

Les partenariats transatlantiques et transpacifique à l'ère de l'interconnexion

Colloque organisé les **16, 17 et 18 novembre 2016** par le Centre d'études sur l'intégration et la mondialisation (CEIM / UQAM), en collaboration avec le GIS-CEJM, le CEDRE, département de l'IODE (UMR CNRS 6262) de l'Université de Rennes 1 et la Faculté de droit, Section de droit civil, de l'Université d'Ottawa

DOCUMENT DE TRAVAIL

La modélisation des clauses sociales dans les accords commerciaux transatlantiques à la lumière de leurs sources

par Frédérique Michéa

Maître de conférences à l'Université de Rennes 1,
membre de l'Institut de l'Ouest : Droit et Europe (UMR CNRS 6262)

L'organisation internationale du travail (OIT) a relevé encore récemment le phénomène de prolifération sans précédent des accords commerciaux assortis de dispositions relatives au travail et aux droits des travailleurs¹. A de tels accords se juxtaposent désormais des projets de partenariats globaux, de grande ampleur, où la problématique du travail ne peut pas être évincée. A ce titre, la programmation d'un chapitre intégré portant sur les aspects travail et environnement dans le *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP) suscite un intérêt soutenu, puisqu'il s'agira pour les parties de définir conjointement les standards en matière de travail qui prévaudront dans le cadre des relations commerciales entre l'Union européenne, ses Etats membres et les Etats-Unis. Les négociations ayant abouti à l'accord économique et commercial global (AECG - CETA) entre le Canada et l'Union ont déjà en partie préempté la réflexion sur ce sujet sensible², et les négociateurs américains entendent bien exploiter pleinement le précédent de l'accord euro-canadien pour orienter la substance des dispositions du futur TTIP dans le domaine du travail.

De prime abord, les Etats-Unis, le Canada, et l'Union européenne partagent une volonté commune de promouvoir un socle de règles en matière de droits au travail. Mais ce consensus vole en éclats dès lors qu'il s'agit de définir les sources précises qui serviront de support à la modélisation des dispositions sur le travail dans leurs accords commerciaux communs. Or, le point originel de confrontation entre ces grandes puissances commerciales porte effectivement sur la sélection des sources qui serviront à la délimitation des engagements de chaque partenaire en matière de travail. Ainsi, les accords négociés par les Etats-Unis et le Canada mettent l'accent sur la mise en œuvre des législations du travail nationales ainsi que sur l'appui technique, parfois financier, apporté aux institutions de droit interne œuvrant dans le

¹ Cinquante huit accords selon l'inventaire opéré par l'OIT, Principes et droits fondamentaux au travail. Traduire l'engagement en action, Conférence internationale du travail, 2012, 125 p.

² Voy. F. Michéa, *Clauses sociales : vers une convergence des modèles ?* Le chapitre « Commerce et travail » de l'AECG in C. Deblock, J. Lebullenger et S. Paquin (dir.), *Un nouveau pont sur l'Atlantique. L'Accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada*, Presses universitaires du Québec, 2015, p.327.

sens de la protection des travailleurs³, tandis que les accords externes négociés par l'Union européenne et ses Etats membres ont marqué leur attachement à des normes supranationales placées sous l'égide de l'OIT et à une approche promotionnelle et non coercitive des droits sociaux. L'étude entend croiser les enseignements que l'on peut tirer, à propos des dispositions relatives au travail⁴, de la négociation achevée du CETA et des textes proposés à la discussion par l'Union sur le TTIP⁵. Pour sa part, l'administration démocrate américaine balayée par la nouvelle présidence *Trump* avait engagé les discussions avec la délégation européenne sur la base de son propre texte de propositions, un texte dont la teneur était très partielle, comme l'a révélé l'état des lieux tactique dressé par la Commission⁶.

De fait, les négociateurs des accords transatlantiques peuvent puiser dans un fonds très riche de sources du droit appelées à dessiner les contours de la promotion des droits au travail dans les clauses sociales de ces accords. Le choix des sources est primordial, car il conditionne tant le périmètre matériel de la protection offerte par les dispositions sur le travail (quels droits méritent protection ?) que la qualité normative des énoncés retenus dans lesdites dispositions (quels énoncés possèdent une force normative suffisante pour garantir l'effectivité des clauses sociales dans les accords ?). La signification conférée à la notion de source est polysémique. La présente contribution prendra en compte le « caractère bipolaire de la notion de source »⁷. La notion de source du droit permet en effet de viser indifféremment tant la provenance des règles produites⁸ que le fruit du travail de création normative. Les sources du droit seront donc entendues comme faisant référence au processus d'élaboration des normes juridiques, relevant du domaine social, qui sont accueillies au sein des chapitres « développement durable » des accords transatlantiques⁹. La théorie des sources du droit sera intéressante pour cette étude, car elle permet de mieux expliciter les processus d'élaboration des règles sociales relevant d'une convergence transatlantique et de critiquer leur agencement au sein des accords.

L'Union incarnerait, de plus en plus, « un pouvoir normatif »¹⁰. Le traité de Lisbonne a en effet renforcé ce tropisme normatif de la politique commerciale commune de l'Union, en subordonnant son exercice aux principes et aux objectifs plus larges de son action extérieure. Suivant l'article 207 §1 TFUE, la politique commerciale commune de l'Union est menée « dans le cadre des principes et objectifs de l'action extérieure de l'Union ». A cet égard, le traité de Lisbonne expose un entrelacs complexe de dispositions qui font référence aux

³ Voy. C. Deblock, *Les Etats-Unis, le commerce et les normes du travail. Une perspective historique*, Montréal, Centre d'études sur l'intégration et la mondialisation, 2008 ; C. Deblock et M. Rioux, *Humaniser le commerce : avancées récentes en matière de travail dans les accords de libre-échange du Canada et des Etats-Unis*, Regards sur le travail, 2009, vol. 6, n°1, et l'étude de S. Zini, *Humaniser la globalisation. Les Etats-Unis et les chapitres sur le travail dans les accords commerciaux*, Revue Interventions économiques, vol.49, 1^{er} mai 2014.

