont 187 pays sont membres.

Dans une économie de marché mondialisée, la protection des droits au travail par des accords internationaux comme l'OIT est nécessaire pour empêcher « une course à la baisse » en matière de réglementation. Sans normes internationales, les pays peuvent être forcés d'affaiblir le droit du travail pour attirer les investissements étrangers. Historiquement, la compétition entre pays pour les investissements étrangers a toujours eu cet effet négatif.⁽²⁾

En établissant des règles pour le commerce et l'investissement, des accords comme le CETA pourraient jouer un rôle essentiel dans la protection du droit du travail. Les accords commerciaux sont particulièrement importants, car ils sont souvent plus applicables que les conventions multilatérales comme



Photo : peoplesworld, flickr (licence Creative Commons)

celles développées et adoptées par l'OIT. Pour établir les bases communes d'un commerce équitable entre les pays, de nouveaux accords doivent inclure des règles fortes et contraignantes sur des normes minimales en matière de travail.

Or les défenseurs du CETA affirment que l'accord établit de solides normes du travail pour l'UE et le Canada, mais en réalité les protections du texte sont faibles. Contrairement aux traités commerciaux passés de l'UE, le CETA ne contient pas de clause déclarant que le respect des droits de l'homme est un élément essentiel de l'accord.⁽³⁾ De plus, le chapitre du CETA sur

1 « Unions and Collective Bargaining: Economic Effects in a Global Environment », Banque mondiale, Washington, 2003 (<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/15241>)

2 Ronald B. Davies et Krishna Chaitanya Vadlamannati, « A Race to the Bottom in Labour Standards? An Empirical Investigation », *Journal of Development Economics*, vol. 103 (juillet 2013): p. 1-14

3 Pour comparer, voir par exemple « Chapitre 1 : Éléments essentiels » dans l'accord de libre échange de l'UE de 2012 avec la Colombie et le Pérou ([http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?qid=1476279718487&uri=CELEX:22012A1221\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?qid=1476279718487&uri=CELEX:22012A1221(01))).



Photo : Jamie McCaffrey, flickr (licence Creative Commons)

le travail (chapitre 23) n'introduit pas de clauses contraignantes et applicables qui veilleraient à ce que les normes fondamentales de l'OIT soient appliquées et respectées; il encourage seulement les Parties à s'efforcer d'appliquer des normes du travail exigeantes. D'ailleurs, exemple évocateur illustrant les priorités des négociateurs, le chapitre sur les normes du travail est exclu du champ du mécanisme général de règlement des différends régissant l'accord.

Globalement, le CETA n'améliorera pas les normes du travail dans l'UE et au Canada et il pourrait même les compromettre. En ouvrant le commerce entre des pays disposant de normes du travail différentes sans les faire converger par le haut, le CETA pourrait faire augmenter les pressions à la baisse sur les

conditions de travail des deux côtés de l'Atlantique. En outre, le CETA faciliterait la tâche des employeurs souhaitant délocaliser leurs investissements là où les normes du travail sont les plus basses, ou tentant de contester de nouvelles réglementations qui pourraient avoir un effet négatif sur leurs investissements dans l'UE ou au Canada.

DISPOSITIONS PRINCIPALES

Aucune obligation de ratifier les normes manquantes de l'OIT

Huit des 190 conventions de l'OIT sont définies comme conventions fondamentales du travail et tous les États membres de l'OIT sont encouragés à les ratifier, les appliquer et les respecter. Toutefois, le Canada n'a pas ratifié la *Convention concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective* (n° 98) ou la *Convention concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi* (n° 138). Tandis que la convention sur l'âge minimum devrait être prochainement ratifiée, les discussions concernant la ratification de la convention sur le droit de négociation collective sont toujours en cours.

Le degré d'ambition concernant le droit du travail dans le CETA ne correspond pas au niveau de développement du Canada et des pays membres de l'UE. Au mieux, l'article 23.3(4) du CETA appelle les Parties à déployer « des efforts continus et soutenus afin de ratifier les conventions fondamentales de l'OIT, si elles ne l'ont pas déjà fait. »

Par ailleurs, le CETA ne contient aucun élément suggérant de ratifier, d'appliquer et d'adopter la *Convention concernant la sécurité, la santé des travailleurs et le milieu de travail* (n° 155) de l'OIT, ni les conventions de gouvernance prioritaires (n° 81 et n° 129 sur les inspections du travail, n° 122 sur la politique d'embauche et n° 144 sur les consultations internationales), ou les conventions de l'OIT sur la mobilité des travailleurs et sur la protection des travailleurs

DÉCLARATION COMMUNE par les présidents du Congrès du travail du Canada (CTC), Hassan Yussuff, et de la Confédération allemande des syndicats (DGB), Reiner Hoffmann, SUR LA VERSION FINALE DE L'ACCORD ÉCONOMIQUE ET COMMERCIAL GLOBAL (AÉCG OU CETA) ENTRE LE CANADA ET L'UE

Puisque la procédure de vérification juridique du texte du CETA est finalisée, nous, les présidents du CTC et du DGB, voulons réaffirmer notre conviction que ce dont les citoyens de part et d'autre de l'Atlantique ont besoin sont des accords commerciaux équitables. L'accès aux marchés pour les entreprises étrangères ne doit pas se faire au détriment des travailleurs !

