



Plan d'action du Gouvernement sur le CETA

Comment mettre en place un véritable véto climatique?

RESUME

Le 25 octobre dernier, le gouvernement français a présenté son plan d'action sur le CETA. A cette occasion, il a évoqué la mise en place d'un « véto climatique » reprenant ainsi le titre d'une proposition portée par l'Institut Veblen et la FNH ainsi que par la commission d'experts chargée d'évaluer le CETA, présidée par K. Schubert et nommée par le Gouvernement. Mais la solution qu'il met en avant vide la proposition de son contenu, la rendant ainsi inopérante. Elle ne répond ni aux enjeux climatiques ni aux risques soulevés par la Commission Schubert. La présente note vise à démontrer pourquoi la proposition du gouvernement n'aura pas l'effet escompté et présente nos propositions pour que soit mis en place un mécanisme efficace de véto climatique.

Commentaire préalable

Avant toute chose, rappelons que si la mise en place d'un « véto climatique » constituerait un pas dans la bonne direction, pour la FNH et l'Institut Veblen, c'est l'introduction même d'un mécanisme d'arbitrage d'investissement, jugé inutile par la commission d'experts¹, qu'il conviendrait de revoir. Faute de supprimer ce dispositif, la création d'un véto ne devrait pas se limiter au climat mais protéger l'ensemble des politiques d'intérêt général (protection de la biodiversité, de la santé, règles sociales, règles de lutte contre l'évasion fiscale, etc.).

Contexte

Dans le plan d'action présenté le 25 octobre dernier, le Gouvernement a insisté sur la mise en place d'un veto climatique pour protéger les mesures de lutte contre le changement climatique d'éventuelles attaques de la part d'investisseurs. Le CETA prévoit en effet la mise en place d'un mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États qui permettra à un investisseur canadien (ou étranger présent au Canada) de demander des millions (voire des milliards) de compensations à l'UE ou à un Etat membre qui prendrait une décision qu'il jugerait contraire à ses intérêts. La proposition de « véto climatique » consiste à exclure de ce mécanisme toutes les mesures de lutte contre le changement climatique. Dans un courrier adressé au Premier Ministre, le 18 octobre 2017, des députés de la majorité ont repris à leur compte l'idée d'un véto climatique et souligné la nécessité de mieux encadrer la notion d'investissement.

¹ Le rapport Schubert considère que « l'ICS (investment court system) n'est pas réellement utile dans les relations entre l'Union Européenne et le Canada » (page 6 du rapport) et conclut que « les juridictions nationales sont parfaitement à même de répondre aux demandes des investisseurs. » (page 29).

Par ailleurs, le rapport Schubert préconise d'autres modifications que l'instauration du veto climatique, dont plusieurs concernent le chapitre 8 du CETA sur la protection des investissements afin de mieux protéger la capacité des Etats à réguler. La mise en oeuvre de ces recommandations nécessite une renégociation du texte, par exemple pour supprimer ou modifier certaines notions qui restent trop floues dans les standards de protection des investissements. Il invite aussi à inscrire une règle pour moduler l'indemnisation due en cas d'expropriation compte tenu de l'objectif poursuivi et empêcher d'éventuels cumuls d'indemnisations avec d'autres voies de recours. Par ailleurs il propose d'approfondir la réforme du mécanisme d'arbitrage, notamment en ce qui concerne la rémunération des « juges » ; l'inscription d'obligations à respecter pour les investisseurs, l'introduction de la possibilité d'une demande reconventionnelle des Etats défendeurs contre les investisseurs qui ne respectent pas les obligations prévues.

I) Pourquoi la proposition du gouvernement n'est pas un « veto climatique » ?

Le gouvernement prévoit de faire adopter par le Comité mixte du CETA une interprétation contraignante qui réaffirmerait que *“les réglementations climatiques non discriminatoires sont conformes au CETA, et ne peu[vent] être remises en question de manière abusive par un investisseur”* (p. 8 du plan d'action).

Pour rappel le comité mixte est formé de représentants de la Commission européenne et du Canada et peut prendre des décisions ayant une valeur juridique comme par exemple modifier les annexes du CETA ou adopter des décisions interprétatives contraignantes. Les Etats membres de l'UE ne siègent pas dans ce comité et y sont représentés par la Commission européenne.

La solution envisagée par le gouvernement ne constitue pas un veto climatique et n'apporte aucune garantie supplémentaire pour au moins quatre raisons :

1) La formulation envisagée n'apporte rien de nouveau. Il est déjà écrit à plusieurs reprises dans le traité que les mesures d'intérêt général qui ne sont ni discriminatoires ni arbitraires, ne sont pas contraires aux engagements conventionnels des parties contractantes (art 28.3.1² ou annexe 8-A³).