⁴ Ces dispositions afférentes au travail et aux droits des travailleurs seront qualifiées parfois, par raccourci, de « clauses sociales ».

⁵ L'analyse s'appuiera, sans exclusive, sur les textes de négociation disponibles sur le site de la Direction générale (DG) Trade de la Commission (qualifiés dans l'étude de « projet TTIP » pour la partie européenne).

⁶ Note – Tactical state of play of the TTIP Negotiations, mars 2016, p.18, divulguée par Greenpeace.

⁷ I. Hachez, Balises conceptuelles autour des notions de « sources du droit », « force normative » et « soft law », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2010, vol. 65, p.7. Voy. également C. Thibierge, Sources du droit, sources de droit : une cartographie in *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz, Libres propos sur les sources du droit*, Dalloz, Paris, 2006, p.526.

⁸ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 1988, 2^e édition revue et mise à jour, p.134, qui considère que les sources du droit sont « les modes de création des normes juridiques ».

⁹ Il s'agit plus précisément des chapitres 22 (Commerce et développement durable) et 23 (Commerce et travail) du CETA, ainsi que des projets TTIP sur le développement durable, intégrant plusieurs sections différentes, dont une sur les principes globaux et une portant sur les aspects relatifs au travail.

¹⁰ Voy. notamment I. Manners, The Normative Ethics of the European Union, *International Affairs*, 2008, vol. 84, p.45.

obligations qui s'imposent à l'Union en matière de droits de l'homme. Les dispositions du TUE procèdent à des renvois appuyés et parfois redondants aux « objectifs »¹¹, aux « valeurs »¹² et aux « principes »¹³ qui doivent guider l'action de l'Union. Dans un certain flou conceptuel, le respect des droits de l'homme appartient aux trois catégories axiologiques susmentionnées, sans doute une façon de mettre l'accent sur l'importance de la mission incombant à l'Union en la matière. Ce canevas constitutionnel s'impose aux institutions de l'Union dans le cadre des négociations commerciales avec les partenaires canadiens et américains, et il influe bien entendu sur la substance des clauses sociales. Mais derrière les discours officiels dispensés par la Commission¹⁴, il faut s'interroger sur les vrais rapports de force entre les parties transatlantiques sur le thème du droit social et du droit du travail. A compter de la stratégie « *Global Europe* »¹⁵, l'Union européenne et ses Etats membres semblent s'être engagés dans une modélisation des clauses sociales plus conforme aux attentes et aux intérêts de ses partenaires transatlantiques. Tant l'identité des sources sélectionnées (I) que la mobilisation de celles-ci dans le cadre des mécanismes d'exécution des clauses (II) reflètent une atténuation de la spécificité du positionnement de l'Union concernant le volet social des accords commerciaux qui la lie à ses partenaires.

I. L'identité hétéroclite des sources des clauses sociales dans les relations commerciales transatlantiques

Le point de convergence des relations transatlantiques entre l'Union, le Canada et les Etats-Unis, dans la partie des accords consacrée au commerce et au développement durable, dépend étroitement de la sélection des instruments privilégiés pour donner consistance aux engagements réciproques des partenaires commerciaux. L'Union et ses Etats membres sont très attachés au respect du droit international¹⁶ en y incluant donc le droit international du travail¹⁷. Les partenaires sont aux prises avec un foisonnement de normes de référence en

¹¹ Voy. l'article 3 §5 TUE qui mentionne parmi les « objectifs poursuivis par l'Union » l'élimination de la pauvreté, la protection des droits de l'homme, en particulier ceux des enfants, ainsi que le strict respect et le développement du droit international.

¹² Le respect des droits de l'homme fait ainsi partie des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée selon l'article 2 TUE.

¹³ Selon l'article 21 §1 TUE, l'Union s'efforce de construire des partenariats avec les pays tiers qui partagent avec elle des « principes » que l'Union « vise à promouvoir dans le reste du monde », tels que « l'universalité des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Sur les principes de l'Union, voy. C. Flaesch-Mougin, Typologie des principes de l'Union européenne in *Le droit de l'Union européenne en principes, Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Apogée, Rennes, 2006, p.99.

¹⁴ Voy. par exemple les propos tenus par la Commission en charge du Commerce, Madame Malmström, selon lesquels la proposition faite par l'Union aux Etats-Unis en matière de développement durable est « la plus ambitieuse jamais présentée à un partenaire commercial auparavant ».

¹⁵ Communication de la Commission, *Global Europe. Competing in the world*, octobre 2006.

¹⁶ Selon l'article 3 §5 TUE, l'Union « contribue au strict respect et au développement du droit international ». La Cour de Justice de l'Union a précisé que l'article 3 §5 TUE établit une obligation positive de l'Union d'observer dans son entièreté le droit international. Voy. CJUE 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America e.a.*, C-366/10, pt 101 : « Par conséquent, lorsqu'elle (l'Union) adopte un acte, elle est tenue de respecter le droit international dans son ensemble ».

¹⁷ La Cour de Justice de l'Union est incompétente pour apprécier la conformité des droits nationaux avec le droit international du travail. Voy. CJCE 16 janvier 2008, *Polier c. Najar*, C-361/07, à propos de la compatibilité du contrat de nouvelle embauche en France avec les termes de la convention n°158 de l'OIT. En cas d'incompatibilité avérée entre une législation nationale reposant sur des obligations anciennes relevant de l'OIT et un droit fondamental garanti par l'Union, la Cour a admis que l'Etat membre pouvait faire prévaloir son engagement international le liant à l'OIT. Voy. CJCE 1^{er} février 2005, *Commission c. Autriche*, C-203/03, Rec. p.I-935. Etait en cause une législation autrichienne qui, afin de mettre en œuvre la convention n°45 de l'OIT ratifiée dans les années 1930 par ce pays, empêchait les femmes d'avoir accès aux travaux souterrains dans les

matière de travail et de droits sociaux¹⁸, ce qui rend complexe l'exercice consistant à délimiter collectivement un cadre matériel de promotion des normes internationales du travail. L'enjeu est de taille, puisqu'il s'agit bel et bien, en « révélant » certaines sources et pas d'autres¹⁹, de modéliser des standards juridiques, à partir d'une sélection de sources qui aura fait l'objet d'un compromis entre les Parties (A). La force des normes de droit retenues dans les accords est déterminée par des facteurs multiples²⁰. D'un point de vue général, la qualité normative des clauses sociales défendues par l'Union apparaît en régression dans le cadre transatlantique. L'Union a concédé une dilution des sources normatives qui satisfait les intérêts de ses partenaires canadien et américain (B).