Nous appelons donc les gouvernements fédéraux de nos pays respectifs, le Canada et l'Allemagne :

- à révoquer l'Accord économique et commercial global (CETA) tel qu'il se présente actuellement;
- à préparer la reprise de négociations entre le Canada et l'UE, visant à transformer le CETA en un accord commercial équitable qui respecte et promeut entièrement le droit des travailleurs et leurs aspirations à un travail et une vie décentes; un accord qui protège l'environnement et le climat mondial, et qui place les intérêts des consommateurs au-dessus de celui des multinationales.

Sous sa forme actuelle, le CETA ne respecte aucune de ces prescriptions, bien au contraire. Le CETA a d'autant plus d'importance qu'il sert de modèle pour le partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI ou TTIP) entre l'UE et les États-Unis.

Nous, dirigeants syndicaux, sommes particulièrement inquiets, car :

- le CETA ne protège pas convenablement les services publics. Nos demandes d'exclure de manière très large les services publics des règles de protection de l'investissement n'a pas été satisfaite. De surcroît, pour la libéralisation des services, le CETA poursuit une approche de liste négative et contient une « clause cliquet », ouvrant la voie à la libéralisation dans un nombre croissant de secteurs sans possibilité ultérieure de retour à la gestion publique. Ceci doit être rejeté et remplacé par une liste positive qui définit clairement les domaines et les secteurs devant être libéralisés;
- le CETA contient un chapitre problématique sur la protection de l'investissement, et confère aux investisseurs le droit exclusif de poursuivre les États (Système judiciaire sur l'investissement ou « Investment Court System » – ICS). Ils doivent être supprimés;
- le droit de réglementer du CETA n'a pas de réelle substance. Cette disposition ne fournit pas assez de garanties pour la protection des réglementations d'intérêt général contre des plaintes d'investisseurs;
- le CETA ne contient pas de règles effectivement applicables pour protéger et améliorer le droit des travailleurs et des employés, le chapitre sur le commerce et le travail ne prévoit aucune sanction en cas de violation des droits du travail;
- le CETA ne contient aucune règle pour que l'attribution de marchés publics à des acteurs transfrontaliers dépende de la convention collective à laquelle ceux-ci sont soumis, ou de normes de fonctionnement telles que l'exigence de création d'emplois locaux : de telles conditions devraient être incluses.



Canadian Labour Congress
Congrès du travail du Canada





Photo : Kat Northern Lights Man, flickr (licence Creative Commons)

migrants (n° 97 et n° 143). Le CETA fera peu pour faire avancer la ratification de nombreuses conventions que les États membres de l'UE et le Canada n'ont pas déjà ratifiées. Douze États membres de l'UE, de même que le Canada, n'ont pas encore ratifié une convention importante sur la sécurité et la santé du travail.⁽⁴⁾

Le CETA, un « fauve édenté » en matière d'application

Les dispositions du chapitre sur les droits au travail du CETA ne peuvent pas être effectivement mises en application. Contrairement au Système judiciaire sur l'investissement du CETA, contraignant et conçu pour protéger les investisseurs étrangers, le mécanisme de contrôle du chapitre sur le travail repose sur un processus de coopération non contraignant, un dialogue et des recommandations pour remédier aux violations du droit du travail.

Le mécanisme de contrôle a deux étapes majeures. Premièrement, une Partie peut demander des consultations avec l'autre

sur une violation présumée du chapitre sur le travail (article 23.9). À ce stade, les Parties peuvent demander conseil au Comité mixte sur le commerce et le développement durable du CETA, ainsi qu'aux syndicats, aux associations d'entreprises, aux organisations internationales telles que l'OIT et autres acteurs concernés.

Si le résultat des consultations n'est pas satisfaisant pour l'autre Partie, un groupe d'experts peut être constitué pour examiner la question (article 23.10). Le groupe peut émettre un rapport et faire des recommandations pour résoudre le manquement. Toutefois, à l'inverse des dispositions du CETA sur le mécanisme général de règlement des différends (chapitre 29) ou du mécanisme de règlement des différends investisseur État (chapitre 8), l'intervention du groupe d'experts s'arrête à cette étape.

En bref, à part déclencher des consultations, les engagements du chapitre sont vides et son mécanisme de mise en application est faible. Il n'y a pas de possibilité d'amendes, de sanctions, ni de représailles commerciales. Enfin, même si un groupe d'experts juge qu'une Partie a violé les obligations en matière de droit du travail prévues dans le CETA, les Parties (et les employeurs) sont libres d'ignorer les recommandations du groupe.

Si on le compare au mécanisme de règlement des différends investisseur État, le chapitre sur le droit du travail du CETA montre le niveau de priorité particulièrement bas conféré au droit du travail et à la protection des travailleurs. Pour mettre en place un commerce équitable, les droits au travail établis dans les accords commerciaux devraient être entièrement exécutoires et leur non-respect devrait faire l'objet de sanctions. Malheureusement, le CETA ne répond pas à ces exigences minimales.

⁴ L'Autriche, la Bulgarie, l'Estonie, la France, l'Allemagne, la Grèce, l'Italie, la Lituanie, Malte, la Pologne, la Roumanie et le Royaume-Uni n'ont pas ratifié la Convention n° 155 de l'OIT.