2) Elle n'empêchera pas les investisseurs de porter plainte contre des mesures climatiques et de déclencher ainsi une procédure qui peut s'avérer longue et coûteuse. Il appartiendra toujours au Tribunal de se prononcer sur la recevabilité de la plainte.

² Cet article sur les exceptions générales du CETA incorpore l'article XX du GATT et prévoit son application aux dispositions du chapitre huit, sur l'investissement, relatives à la non discrimination. Selon l'article XX du GATT :

« Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute Partie contractante des mesures a) nécessaires à la protection de la moralité publique ; b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux ; [...] g) se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales ; [...] ».

Les points b et g peuvent permettre de protéger les mesures de lutte contre le changement climatique.

³ *« Il est entendu que, sauf dans de rares circonstances où l'impact d'une mesure ou d'une série de mesures est si grave au regard de leur but qu'elles semblent manifestement excessives, les mesures non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées afin de protéger des objectifs légitimes de bien-être public, notamment en matière de santé, de sécurité et d'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte ».*

3) La formulation proposée par la France insiste sur le caractère non discriminatoire des mesures climatiques conformes au CETA. Or l'essentiel des poursuites en matière climatique portent sur des mesures présentées à tort ou à raison comme discriminatoires par les investisseurs. Et ce sera au Tribunal d'apprécier le caractère discriminatoire ou non de la mesure visée. L'ajout d'une décision interprétative ne modifie ainsi pas le processus.

3) Il sera toujours possible pour un investisseur d'engager une action contre une mesure climatique sur le fondement d'un autre standard, par exemple pour violation du traitement juste et équitable (et la frustration de ses attentes légitimes) ou pour expropriation indirecte⁴.

II) Pourquoi faut-il aller au-delà de la proposition de la Commission Schubert ?

La commission Schubert a préconisé l'introduction d'un veto climatique dans le texte du CETA afin de prévenir le risque de contestation des mesures de lutte contre les dérèglements climatiques par des investisseurs :

« Pour les recours qui pourraient être engagés par un investisseur étranger au sujet d'une mesure de lutte contre le changement climatique, la commission recommande d'introduire dans le traité CETA un mécanisme permettant aux Parties contractantes de déterminer, à la place du tribunal de l'ICS, si une telle mesure est conforme au traité. Si les parties contractantes adoptent une décision de compatibilité, le recours de l'investisseur est rejeté. En pratique, un tel mécanisme de « veto » permettra aux Parties contractantes de faire en sorte que leurs politiques climatiques ne soient pas entravées par les procédures du chapitre sur l'investissement ». (p. 9 du rapport)

Cette proposition vise à amender le CETA pour introduire une clause qui permettrait aux Etats d'écarter des plaintes d'investisseurs pour des mesures concernant la lutte contre le dérèglement climatique. Ce veto ne pourrait être néanmoins activé que si le Canada et l'UE (ou le pays membre concerné) se mettent d'accord sur le caractère climatique de la mesure visée.

Cette idée reprend le veto fiscal (art 28.7 § 7) et le veto sur les mesures prudentielles en matière financière (art 13.21 et annexe 13-B), déjà contenus dans le CETA⁵. Sur ces deux sujets, le CETA prévoit que lorsqu'un investisseur présente une plainte, l'État défendeur peut demander une détermination conjointe des Parties pour décider si la mesure visée est une mesure fiscale conforme au traité ou une mesure prudentielle qui ne peut être contestée. Si le Canada et l'UE (ou l'État membre concerné) décident que le veto fiscal ou prudentiel peut être activé, la plainte de l'investisseur est écartée. S'ils ne parviennent pas à se prononcer conjointement, la décision sur la recevabilité de la plainte, et le cas échéant sur le fond, revient au Tribunal.

L'intérêt d'un tel dispositif est de limiter les risques, pour les Etats, de litiges et de devoir payer de lourdes compensations financières. Il permet en outre d'écarter plus rapidement et à moindre frais, les plaintes infondées. Un tel dispositif ne peut être mis en place, dans le traité, que sur la base d'un amendement qui doit être négocié, signé et ratifié par toutes les parties contractantes (Canada, UE et Etats membres).

⁴ Dans le cas *Lone Pine vs. Canada*, suite au moratoire sur la fracturation hydraulique, Lone Pine a invoqué une violation du "traitement juste et équitable" garanti par l'ALENA. Pour l'entreprise, la loi a aussi eu l'effet d'une "expropriation". Elle considère en outre que le Québec n'a pas prouvé que la fracturation hydraulique était dangereuse et ni par conséquent que son interdiction remplissait un objectif d'intérêt général. Dans le cas *Transcanada vs. Etats Unis*, suite à l'abandon du projet d'oléoduc Keystone XL, Transcanada avait aussi invoqué une rupture du "traitement juste et équitable" et une mesure qui avait eu un effet équivalent à une "expropriation" ainsi qu'un traitement discriminatoire. Voir "*Le système juridictionnel des investissements mis à l'épreuve*", rapport de septembre 2016 par le Centre Canadien pour les politiques alternatives, Corporate Europe Observatory, Friends of the Earth Europe, German NGO Forum on Environment and Development et Transnational Institute.