A. La sélection des sources normatives

Le foyer normatif qui a été jusqu'à présent privilégié est le droit international du travail issu de l'OIT, destiné à orienter la législation des Etats membres et les pratiques nationales. La Déclaration ministérielle de Singapour en 1996 a rappelé l'attachement des membres de l'OMC à un noyau dur de normes en matière de travail (*core labour standards* - CLS) sous l'autorité de l'OIT. Faisant écho à ce consensus, les accords transatlantiques convergent vers la reconnaissance de la synthèse normative issue de la Déclaration relative aux principes et aux droits fondamentaux au travail, adoptée par l'OIT en 1998²¹. Du point de vue macro-juridique, la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail de 1998 parie sur un système de contrôle décentralisé de l'application des normes en matière de travail. Ce système va dès lors reposer sur une multitude d'acteurs, mais en ne pointant plus aussi clairement qu'auparavant la responsabilité éminente des gouvernements dans ce processus. Sous l'angle des sources, une « nouvelle hiérarchie normative »²² résulte de l'utilisation de la Déclaration de l'OIT. En souscrivant à cette Déclaration, les Etats membres de l'OIT ont l'obligation de « respecter, promouvoir et réaliser » quatre « principes concernant les droits fondamentaux »²³ qui font l'objet de huit conventions de l'OIT, indépendamment de la ratification éventuelle de ces huit conventions²⁴. Le basculement d'un discours fondé sur des droits concrets à un discours reposant sur des principes, eux-mêmes à

mines, en contradiction avec le principe fondamental de non-discrimination entre les hommes et les femmes dans l'accès à l'emploi. Pour certains auteurs, comme B. Tranchant, 2015, cette jurisprudence n'apparaît plus en phase avec l'arrêt de la CJCE du 3 septembre 2008, *Kadi*, pt 304, la Cour ayant jugé que l'article 351 TFUE n'autorisait pas des dérogations aux droits fondamentaux de l'Union.

¹⁸ Voy. M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, PUF, Paris, 2004.

¹⁹ Nous empruntons à Ph. Jestaz, *Les sources du droit*, Dalloz, Connaissance du droit, Paris, 2005, p.21, sa présentation des droits de l'homme comme une forme de « révélation ».

²⁰ C. Thibierge e.a. (dir.), *La force normative : naissance d'un concept*, LGDJ, Bruylant, 2009, p.859-860 : « la qualité de son auteur, la capacité à devenir effective, la nécessité, désir de justice, l'autorité, l'utilité, adhésion et conviction, la menace d'une contrainte externe, sentiment de leur caractère obligeant, le système de droit, la croyance, la volonté, l'effectivité, la profération, la sanction, la réception, la confiance, ou le fondement... ».

²¹ Sous la pression de la majorité démocrate en place à partir de 2007, les clauses sociales des accords de libre échange signés par les Etats-Unis se réfèrent davantage que par le passé à la Déclaration de l'OIT de 1998. Le mandat de négociation du futur accord UE – Etats-Unis qui a filtré durant l'été 2013 laissait transparaître un compromis alliant mise en œuvre et respect de la législation du travail interne des Parties et application effective de la Déclaration de l'OIT de 1998.

²² P. Alston, "Core labour Standards" and the Transformation of the International Labour Rights Regime, *EJIL*, 2004, vol. 15, n°3, p.458.

²³ Il s'agit de la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective pour tout travailleur (y compris donc en faveur des travailleurs relevant de l'économie informelle, ce qui revêt une grande importance dans les économies émergentes), l'élimination de toutes formes de travail forcé ou obligatoire, l'abolition effective du travail des enfants, et l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession.

²⁴ Conventions n°138, 182, 105, 29, 100, 111, 87 et 98 de l'OIT.

la source de droits, revêt une grande importance²⁵. La terminologie des principes était déjà en usage pour l'Amérique du Nord, comme en atteste l'accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail (ANACT)²⁶. Les principes renvoient davantage à un processus et ne visent pas un résultat déterminé. Dès lors, chaque principe, par exemple la liberté d'association, se prête à une interprétation très complexe de son contenu par les instances de contrôle de l'OIT²⁷. La force normative de la référence aux huit conventions principales de l'OIT dans les accords de l'Union est en partie atténuée par la présence d'une autre disposition, présente d'ailleurs dans le CETA, qui reconnaît à chaque Partie « le droit d'établir ses niveaux de protection du travail », même s'il est présumé que la modification de la législation de l'Etat intervient conformément à ses engagements internationaux en matière de travail²⁸.

L'éventail restreint des normes relevant de la Déclaration tend à affaiblir le statut normatif d'autres droits du travailleur qui n'ont pas été consacrés dans la Déclaration et qui sont pourtant tout aussi essentiels. Paraît ainsi inadaptée la mise à l'écart des droits relevant de la santé et de la sécurité au travail, qui incluent en droit de l'Union une limitation du temps de travail ou un droit fondamental au congé payé et qui étaient visées dans l'ANACT. L'Union comme les Etats-Unis ont remédié à cette incomplétude de la Déclaration en lui ajoutant d'autres sources formelles. Ainsi, les accords nord-américains accordent traditionnellement une prééminence à la catégorie des *internationally recognised labour rights* sur le CLS de l'OIT. Si le champ des deux catégories de droits liés au travail se recoupe en partie, les *internationally recognised labour rights* incluent une référence large à la thématique des conditions de travail acceptables²⁹.