Les préoccupations particulières du Canada

Scott Sinclair et Handrian Mertins-Kirkwood, CCPA

Comme beaucoup de pays d'Europe, le Canada a été refaçonné au cours des dernières décennies par une orthodoxie néo-libérale qui prône la privatisation des services publics, l'austérité et l'établissement d'accords de libre-échange qui ont détruit le secteur industriel et compliqué la tâche des gouvernements qui souhaitent promouvoir un développement économique alternatif et des politiques de création d'emplois. Au Canada, le plus important de ces accords a été l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA) qui est entré en vigueur en 1994 et qui a introduit l'une des premières versions de la procédure actuelle de règlement des différends investisseur État (ISDS). Avec l'ALÉNA, le Canada a connu l'abaissement de ses normes de sûreté alimentaire et de protection des consommateurs, une forte baisse de la part des productions manufacturières à haute valeur ajoutée dans les exportations, et une réticence, parmi les gouvernements fédéraux et provinciaux, à introduire de nouveaux services publics ou de nouvelles mesures de protection environnementale, en partie car elles pourraient susciter des plaintes ISDS de la part d'entreprises étatsuniennes.

Dans une certaine mesure, le CETA est pour les Canadiens la continuation et l'intensification du modèle de l'ALÉNA. Toutefois, ce traité, présenté comme un accord « de luxe », contient également des protections pour les investisseurs et des restrictions à la capacité de réglementation des gouvernements qui vont bien plus loin que les précédents accords de libre-échange du



Photo : Mike Beauregard, flickr (licence Creative Commons)

Canada, y compris l'ALÉNA. Ces droits des investisseurs sans précédent réduiront la souveraineté des gouvernements et la flexibilité dans les choix politiques des deux côtés de l'Atlantique, avec des conséquences négatives pour les services publics européens et canadiens, les droits au travail et de l'environnement et autres mesures prises dans l'intérêt général. Parallèlement, dans certains domaines comme les droits de propriété intellectuelle sur les produits pharmaceutiques, les marchés publics locaux, l'admission temporaire de personnes et la gestion de l'offre de produits agricoles, le Canada a fait des concessions unilatérales qui auront de graves effets négatifs. Les Canadiens ont également un point de vue qui leur est propre sur le règlement des différends investisseur État en raison des questions qu'il pose pour le droit des peuples autochtones.



Photo : Techniker Krankenkasse, flickr (licence Creative Commons)

LES DROITS DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE POUR LES PRODUITS PHARMACEUTIQUES

Les Canadiens paient déjà plus pour les médicaments sur ordonnance que les consommateurs de la plupart des autres pays développés.⁽¹⁾ Cela s'explique en grande partie par un régime des droits de la propriété intellectuelle qui est extrêmement favorable aux détenteurs de brevet sur les médicaments et aux grands laboratoires qui fabriquent les produits pharmaceutiques de marque. Le CETA est particulièrement problématique pour le Canada, car il oblige le gouvernement à faire des changements unilatéraux aux règles sur les brevets, qui feront encore augmenter le prix des médicaments.

Les négociateurs canadiens ont réussi à résister aux demandes de l'UE de prolonger la période de protection des données à dix ans, mais ils ont accepté de verrouiller les niveaux actuels, lesquels sont élevés par rapport à la moyenne internationale.⁽²⁾ De plus, le CETA exigera deux modifications majeures à la législation canadienne. Premièrement, le Canada doit adopter un système d'extension de la durée des brevets qui fournira aux grands laboratoires pharmaceutiques jusqu'à deux années supplémentaires d'exclusivité commerciale. Deuxièmement, le Canada doit proposer aux grands laboratoires pharmaceutiques une procédure d'appel dans les cas de lien entre l'enregistrement des médicaments génériques et le statut du brevet du médicament princeps (« patent-linkage »), ce qui pourra retarder la

1 Le Canada est à la 4^e place des pays de l'OCDE en termes de dépenses pharmaceutiques par personne. Voir l'Organisation de coopération et de développement économiques, « Ressources en santé : dépenses pharmaceutiques », données de l'OCDE, 2016 (<https://data.oecd.org/fr/healthres/dépenses-pharmaceutiques.htm>).

2 La protection des données désigne les données présentées à Santé Canada par une entreprise pharmaceutique souhaitant obtenir une autorisation pour un nouveau médicament afin de démontrer qu'il est sûr et efficace. La durée actuelle de protection des données au Canada est de huit ans (plus six mois pour les médicaments pédiatriques).

procédure d'approbation des médicaments génériques jusqu'à dix-huit mois.⁽³⁾

Dans l'ensemble, ces règlements prolongeront la période de protection du monopole des produits de marques des grands laboratoires pharmaceutiques au Canada et ils retarderont l'introduction sur le marché de médicaments génériques moins coûteux. Les nouvelles réglementations pharmaceutiques du CETA devraient augmenter le coût des médicaments au Canada de 850 millions de dollars canadiens par an (583 millions d'euros) – sept pour cent des dépenses actuelles pour les médicaments brevetés – une fois qu'elles seront pleinement en vigueur.⁽⁴⁾

Pure coïncidence, c'est presque le même montant (600 millions d'euros) que les consommateurs canadiens pourraient économiser sur le prix des produits importés moins cher (si les importateurs et les revendeurs reportent toutes les réductions de droits de douane pour les produits de l'UE sur les prix en rayon pratiqués au Canada).⁽⁵⁾ En d'autres termes, les coûts des règles sur la propriété intellectuelle du CETA annulent les bénéfices potentiels de la suppression des droits de douane pour les consommateurs canadiens.