⁵ Le veto fiscal existe déjà dans l'ALENA

L'opérationnalité : la principale limite de la proposition de la Commission Schubert

Dans la mesure où il revient aux Etats de déterminer le caractère climatique des mesures visées, n'y a-t-il pas un risque que les Etats (ou l'UE) ne parviennent pas à se mettre d'accord pour activer le veto ? Dans certaines circonstances, ne peut-on pas craindre la tentation des Etats de protéger les intérêts de leurs investisseurs nationaux dans l'autre pays plutôt que les mesures climatiques de l'autre partie ? Or si les Etats ne parviennent pas à se mettre d'accord, il revient au Tribunal de se prononcer sur la validité de la plainte, avec toutes les limites liées à sa composition et son fonctionnement

III) Pour un véritable veto climatique

La FNH et l'Institut Veblen recommandent d'examiner une piste alternative. Il s'agit du mécanisme préconisé par le parlement européen dans une résolution du 14 octobre 2015⁶, sur la base des travaux du professeur de droit canadien Gus van Harten⁷. Un tel veto permettrait d'écarter automatiquement toutes les poursuites visant des mesures adoptées par une partie à l'Accord de Paris, relatives à l'objectif de stabilisation des concentrations de gaz à effet de serre dans l'atmosphère à un niveau qui empêche toute perturbation anthropique dangereuse du système climatique, ou à l'un des principes ou engagements inscrits aux articles 3 et 4 de la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques⁸.

L'Accord de Paris prévoit en effet que les États déposent des contributions nationales dans lesquelles chaque Etat s'engage à baisser ses émissions de gaz à effet de serre. Ces contributions sont complétées par des plans climat. Toutes les mesures prises dans ce cadre pourraient ainsi être explicitement exclues de toute forme de recours. Pour mettre en œuvre cette exception climatique, Gus Van Harten propose de mettre en place une instance spécialisée de décision sous les auspices de la CCNUCC. A court terme, un panel d'experts climatiques indépendants nommés par le Canada et l'UE et ses Etats membres pourrait déjà être mis en place sous le CETA et chargé d'examiner les plaintes des investisseurs pour écarter celles qui visent des mesures de lutte contre le changement climatique.

La proposition d'un veto climatique souligne bien les dangers persistants liés au mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États. En dépit des déclarations répétées sur la préservation du droit des Etats de réguler, les risques de poursuites restent bien réels et peuvent concerner des réglementations prises dans de nombreux domaines. S'il apparaît indispensable de protéger les politiques climatiques de tout risque de poursuite, on peut s'interroger sur la nécessité d'étendre ce type de veto à d'autres politiques publiques d'intérêt général (protection de la biodiversité, santé, règles sociales ou fiscales, etc.).

Proposition de "clause Ardern" dans le Partenariat transpacifique

La nouvelle première ministre de Nouvelle Zélande, Jacinda Ardern, s'est déclarée opposée à l'inclusion de mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États dans les futurs

⁶ Point 80

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2015-0359+0+DOC+PDF+V0//FR>

⁷ <https://canadians.org/sites/default/files/publications/VanHarten-FR.pdf>

⁸ Dans le courrier adressé au Premier Ministre, le 18 octobre 2017, les députés REM semblent également privilégier cette piste.

accords de commerce⁹. Dans le cadre du partenariat transpacifique déjà négocié, elle envisage de proposer un mécanisme qui permettrait aux Etats qui le souhaitent de ne pas se soumettre à l'arbitrage d'investissement. Le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et Etats pourrait être suspendu à une autorisation et un accord d'investissement entre le pays hôte et l'investisseur. La Nouvelle Zélande a déjà mis en place un mécanisme de contrôle pour tous les investissements supérieurs à 100 millions de dollars NZ qui lui permet de les bloquer ou de poser des conditions spécifiques. Dans le cadre des accords d'investissements entre l'investisseur et l'État, la Nouvelle Zélande prévoit ainsi d'exiger l'application de la loi nationale et l'utilisation des juridictions nationales, désactivant de facto le mécanisme d'arbitrage prévu dans le TPP. Cette nouvelle approche pourrait être retenue pour les secteurs sensibles ou pour l'ensemble des investissements.

Contacts:

Mathilde Dupré - Responsable du programme commerce à l'Institut Veblen - dupre@veblen-institute.org

Samuel Leré - Responsable Mondialisation et Environnement à la FNH - s.lere@fnh.org

⁹ Voir :

<http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2017/11/the-ardern-clause-in-tpp-a-novel-approach-to-curbing-investment-state-dispute-settlement-.html>