Dans les accords liant les Etats-Unis, le renvoi aux principes de la Déclaration de l'OIT est constant, épargnant ainsi aux Parties le respect des droits détaillés issus des conventions fondamentales de l'OIT. L'évaluation de la conformité du droit national d'un Etat cocontractant avec les droits issus des conventions principales de l'OIT devient *de facto* très aléatoire si la ratification de ces conventions n'a pas été entreprise³⁰. Autre conséquence regrettable du recours généralisé à la Déclaration de 1998 dans les accords liant les Etats-Unis ou l'Union, la mention de la seule Déclaration permet aussi aux Etats partenaires d'échapper au système de surveillance de l'OIT. Ce point de vue est à nuancer, car l'autorité normative de l'OIT se diffuse bien au-delà du cadre limitatif de la Déclaration. Ainsi, la Cour suprême du Canada a constitutionnalisé le statut du droit de grève dans son arrêt du 30 janvier 2015, en fondant son revirement de jurisprudence sur diverses conventions de l'OIT et des décisions du Comité de la liberté syndicale de l'OIT même si celles-ci ne sont pas contraignantes³¹. Du

²⁵ Voy. P. Alston, précité, et Sen, 2000, p.123-125 cité par J. Agusti e.a., ILO, 2014. Le flou entourant l'usage des principes et des droits n'est pas étranger non plus aux traités européens, du fait des interactions entre l'article 21 TUE (les principes), l'article 2 TUE (les valeurs de l'Union) et la Charte des droits fondamentaux de l'Union (les droits, les libertés et les principes).

²⁶ Voy. les « guiding principles » de l'ANACT pour décrire les onze standards en matière de travail retenus par les parties contractantes.

²⁷ Le mécanisme de suivi prévu en annexe de la Déclaration de 1998 ne fournit pas de guidance claire concernant le contenu des principes de la Déclaration.

²⁸ Article 23.2 du CETA (« Droit de règlementer et niveaux de protection »).

²⁹ CAFTA-DR (Amérique centrale et République Dominicaine) FTA ; US Trade Act 2002.

³⁰ Doumbia-Henry & Gravel, *International Labour Review*, 2006.

³¹ Cour suprême du Canada, *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4. La Cour identifie une référence implicite à la négociation collective et à la grève dans la liberté d'association figurant dans la Charte canadienne des droits et libertés de 1982, ce qu'elle avait refusé de faire antérieurement. Voy. G. Trudeau, *RDT*, 2015, et G. Trudeau, *Droit social*, 2016, qui insiste sur le fait que la Cour suprême du Canada « a

côté des Etats-Unis, le renvoi systématique à la Déclaration de l'OIT leur épargne le procès récurrent sur la défaillance notoire de cet Etat dans le processus de ratification des conventions principales de l'OIT³². Il est vrai que, à la décharge des Etats-Unis, la primauté donnée aux conventions de l'OIT se comprend plus facilement dans le système de l'Union européenne qu'aux Etats-Unis, État fédéral, où le dualisme prévaut. La convergence transatlantique sur ce sujet semble exclue ; le droit du travail américain recèle de multiples limitations à l'exercice du droit fondamental à la négociation collective ou à la mise en œuvre de la liberté d'association³³, autant de restrictions qui pourraient, en l'état du droit américain, offrir aux entreprises nationales un avantage compétitif substantiel sur les entreprises européennes dans le cadre de la libéralisation des échanges commerciaux recherchée par le TTIP. Le rapport technique intérimaire publié tardivement en juillet 2016 se montre rassurant³⁴, sans convaincre, quant à l'impact du TTIP sur l'application des conventions fondamentales de l'OIT³⁵. Le rapport s'en remet par exemple à la sagesse présumée des consommateurs qui, des deux côtés de l'Atlantique, préféreraient des biens produits suivant des standards sociaux protecteurs pour les travailleurs³⁶.

Pourtant, le Parlement européen avait recommandé à la Commission dans sa résolution du 8 juillet 2015, d'insérer dans l'accord TTIP une disposition contraignant les Parties à ratifier et mettre en œuvre les huit conventions fondamentales de l'OIT. Mais le projet TTIP de la Commission n'entérine que la promesse des Parties de fournir des efforts en vue de la ratification des conventions principales de l'OIT. Les ambitions de l'Union sont dès lors des plus réduites ; si cette absence de conditionnalité devait être retenue à l'égard des Etats-Unis, elle servirait de marqueur décisif au soutien des négociateurs asiatiques engagés dans des tractations complexes avec l'Union, comme l'Inde par exemple. En conséquence, les chapitres sur le développement durable offrent une protection des droits, garantis par la Déclaration de l'OIT, dont la portée est plus réduite que la protection des droits ressortissant de la mise en œuvre du système de préférences généralisées³⁷. Un des dispositifs du système, le régime d'encouragement SPG + créé en 2005 accorde des préférences tarifaires additionnelles aux pays en développement qualifiés de « vulnérables » qui s'engagent à ratifier puis à assurer le respect de quinze conventions internationales de l'Organisation des Nations Unies (ONU) ou de l'OIT relatives aux droits de l'homme et aux droits des

mobilisé la normativité internationale relative aux droits fondamentaux de la personne » pour faire évoluer sa jurisprudence.

³² Les Etats-Unis n'ont à ce jour ratifié que la convention n°105 sur le travail forcé et la convention n°182 sur les pires formes de travail des enfants.

³³ Il existe de nombreuses incompatibilités notoires entre le droit du travail américain et les prescriptions de la convention n°87 de l'OIT sur la liberté d'association ou de la convention n°98 de l'OIT sur le droit à la négociation collective. Par exemple, la représentation collective des employés publics n'est pas autorisée dans tous les Etats.

³⁴ La publication très tardive du rapport intérimaire conduit à s'interroger sur l'intérêt de cet exercice d'évaluation de l'impact social de l'accord, le T-SIA, dès lors que ses enseignements n'ont pas pu nourrir les négociations déjà amplement engagées.