3 Les dispositions en matière de liens entre l'enregistrement des médicaments génériques et le statut du brevet du médicament princeps « patent linkage », qui exigent que les organismes de réglementation en matière de santé confirment que tous les brevets d'un produit de marque soient arrivés à expiration avant d'autoriser la commercialisation d'un équivalent générique d'un médicament de marque, sont interdites dans l'UE.

4 Joel Lexchin et Marc-André Gagnon, « CETA and Pharmaceuticals: Impact of the trade agreement between Europe and Canada on the costs of patented drugs », Trade and Investment Series Briefing Paper, Centre Canadien de Politiques Alternatives, octobre 2013 (<https://www.policyalternatives.ca/publications/reports/ceta-and-pharmaceuticals>).

5 En juin 2016, la Commission européenne a estimé les économies sur les droits de douane faites par les exportateurs européens grâce au CETA (lesquelles pourraient éventuellement bénéficier aux consommateurs canadiens) à 470 millions d'euros, ou approximativement 680 millions de dollars canadiens. Pour des raisons qui restent obscures, ce chiffre a été revu à 600 millions d'euros pendant le mois de juillet 2016. Voir « À la une : Accord commercial et économique global », Commission européenne, dernière mise à jour, 2 juin 2016 (http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/index_fr.htm); voir https://web.archive.org/web/20160507125121/http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/index_fr.htm pour les données à compter du 2 juin 2016.

MARCHÉS PUBLICS

Le CETA aura de multiples effets sur les marchés publics des biens et des services dans l'UE comme au Canada (voir le chapitre « CETA : les services publics menacés »). Toutefois, comme pour les brevets pharmaceutiques, le Canada a fait de nombreuses concessions dans le CETA qui pourraient avoir d'importantes répercussions. En premier lieu, les règles en matière de passation des marchés publics du CETA s'appliquent aux gouvernements municipaux et provinciaux du Canada, une première pour un accord commercial canadien.⁽⁶⁾ Les précédents accords de libre-échange canadiens se limitaient pour la plupart aux entités fédérales.

En vertu du CETA, de très nombreuses entités régionales ou locales canadiennes ne pourront désormais plus favoriser les fournisseurs locaux ou appliquer des exigences de provenance locale dans leurs appels d'offres publics – deux outils importants pour le développement économique qui sont actuellement à la disposition de nombreux gouvernements. Le CETA ne garantit pas seulement un accès *non discriminatoire*, mais également un accès *sans condition* aux marchés publics canadiens pour les entreprises de l'UE. En vertu du CETA, les organismes s'occupant des marchés publics ne peuvent pas obliger les prestataires de services de l'UE à contribuer positivement au développement économique local – même si de telles conditions contractuelles s'appliquent de manière égale aux entreprises canadiennes et européennes.

6 En février 2010, le Canada a mis à jour ses engagements en matière de marchés publics dans le cadre de l'OMC, afin d'inclure les instances gouvernementales provinciales sur décisions des provinces, mais cela n'inclut pas les gouvernements municipaux ou le secteur MUEH (les municipalités, les universités, les écoles et les hôpitaux), contrairement au CETA.



Photo : UW Health, flickr (licence Creative Commons)

ADMISSION TEMPORAIRE DE PERSONNES INDIVIDUELLES À DES FINS PROFESSIONNELLES

Le chapitre du CETA sur l'admission temporaire contient des dispositions qui autoriseront certaines catégories de travailleurs à se déplacer entre le Canada et l'UE sans devoir passer par les procédures d'immigration habituelles. Soumettre les travailleurs concernés par ces dispositions à des examens des besoins économiques est interdit. Cela signifie que les États ne peuvent pas limiter l'afflux de travailleurs migrants dans le cadre du CETA, même si le taux de chômage est élevé et que des travailleurs locaux sont disponibles.⁽⁷⁾

Fait important, les dispositions dans le chapitre du CETA sur l'admission temporaire « ne confèrent pas de droits directement

aux personnes physiques ou morales ».⁽⁸⁾ Autrement dit, le droit à l'admission temporaire est en fait un droit accordé aux *employeurs* pour qu'ils puissent transférer leurs employés à l'étranger et qu'ils puissent engager de nouveaux employés à l'international. Contrairement à la libre circulation des travailleurs au sein de l'Union européenne, représentant l'une des quatre libertés fondamentales de l'UE, les dispositions sur la mobilité professionnelle du CETA ne visent pas à créer des possibilités ou fournir des protections pour les travailleurs eux-mêmes. Elles ne proposent aucun moyen de parvenir à la résidence permanente ou à l'immigration pour les travailleurs temporaires, par exemple.

Étant donné que l'UE permet déjà la libre circulation interne des travailleurs, l'incidence potentielle des travailleurs canadiens sur le marché du travail de l'UE dans le cadre du CETA est limitée. Pour le Canada en revanche, un afflux de travailleurs migrants déterminé par les employeurs depuis l'UE pourrait être déstabilisant. Si les gouvernements canadiens ne peuvent pas réguler le nombre de travailleurs entrant dans le pays, les employeurs pourraient faire baisser les salaires (et augmenter le chômage) en embauchant des travailleurs précaires étrangers au lieu d'embaucher et former des travailleurs locaux.

GESTION DE L'OFFRE DANS LE SECTEUR AGRICOLE

Le Canada a recours à un système de gestion de l'offre pour la production de produits laitiers, d'œufs et de volaille afin d'assurer des prix stables et abordables pour les consommateurs ainsi que des revenus stables et décents pour les exploitants agricoles. Ce système protège les marchés agricoles canadiens de la volatilité des cours mondiaux des produits alimentaires, ce qui garantit la sécurité alimentaire canadienne et soutient les régions rurales où travaillent et

7 Hadrian Mertins-Kirkwood, « Temporary Entry », dans *Making Sense of the CETA: An analysis of the final text of the Canada – European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement*, eds. Scott Sinclair, Stuart Trew and Hadrian Mertins-Kirkwood, septembre 2014 (<https://www.policyalternatives.ca/publications/reports/making-sense-ceta>).

8 CETA annexe 10-E(7)

vivent les agriculteurs. À la différence de nombreux pays, le Canada n'accorde pas de subventions directes à ses secteurs régis par la gestion de l'offre.

Les producteurs de fromage européens peuvent déjà exporter 13 608 tonnes de fromage sans droits de douane vers le Canada chaque année. Le CETA augmentera progressivement cette limite jusqu'à 18 500 tonnes. Une fois totalement mis en œuvre, le CETA procurera aux producteurs de fromage européens un accès sans droits de douane s'élevant à neuf pour cent du marché du fromage canadien.⁽⁹⁾ Ce nouvel accès accordé aux produits européens (qui sont souvent subventionnés) marginalisera les producteurs de fromage canadiens et mettra à rude épreuve le système de gestion de l'offre. Les exploitations laitières fournissant les producteurs de fromage canadiens seront également touchées, ce qui réduira les revenus agricoles et fragilisera les régions rurales.⁽¹⁰⁾

L'EXPÉRIENCE DU CANADA AVEC L'ISDS

Le règlement des différends investisseur État constitue le problème le plus important du CETA pour beaucoup d'observateurs en Europe et au Canada (voir le chapitre sur l'ISDS). En dotant les investisseurs étrangers d'un mécanisme spécial, quasi judiciaire, pour contester des mesures gouvernementales, le système ISDS affaiblit la gouvernance démocratique et place les intérêts commerciaux étrangers au-dessus des intérêts publics intérieurs. Le Système judiciaire sur l'investissement (« Investment Court System » ou ICS) du CETA comporte des améliorations procédurales par rapport à l'ISDS,

mais les protections substantives accordées aux investisseurs étrangers demeurent, pour l'essentiel, identiques.

Les Canadiens sont particulièrement sensibilisés aux dangers de l'arbitrage investisseur État, car le Canada est l'un des pays les plus poursuivis au monde parmi les pays développés. En vertu de l'ALÉNA, le Canada a dû faire face à au moins 39 plaintes d'investisseurs étrangers et plus de 190 millions de dollars canadiens (130 millions d'euros) ont été payés en dédommagements aux entreprises. Des investisseurs étrangers (américains pour la plupart) réclament actuellement des milliards dans des affaires toujours en cours.⁽¹¹⁾

La plupart des affaires qui ont été tranchées en défaveur du Canada (ou lors desquelles le gouvernement est parvenu à une négociation en faveur de l'investisseur) impliquent des contestations contre des décisions en matière de santé publique et d'environnement. En 2015, par exemple, une entreprise minière américaine a contesté avec succès la décision d'un groupe d'experts canadiens de bloquer un projet de carrière dans une zone écologiquement sensible pour faire suite à leur évaluation des impacts environnementaux de ce projet. Un arbitre dissident dans cette affaire, dont l'avis a été annulé par les deux autres arbitres, a qualifié le jugement de « formidable pas en arrière » en matière de protection environnementale au Canada.⁽¹²⁾

Seulement à peine plus du quart des investissements directs étrangers au Canada proviennent de l'UE et les investisseurs européens sont responsables de la moitié de toutes les procédures ISDS dans le

9 Union Nationale des Fermiers, *Agricultural Impacts of CETA: Submission to the House of Commons Standing Committee on Agriculture and Agri-food*, 5 décembre 2014 (<http://www.nfu.ca/story/agricultural-impacts-ceta>).

10 Du fait d'une reconnaissance tacite de la menace durable que le CETA représente pour l'industrie laitière nationale, le gouvernement canadien a promis de donner des milliards de dollars en compensation aux producteurs laitiers, mais les détails de ce programme de compensation sont encore en cours d'élaboration.

11 Scott Sinclair, *NAFTA Chapter 11 Investor-State Disputes to January 1, 2015*, Centre Canadien de Politiques Alternatives, janvier 2015 (<https://www.policyalternatives.ca/publications/reports/nafta-chapter-11-investor-state-disputes-january-1-2015>).