³⁵ Trade SIA on the TTIP, *Interim Technical Report*, Ecorys, Juillet 2016, p.131: "non-ratification does not mean that parties cannot follow and respect the letter of the ILO Fundamental Conventions"; ou p. 138: "If we assume that adhering to labour standards is related to higher labour costs (...), removal of tariffs and enhanced trade could lead to economic pressures to look for cheaper solutions (...). The exact magnitude of this downward pressure, if any, is rather difficult to quantify".

³⁶ Trade SIA on the TTIP, *Interim Technical Report*, précité, p.138. Sur l'importance des études d'impact, voy. J. Harrison & A. Goller, Trade and Human Rights : what does 'Impact assessment' have to offer ?, *Human Rights Law Review*, 2008, vol. 8, p.587.

³⁷ Voy en ce qui concerne la Colombie par exemple, A. Marx e.a., The Protection of Labour Rights in Trade Agreements. The Case of the EU- Colombia Agreement, *Journal of World Trade*, 2016, p.587-610.

travailleurs³⁸. L'exigence de ratification des conventions du travail principales de l'OIT est centrale dans le *monitoring* du SPG+. En cas de violation « grave et systématique » des principes définis dans les conventions pertinentes visées dans le règlement SPG, la Commission est habilitée à adopter des actes délégués en vue de retirer temporairement à un partenaire commercial le bénéfice des préférences tarifaires. L'exigence formelle de ratification des conventions principales de l'OIT ne fait pas tout, comme le démontre le panel d'arbitrage initié par les autorités américaines à l'encontre du Guatemala, ancien bénéficiaire du SPG+ européen (jusqu'au 1^{er} janvier 2016) avant de disposer d'un accès préférentiel au marché européen grâce à l'accord UE - Amérique Centrale. Mais cette exigence de ratification des conventions principales de l'OIT demeure un symbole fort, qui a disparu des chapitres sur le développement durable de certains accords de commerce négociés par l'Union. Il est ainsi seulement rappelé dans le CETA que « les Parties déploient des efforts continus et soutenus afin de ratifier les conventions fondamentales de l'OIT »³⁹.

B. La dilution des sources normatives

La Commission européenne a proposé pour le TTIP un nouvel élément, absent du CETA, à savoir des « *thematic core labour standards articles* », des articles thématiques dédiés aux quatre principes et droits fondamentaux au travail qui relèvent de la Déclaration de l'OIT de 1998. Ces articles thématiques doivent permettre de donner corps à l'énoncé détaillé des engagements des parties⁴⁰. Chaque disposition thématique, consacrée à un principe ou à un droit fondamental au travail, aurait alors pour objet de rappeler aux Parties les instruments de droit international pertinents et les principes généraux souscrits, et de définir les actions spécifiques que chaque Etat s'engage à réaliser. Le contenu de ces dispositions, présenté comme ambitieux par la Commission, a plutôt tendance à délayer, dans un effort de pédagogie à l'intention des Parties, le sens et la portée d'un principe ou d'un droit fondamental qui se suffisait à lui-même tel que synthétisé dans la Déclaration de l'OIT. L'article thématique proposé par l'Union sur la liberté d'association et le droit à la négociation collective n'a aucune chance de susciter l'adhésion des Etats-Unis. Il fait en effet allusion à des structures permanentes de dialogue au sein des entreprises tendant à la représentation des travailleurs, « tels que les conseils d'entreprises »⁴¹. Le silence est d'ailleurs de mise dans le CETA à propos de la conduite du dialogue social transatlantique dans les entreprises implantées en Europe. L'accord CETA s'abstient de toute référence au droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein des compagnies transatlantiques enregistrées suivant le droit des sociétés d'un Etat membre⁴². Un autre article

³⁸ La liste des conventions pertinentes de l'ONU et de l'OIT relatives aux droits de l'homme et aux droits des travailleurs figure à l'annexe VIII, partie A, du règlement n°978/2012 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 appliquant un système de préférences tarifaires généralisées et abrogeant le règlement 732/2008 du Conseil, JOUE L 303 du 31 octobre 2012, p.1. L'Arménie, la Bolivie, Cap-Vert, le Costa-Rica, l'Equateur, la Mongolie, le Pakistan, le Panama, le Paraguay, les Philippines ou encore Salvador sont actuellement des pays concernés par le régime des préférences tarifaires SPG+.

³⁹ Article 23.4 du CETA. Voy. en dernier lieu l'accent mis, par le point 8 b) de l'instrument interprétatif commun du 27 octobre 2016, sur les progrès réalisés par le Canada en matière de ratification des conventions principales de l'ONU. Le Canada a ratifié sept des conventions visées par le CETA et a engagé le processus de ratification de la convention restante n°98 de l'OIT sur le droit d'organisation et de négociation collective.

⁴⁰ European Union Issue paper du 12 novembre 2014, Roundtable on labour rights and civil society participation in TTIP.

⁴¹ Proposition de l'Union européenne Projet TTIP.

⁴² L'Union dispose pourtant de normes importantes et étoffées sur ce thème, spécialement la directive 95/45/CE du Conseil du 22 septembre 1994 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs ainsi que la directive 2002/14/CE du Parlement européen et du

thématique du projet TTIP portant sur l'égalité et la non-discrimination au travail, présenterait une plus-value dans l'architecture des droits énoncés, car la non-discrimination incarne un principe d'application horizontale, concernant donc les rapports entre pouvoirs publics et individus mais aussi les relations entre personnes privées, employeurs et travailleurs⁴³. La disposition du projet TTIP dédiée à l'égalité et à la non-discrimination au travail insiste en particulier sur l'égalité de rémunération des hommes et des femmes pour un travail d'égale valeur et sur le droit à la non-discrimination au travail des personnes handicapées⁴⁴.