12 Donald McRae cité dans Shawn McCarthy, « NAFTA ruling in Nova Scotia quarry case sparks fears for future settlements », *The Globe and Mail*, 24 mars 2015 (<http://www.theglobeandmail.com/report-on-business/nafta-ruling-against-canada-sparks-fears-over-future-dispute-settlements/article23603613/>).

monde.⁽¹³⁾ En vertu du CETA, les décisions des gouvernements fédéral, provinciaux et municipaux seront exposées à des plaintes investisseur État de la part de la grande famille, très procédurière, des entreprises multinationales et des investisseurs privés. En parallèle, les investisseurs canadiens et américains seront en mesure d'utiliser le Canada comme plate-forme pour intenter des poursuites investisseur État contre des mesures gouvernementales européennes.⁽¹⁴⁾

LE DROIT DES PEUPLES AUTOCHTONES

Les peuples autochtones au Canada ont des relations conflictuelles, le mot est faible, avec l'État canadien.⁽¹⁵⁾ Entre autres graves problèmes, le gouvernement fédéral soutient régulièrement l'exploitation de ressources naturelles sur des terres traditionnellement et légalement contrôlées par les peuples autochtones, sans que leur consentement ait été convenablement obtenu auparavant. En réaction, certains peuples autochtones ont eu recours à la voie juridique pour protéger leurs terres. Les Haïdas de Colombie-Britannique, par exemple, sont l'une des quelques premières nations à avoir lancé des poursuites légales, avec succès, contre un projet d'oléoduc approuvé par le gouvernement fédéral, qui devait transporter

à travers leur territoire du pétrole issu des sables bitumineux en Alberta.⁽¹⁶⁾

En augmentant considérablement les protections des investisseurs étrangers avec le CETA, le Canada affaiblira davantage les droits des peuples autochtones. Les entreprises exploitant les ressources naturelles en particulier auront désormais une nouvelle série de droits à leur disposition en cas de différends territoriaux. Du fait de la pression des plaintes ISDS, le Canada pourrait être forcé de se placer du côté des investisseurs étrangers contre les populations autochtones ou alors contraint de payer des compensations. Bien que le Canada ait négocié, dans le CETA, une réserve assez large pour les affaires autochtones, cela n'empêcherait pas les investisseurs étrangers de réclamer des compensations pour de prétendues expropriations ou violations du traitement juste et équitable dans des affaires impliquant les droits des peuples autochtones.

L'adoption récente de la déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones par le Canada soulève d'autres questions. Parmi d'autres dispositions, la déclaration oblige les gouvernements à obtenir un « consentement préalable, libre et éclairé » des peuples autochtones avant que des mesures qui les concernent soient adoptées, un consentement que le Canada n'a certainement pas obtenu lors des négociations du CETA.⁽¹⁷⁾

13 Délégation de l'Union européenne au Canada « EU-Canada Economic and Trade Relations », 2016 (http://eeas.europa.eu/delegations/canada/eu_canada/trade_relation/index_en.htm). CNUCED, « Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2015 », juin 2016

14 Pia Eberhardt, Blair Redlin et Cecile Toubeau, « L'AÉGC : Marchander la démocratie : en quoi les règles de protection des investisseurs de l'AÉGC menacent-elles le bien public au Canada et dans l'Union européenne ? », novembre 2014 (<https://corporateeurope.org/fr/international-trade/2014/11/la-gc-marchander-la-d-mocratie>)

15 En 2015, le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies a fait plus d'une douzaine de recommandations pour des changements juridiques au sujet du traitement des Inuits, des peuples des Premières nations et des Métis. Voir le communiqué de presse commun de la société civile et d'associations autochtones (<http://www.amnesty.ca/news/public-statements/joint-press-release/un-human-rights-report-shows-that-canada-is-failing>)

16 Geordon Omand, « Northern Gateway pipeline approval stymied after court quashes approval », The Canadian Press, 30 juin 2016 (<http://www.stthomastimesjournal.com/2016/06/30/northern-gateway-pipeline-approval-stymied-after-court-quashes-approval-4>).

17 Voir article 19 (p. 9) dans la *Déclaration des Nations Unies sur les Droits des peuples autochtones*, Nations Unies, mars 2008 (http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_fr.pdf)

La ratification du CETA au Canada et en Europe : de nombreuses possibilités de contester l'accord

*Michael Efler, porte-parole fédéral de Mehr Demokratie e.V.,
comité d'orientation de Stop TTIP*

Les négociations du CETA ont été lancées en 2009 et terminées peu avant la présentation de la version définitive du texte du CETA en anglais, en février 2016. Le 5 juillet 2016, la Commission européenne a transmis la version définitive du texte (traduite dans toutes les langues officielles de l'UE) au Conseil de l'Union européenne, là où tous les ministres des pays de l'UE se rencontrent pour adopter des lois et coordonner leurs politiques. Le CETA a été conclu et signé comme un « accord mixte ». Cela signifie que chaque pays membre de l'UE doit approuver les parties de l'accord qui ne relèvent pas des compétences de l'UE.

APPROBATION PAR LE CONSEIL DE L'UE

Le 30 octobre 2016, le Conseil a décidé d'approuver la signature de l'accord. Il n'est pas clair si la décision doit être prise à l'unanimité ou à la majorité qualifiée. Si elle nécessite l'unanimité, tout pays membre pourra donc opposer son veto à la proposition. Cela nécessiterait soit un vote « Non » explicite durant la réunion, soit l'absence d'un représentant d'État – une abstention lors du vote n'est pas suffisante pour empêcher l'adoption. Au milieu de l'année 2016, la Belgique, la Slovaquie, la Hongrie, la Pologne, la Roumanie et l'Autriche n'étaient pas sûres d'approuver l'accord.