Les dispositions thématiques du TTIP suggérées par l'Union, en rapport avec les principes et droits fondamentaux au travail, font état de sources nouvelles, à savoir plusieurs conventions internationales élaborées sous les auspices des Nations Unies, notamment la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979, la Convention sur les droits des personnes handicapées de 2006, la Convention sur les droits économiques, sociaux et culturels de 1966, ou la convention relative aux droits de l'enfant de 1989⁴⁵. Aucun de ces instruments internationaux n'a été ratifié par la partie américaine. Mais cet état des ratifications n'est pas nécessairement représentatif d'un désintérêt manifeste des Etats-Unis à l'égard des droits garantis par les instruments de protection promus par l'ONU. Par exemple, nonobstant l'absence de ratification de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant, les accords américains promeuvent activement la protection des droits de l'enfant dans leurs programmes de conditionnalité avec des pays tiers. Il n'empêche que l'approche messianique de l'Union en la matière, tangible dans son projet TTIP, laisse sceptique. Le rappel réitératif de ces sources par la partie européenne est louable mais purement incantatoire ; celles-ci ne sont mobilisées qu'à titre illustratif, et la question de la ratification de ces instruments par les Etats-Unis n'est pas ouvertement soulevée⁴⁶.

Dans les relations transatlantiques, l'accord CETA a procédé à une extension remarquable des sources formelles des clauses sociales, en pointant l'importance de la Déclaration de l'OIT de 2008 sur la justice sociale pour une mondialisation équitable⁴⁷. La référence à cette Déclaration met en lumière l'Agenda pour le travail décent de l'OIT, qui cible quatre objectifs stratégiques de portée très large⁴⁸. Le renvoi à l'Agenda pour le travail décent de l'OIT permet d'attirer dans le champ des accords des thèmes nouveaux. A la lumière de l'Agenda de l'OIT, le CETA évoque de nouveaux objectifs qui doivent être favorisés par les droits et les pratiques des Parties, à savoir la santé et la sécurité au travail, la mise en place de normes de travail minimales acceptables pour les salariés, et la non-discrimination en ce qui a trait aux conditions de travail, y compris pour les travailleurs migrants⁴⁹. Le CETA procède à des

Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne.

⁴³ Voy. en ce sens les principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (UNHCDH), 2011 ; Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises, Résolution de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, 26 août 2003.

⁴⁴ Avec référence à la Convention des Nations Unies sur les droits des personnes handicapées de 2006.

⁴⁵ Voy. l'article 8 de la section II « Trade and Sustainable Development – Labour aspects », Projet TTIP soumis par la Commission, novembre 2015. L'article 3 §5 TUE souligne en particulier la protection des droits de l'enfant parmi les droits de l'homme qu'elle entend protéger.

⁴⁶ Section II, article 8 §3 f) du projet TTIP présenté par l'Union.

⁴⁷ Du côté européen, l'Agenda pour le travail décent de l'OIT a été incorporé dans les dispositions des accords liant l'UE et ses Etats membres à compter de 2007, dans le contexte de l'initiative « Global Europe » de la Commission.

⁴⁸ La promotion de l'emploi, la protection sociale, la promotion du dialogue social et du tripartisme, et le respect, la promotion et la réalisation des principes fondamentaux et des droits au travail.

⁴⁹ Article 23.3 §2 du CETA.

références appuyées et nombreuses à l'Agenda pour le travail décent de l'OIT, alors que l'Union et ses Etats membres se dispensent dans certains accords d'y faire allusion⁵⁰. Plusieurs dispositions étoffées du CETA s'intéressent par ce biais à la santé et à la sécurité au travail, surtout en rapport avec la prévention des accidents du travail et des maladies professionnelles⁵¹. Il n'empêche que l'Agenda pour le travail décent de l'OIT est une ressource textuelle dont l'usage demeure controversé. En effet, cet Agenda fait partie intégrante de la « stratégie non normative »⁵² initiée par la Déclaration de 1998, en reléguant au second plan les droits fondamentaux exprimés dans les conventions de l'OIT. L'Agenda a souvent servi de prétexte, dans les accords conclus par l'Union, à l'énoncé d'une liste de thèmes disparates, d'inégale importance, sur lesquels les Parties acceptent de coopérer⁵³. Bien que les Etats-Unis ne se réfèrent pas traditionnellement dans leurs accords à l'Agenda pour le travail décent de l'OIT, le périmètre des droits du travailleur internationalement reconnus (*internationally recognised worker rights*) évoqués dans leurs accords recoupe le champ matériel large des thématiques abordées au titre de l'Agenda de l'OIT, par exemple le temps de travail, la santé et la sécurité au travail et la question du salaire minimum. Le projet TTIP de la Commission souligne que la notion de travail décent est centrale, dans l'interface entre le commerce et le travail, afin de construire un agenda de coopération positif avec les Etats-Unis⁵⁴. L'Union marque un intérêt particulier, dans son projet TTIP, d'une part pour la définition de conditions de travail acceptables pour tous les travailleurs, en ce qui concerne *inter alia* la rémunération, le temps de travail, les autres conditions de travail dans le but d'assurer un salaire minimum⁵⁵, et d'autre part pour le thème de la santé et de la sécurité au travail, surtout dans sa dimension préventive⁵⁶.

Par ailleurs, des dispositions relatives à la responsabilité sociale des entreprises (RSE) devraient pouvoir être établies dans le projet TTIP. L'Union a proposé une clause renvoyant aux pratiques de RSE, déjà présente dans le CETA⁵⁷, qui gagnerait en épaisseur dans le projet TTIP soumis par la Commission, en précisant davantage l'identité des nombreux instruments, tous non contraignants, qui reconnaissent des lignes directrices et des principes internationalement reconnus en matière de RSE⁵⁸. Sont cités le standard ISO 26000 qui ne se prête pas à la certification ou les lignes directrices de l'OCDE sur les entreprises multinationales. De façon regrettable, l'Union n'accorde pas la place prééminente que mérite, parmi tous les instruments cités, la Déclaration tripartite de l'OIT sur les principes concernant les entreprises multinationales et la politique sociale⁵⁹. La Commission propose d'innover

⁵⁰ Par exemple l'article 3 du chapitre Commerce et Développement durable de l'accord UE - Vietnam de 2016.

⁵¹ Article 23.3 §2 et §3 du CETA.

⁵² P. Alston, précité, p. 487.

⁵³ Voy. par exemple l'article 13.4 e) de l'accord UE - Singapour : "cooperation on trade-related aspects of the ILO Decent Work Agenda, including on the interlinkages between trade and full and productive employment, labour market adjustment, *core labour standards*, labour statistics, human resources development and lifelong learning, social protection and social inclusion, social dialogue and gender equality" (italiques ajoutées par l'auteur).