Photo : Mehr Demokratie e. V., flickr (licence Creative Commons)

Si seule une majorité qualifiée est requise, au moins 55 pour cent des pays membres représentant 65 pour cent de la population de l'UE doivent donner leur accord pour approuver la signature du traité. L'Allemagne ou la France ne serait pas en mesure de bloquer une majorité qualifiée ; ces pays auraient besoin du soutien d'un autre pays membre tel que la Roumanie et la Belgique, par exemple.

En plus d'approuver la signature de l'accord, le Conseil de l'UE décidera fin 2016 si l'accord devrait être appliqué provisoirement au niveau de l'UE (c'est-à-dire entrer en vigueur)

ENCADRÉ : LE PROCESSUS DE RATIFICATION DU CETA AU CANADA

Hadrian Mertins-Kirkwood, CCPA

Au Canada, la ratification d'un accord de libre-échange se déroule en trois étapes.⁽¹⁾ Premièrement, le Premier ministre signe l'accord avec les chefs d'État de l'autre Partie – en l'occurrence avec le président de la Commission européenne – ce qui confirme que les négociations se sont achevées et que le texte est finalisé. Deuxièmement, le gouvernement présente une législation à la Chambre des communes du Canada (le Parlement) pour ratifier et mettre en œuvre l'accord. Par convention, les députés ont au moins 21 jours pour que le texte soit débattu lors de la deuxième lecture de la législation, après quoi le texte est envoyé au Comité du commerce international pour une étude plus approfondie. Compte tenu du rapport de ce Comité, les députés doivent recommander, par un troisième vote lors d'une troisième lecture, au gouvernement de ratifier le traité ou non. Cette recommandation n'est pas juridiquement contraignante, étant donné que la ratification relève de la décision du cabinet fédéral (exécutif) en fin de compte.

Troisièmement, les dispositions d'application du CETA seraient transmises au Sénat pour la poursuite du débat – dans la chambre et éventuellement en comité – et le vote. C'est seulement une fois que l'accord de libre-échange est signé, ratifié et voté intérieurement qu'il peut entrer en vigueur au Canada, à la date convenue avec l'autre Partie. La législation relative à l'application s'assure que la législation nationale s'aligne avec le traité et donne force à ses termes. Dans le cas du CETA, puisqu'il a un effet sur de nombreux domaines relevant des compétences provinciales, chaque province et territoire devra également prendre des mesures, peut-être en passant des lois, mais pas obligatoirement, pour appliquer l'accord dans les domaines relevant de leurs compétences.

Il est encore difficile de savoir quelle résistance politique va rencontrer le gouvernement canadien quand il procédera au processus de ratification du CETA. Les deux plus gros partis politiques du Canada, le Parti libéral et le Parti conservateur soutiennent l'accord tandis que le Nouveau Parti démocratique, de gauche, n'a pas pris de position ferme pour ou contre l'accord. Les sondages d'opinion publique montrent qu'en principe les Canadiens sont en faveur du développement des accords commerciaux. Toutefois, ce soutien s'effondre sur des questions telles que l'extension des droits d'auteur ou de la durée des brevets⁽²⁾, le mécanisme de règlement des différends investisseur État⁽³⁾, et l'interdiction du CETA pour la préférence locale en matière de marchés publics.⁽⁴⁾ Depuis 2010, plus de 50 municipalités canadiennes, parmi lesquelles de grandes villes comme Toronto, Victoria et Hamilton, ont adopté des motions pour s'opposer aux restrictions du CETA sur les marchés publics ou même à l'accord tout entier.⁽⁵⁾ La majorité des syndicats canadiens et plusieurs ONG renommées, dont des ONGs environnementales, s'opposent également à tout ou partie de l'accord.

1 Pour une vue d'ensemble sur le processus de ratification, voir Laura Barnett (2008), « Le processus de conclusion des traités au Canada », Bibliothèque du Parlement, étude générale n° 2008-45-E, Parlement du Canada (<http://www.lopparl.gc.ca/content/lop/researchpublications/2008-45-f.htm>); ainsi que Scott Sinclair (2008), « New Treaty Approval Process Misses the Mark », Centre Canadien de Politiques Alternatives (<https://www.policyalternatives.ca/publications/reports/new-treaty-approval-process-misses-mark>).

2 Le Conseil des Canadiens, « Strong majority of Canadians oppose drug patent extension in Canada-EU trade deal: poll », communiqué de presse, 16 septembre 2012 (<http://canadians.org/media/trade/2012/16-Sep-12.html>).

3 than Cox, « Could free trade deals become an election issue », Ricochet, 16 septembre 2015 (<https://ricochet.media/en/591/could-free-trade-become-an-election-issue>).

4 Le Conseil des Canadiens, « La majorité des Canadiens s'opposent à l'élimination de politiques promouvant « l'achat local » qu'entraînerait l'accord commercial entre le Canada et l'Union européenne - Sondage », communiqué de presse, 28 novembre 2013, (<http://canadians.org/fr/medias/la-majorite-des-canadiens-s-opposent-a-l-elimination-de-politiques-promouvant-l-achat-local>).