⁵⁴ Article II.1 1) du Position Paper de l'UE, Trade and sustainable development Chapter Labour and Environment, EU paper outlining key issues and elements for provisions in the TTIP, rendu public le 7 janvier 2015, p. 2.

⁵⁵ Section II, article 4 §3 b) de la proposition de texte de l'UE, publiée le 6 novembre 2015.

⁵⁶ Section II, article 4 §3 a) de la proposition de texte de l'UE, publiée le 6 novembre 2015.

⁵⁷ Article 22.3 b) du CETA: « encourager l'élaboration et l'utilisation, par les entreprises, de pratiques volontaires exemplaires de responsabilité sociale, telles celles énoncées dans les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales ».

⁵⁸ Article 20 du projet TTIP proposé par l'Union.

⁵⁹ Cette Déclaration adoptée en 1979 est un instrument qui se distingue par son antériorité, par sa portée mondiale et par le fait d'avoir été élaboré conjointement par les Gouvernements, les employeurs et les travailleurs.

dans son projet TTIP en mentionnant les recommandations issues des règles privées sur la RSE, à savoir la norme ISO 26000, à laquelle les Etats-Unis ont renoncé à adhérer⁶⁰. Ce référentiel très élaboré et complet ne se prête pas à la certification, mais tire sa puissance normative du processus d'acculturation des entreprises et des Etats à un droit mis en commun⁶¹.

Au-delà des normes internationales du travail, la nouvelle génération d'accords négociés par l'Union prête une attention inédite aux normes internes des Parties en matière de travail, relayant les pratiques conventionnelles nord-américaines. L'usage d'une clause relative au maintien des niveaux de protection en matière de travail s'est généralisé dans les derniers accords négociés par l'Union⁶². Selon la clause devenue standard dans les accords, une Partie ne renonce ni ne déroge à son droit et à ses normes en matière de travail, ni n'offre de le faire, dans le but de stimuler le commerce ou l'investissement. L'invocabilité d'une telle clause paraît très incertaine ; il semble en effet difficile de démontrer qu'un Etat a nourri l'intention de stimuler le commerce ou l'investissement sur son territoire⁶³. En revanche, l'Union n'a pas été plus loin dans l'appréhension des normes nationales du travail. Notamment, l'Union n'a pas épousé jusqu'à présent la pratique américaine, reproduite dans le contexte du Partenariat transpacifique (*Trans-Pacific Partnership - TPP*) signé en février 2016, qui consiste à requérir dans des accords bilatéraux, avant même l'entrée en vigueur de l'accord commercial, des réformes spécifiques et concrètes du droit du travail de l'Etat partenaire⁶⁴.

Enfin, la dilution des sources normatives de l'Union est notable dans la rédaction des clauses afférentes aux droits de l'homme négociées par l'Union avec ses partenaires. Du point de la vue de la Commission, la clause relative aux droits de l'homme recouvre les *core labour standards* établis dans les huit conventions principales de l'OIT⁶⁵. Mais le dispositif distinct de la clause sur les droits de l'homme par rapport au corpus des dispositions portant sur le développement durable n'est pas totalement cohérent avec le principe de l'indivisibilité des droits humains dont le respect s'impose à l'Union⁶⁶. Les clauses de dernière génération sont peu convaincantes du point de vue de leur densité normative⁶⁷. Ainsi, l'article 2 §1 de l'accord de partenariat stratégique (APS) UE - Canada présente une clause sur les droits de l'homme très floue, d'une faible juridicité. La clause est en effet fondée sur la Déclaration universelle des droits de l'homme, les traités internationaux existants relatifs aux droits de l'homme et les autres instruments juridiquement contraignants auxquels l'Union ou les EM et le Canada sont Parties. Les droits sociaux fondamentaux ne sont pas explicitement considérés comme faisant partie intégrante des éléments essentiels de l'accord⁶⁸. Les hypothèses de

⁶⁰ Les États-Unis sont plus favorables au *business ethics*, une forme explicite d'éthique, mais limitée dans son champ d'application au monde des affaires.

⁶¹ Sur la « métanorme » que constitue la norme ISO 26000 et son intérêt pratique pour les usages internationaux, voy. I. Cadet, La norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale : une nouvelle source d'usages internationaux, *RIDE*, 2010, p. 128.

⁶² Par exemple l'article 23.4 du CETA ou l'article 13.7 §2 de l'accord UE - Corée.

⁶³ De Ville F., Orbie J. & Van den Putte L., *TTIP and labour standards*, 2016, p. 25.

⁶⁴ Voy. dans le contexte de l'accord Etats-Unis - Colombie la demande américaine de créer un ministère du travail, ou les accords bilatéraux conclus par les Etats-Unis avec le Brunei, la Malaisie et le Vietnam.

⁶⁵ C'est ce que la Commission a indiqué dans sa communication COM(2001) 416 final du 18 juillet 2001, Communication on promoting core labour standards and improving social governance in the context of globalisation, p.12.

⁶⁶ Article 21 TUE. Voy. S. Velluti, Paper 2016/ 5.

⁶⁷ Voy. plus généralement L. Bartels, *Human Rights and Sustainable Development Obligations in the EU's Free Trade Agreements*, University Cambridge Faculty of Law Research Paper, n°24/2012, disponible sur le site <http://ssrn.com>.

⁶⁸ Voy. en ce sens le modèle fourni par l'article 9 de l'accord de Cotonou avec les pays ACP.

violation substantielle des droits de l'homme relevant de l'article 2 §1 de l'APS sont très restrictivement présentées à l'article 28.3 de l'accord⁶⁹. Dans la pratique, seule une infraction très grave des principes démocratiques visés dans la clause a pu motiver la mise en œuvre de la clause par la partie européenne⁷⁰. Ces clauses relatives aux droits de l'homme ne prévoient qu'une faculté, et non une obligation, d'adopter des mesures appropriées en cas de non-respect par les parties de cette clause, comme l'ont rappelé les ordonnances du Tribunal et de la Cour rendus dans l'affaire *Mugraby*⁷¹. Elles ont sans aucun doute un effet juridique variable, en fonction de l'identité du partenaire commercial ; le seuil au-delà duquel la violation des droits permet d'envisager une suspension unilatérale de l'accord n'est pas figé⁷². Les accords d'association récemment négociés avec l'Ukraine, la Moldavie et la Géorgie renforcent la contrainte juridique pesant sur les Parties quant au respect de la clause DH, grâce à une référence à l'instrument de la Convention européenne des droits de l'homme⁷³.