5 Voir la carte des résolutions sur le CETA : https://www.google.com/maps/d/viewer?mid=1h1OoyxoDI_9Dd_TXxqWAvHc-yQ0

avant même qu'il ait reçu l'approbation des parlements nationaux. Une majorité des pays membres semblent être en faveur d'une application provisoire. Toutefois, il y a un certain nombre de voix dissidentes, certaines ayant des problèmes fondamentaux avec le texte du CETA (l'Autriche) et d'autres voulant au moins que le sujet soit d'abord abordé dans les parlements nationaux (Pays-Bas, Luxembourg et Allemagne).

Le champ d'application d'une éventuelle application provisoire est également controversé. En juillet 2016, la Commission européenne a proposé d'appliquer l'intégralité de l'accord, mais quelques États membres veulent au moins exclure les dispositions du CETA sur la protection de l'investissement et le mécanisme de règlement des différends investisseur État (ISDS).

LE VOTE AU PARLEMENT EUROPÉEN

La prochaine étape de la ratification – une décision du Parlement européen – aura lieu dès décembre 2016 ou, au plus tard, printemps 2017. Sans l'approbation du Parlement, le CETA ne peut pas entrer en vigueur. Jusqu'à présent, le Parlement européen n'a pas vraiment examiné le CETA. Toutefois, nous pouvons nous attendre à ce que sa position reflète l'opinion des députés européens sur la proposition de partenariat transatlantique sur le commerce et l'investissement entre l'UE et les États-Unis (TTIP).

La résolution de 2015 du Parlement sur le TTIP, approuvée par une majorité relativement large parmi les députés européens, a établi les critères auxquels le TTIP doit répondre pour obtenir l'approbation du Parlement. Le CETA ne répond pas à plusieurs des critères de cette résolution. Le CETA intègre une approche de « liste négative » pour la libéralisation des services (voir le chapitre sur le commerce des services) que le Parlement a rejeté pour le TTIP. Il reste également encore à voir quelle sera la réaction des députés européens aux modifications



Photo : © TTIP GAME OVER

sur le mécanisme de règlement des différends investisseur État dans le CETA (voir le chapitre sur l'investissement) – la mise en place d'un nouveau Système judiciaire sur l'investissement (« Investment Court System » ou ICS) – faites pour répondre aux préoccupations suscitées par des protections de l'investissement excessives dans le TTIP. L'érosion de l'appui des citoyens au CETA et au TTIP, en particulier à cause des droits des investisseurs, pourrait également avoir une incidence sur le vote du Parlement.

RATIFICATION AU SEIN DES ÉTATS MEMBRES

Même si le Parlement européen donne son approbation au CETA, tous les pays membres doivent également le ratifier, ce qui implique généralement des votes sur l'accord au sein des parlements nationaux (seul à Malte l'approbation du gouvernement pourrait suffire). Si un État membre n'approuve pas l'accord, la ratification échoue.

Les choses seront plus complexes et intéressantes dans des pays comme l'Allemagne et la Belgique où une approbation de l'accord par plusieurs chambres du parlement ou des parlements régionaux est nécessaire. En Allemagne, par exemple, les Länder avec des

coalitions gouvernementales régionales et fédérales pourraient influencer voire empêcher la ratification au Bundesrat, la Chambre haute du parlement allemand. En Belgique, plusieurs parlements régionaux se sont déjà positionnés comme hostiles au CETA.

En outre, dans environ la moitié des États membres de l'UE, des référendums sur le CETA sont légalement possibles. Dans la plupart des pays, un référendum peut seulement être déclenché par la décision du parlement ou du gouvernement. Mais en Hongrie, en Lituanie et aux Pays-Bas, les citoyens peuvent directement déclencher un référendum. Aux Pays-Bas, une alliance d'ONG prépare déjà cette possibilité.

Une fois que chaque pays membre a achevé sa procédure de ratification nationale, le Conseil de l'UE doit encore déclarer officiellement la conclusion de l'accord. À cause de l'incertitude autour du CETA dans beaucoup de pays membres, ce n'est pas clair quand, ou si, le Conseil arrivera à cette étape.

Par ailleurs, la procédure de ratification européenne pourrait traîner jusqu'à fin 2016 ou printemps 2017. La ratification ultérieure au sein des États membres pourrait prendre au moins deux ans pour être achevée (le gouvernement allemand s'attend à ce qu'elle dure quatre ans). Le CETA n'est donc en aucun cas une affaire conclue ; il y a encore de nombreuses contestations à l'encontre de l'accord, nationalement et à Bruxelles.

POSSIBILITÉS D'ACTIONS LÉGALES

En plus de l'opposition politique, le CETA est également vulnérable à des procédures judiciaires. Un travail est en cours pour porter le CETA devant la Cour européenne de justice (CEJ) et contester la conformité des dispositions sur la protection de l'investissement avec la législation européenne. Lors de jugements antérieurs, la CEJ s'était réservé le monopole de l'interprétation de la législation européenne, un monopole qui pourrait être mis en péril avec l'introduction de l'ISDS/ICS. Même le droit constitutionnel national pourrait être violé : en Allemagne, plusieurs plaintes constitutionnelles contre le CETA ont déjà été déposées.

PowerShift



CCPA

CANADIAN CENTRE
for POLICY ALTERNATIVES
CENTRE CANADIEN
de POLITIQUES ALTERNATIVES

campact!



MEHR DEMOKRATIE !



OGB



%attac



weed

PROGRESSI
l'Italia in movimento