II. La mobilisation défailante des sources des clauses sociales dans les relations commerciales transatlantiques

Si l'on raisonne sur la force normative des sources du droit dans le champ social des accords commerciaux, il est préférable de distinguer leur garantie normative et leur portée normative⁷⁴. D'une part, la garantie du respect des normes internationales du travail est intimement liée à la manière dont ces normes peuvent être sanctionnées. La question est donc de savoir quels acteurs sont habilités à faire respecter les dispositions des accords transatlantiques relatives au travail. L'extériorité des sources du droit par rapport aux mécanismes d'exécution des clauses sociales pose de ce point de vue un problème majeur (A). D'autre part, la portée normative des sources du droit est à mettre en relation avec les effets des normes tels qu'ils sont perçus par leurs destinataires⁷⁵. Or, sous cet angle, la portée normative des sources est faible, puisque les sources du droit pertinentes, et les exigences qu'elles placent à la charge des Etats et des opérateurs économiques, se trouvent isolées dans un chapitre particulier de l'accord, celui qui concerne le développement durable (B).

A. L'extériorité des sources par rapport aux mécanismes d'exécution du chapitre « Développement durable » des accords

A rebours de l'approche retenue par le Canada et les Etats-Unis dans leurs accords respectifs, l'Union rejette avec constance toute logique sanctionnatrice dans l'exécution des

⁶⁹ Article 28.3 de l'APS: "For a situation to constitute a "particularly serious and substantial violation" of Article 2(1), its gravity and nature would have to be of an exceptional sort such as a coup d'État or grave crimes that threaten the peace, security and well-being of the international community". Voy. F. De Ville, *In pursuit of a consistent European Parliament position in two transatlantic trade agreements*, 2016.

⁷⁰ Notamment dans le contexte de coups d'état dans certains pays africains. Voy. J. Saltnes, *The Human Rights Policy : Unpacking The Literature on the EU's Implementation of Aid Conditionality*, Arena Working Paper, n°2, 2013, p.15.

⁷¹ Ord. Trib. UE, 6 septembre 2011, *Muhamad Mugraby contre Conseil*, ECLI:EU:T:2011:418 ; Ord. CJUE, 12 juillet 2012, *Muhamad Mugraby contre Conseil*, C-581/11 P, ECLI:EU:C:2012:466, pt 70. Les demandes du requérant visaient, dans le cadre d'un recours en carence, l'omission alléguée de la Commission de procéder à la suspension de divers programmes d'aide communautaire octroyés au Liban en raison de violations éventuelles par cet Etat de la clause relative aux droits de l'homme.

⁷² L. Van den Putte & J. Orbie, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2015, p.270.

⁷³ N. Ghazaryan, *European Law Review*, 2015.

⁷⁴ C. Thibierge, op. citée.

⁷⁵ C. Thibierge, op. citée.

engagements sociaux souscrits par les Parties⁷⁶. Dans les accords de dernière génération négociés par l'Union, la gouvernance des engagements souscrits par les Parties repose désormais sur un réseau dense et complexe d'acteurs multi-niveaux : le Comité ou le sous-comité sur le commerce et le développement durable ; les représentants des Gouvernements ; et les acteurs de la société civile sollicités dans un double cadre depuis l'accord UE - Corée, un cadre domestique (groupes consultatifs internes - *Domestic Advisory Group* ou DAG) et un cadre transnational (un Forum de la société civile ou organe assimilé, selon les accords)⁷⁷. Malgré leur nombre, les acteurs investis d'un rôle dans l'exécution des dispositions relatives au développement durable ne sont pas en capacité de s'approprier les sources du droit pertinentes, dans la matière sociale, pour ensuite en garantir l'effectivité.

1) Dans les accords de l'Union les plus récents, le traitement des litiges est soumis à une objectivation très nette des procédures, avec la création éventuelle de **panels d'experts indépendants** ayant autorité pour examiner les différends. Ainsi, tout le soin apporté dans le CETA à limiter la portée du rapport final, élaboré par le Groupe d'experts, constatant la violation éventuelle par la Partie défenderesse de ses obligations dans le domaine social, traduit bien la démarche purement incitative, propre aux accords européens, qui s'est imposée face au partenaire canadien⁷⁸. Les recommandations éventuelles du panel d'experts dans l'accord euro-canadien ne peuvent imposer un règlement du différend. Le CETA se contente d'inférer de cette lacune la nécessité pour les législations des Etats parties d'aménager des procédures administratives ou judiciaires au profit des travailleurs « afin de permettre une action efficace contre toute violation de son droit du travail »⁷⁹. Aucun système de traitement de plaintes de particuliers ou d'organisations collectives syndicales n'est en outre envisagé dans le CETA, une limite également consacrée dans les accords nord-américains qui privilégient le recours aux points de contact par lesquels transitent les communications émanant des ressortissants des Parties⁸⁰.

2) Les panels d'experts indépendants constituant l'*ultima ratio*, l'Union préconise une structure institutionnelle sophistiquée pour prendre en charge les préoccupations sociales éventuelles des Parties. Dans le projet TTIP soumis par la Commission, les instances censées accueillir les préoccupations sociales ne bénéficieraient pas d'une indépendance fonctionnelle qui aurait été *a minima* nécessaire pour favoriser des échanges constructifs. En effet, le schéma institutionnel proposé pour le TTIP par l'Union paraît très centralisé et reflète une prééminence institutionnelle très forte du **Comité conjoint**, détenteur des pouvoirs de décision et d'interprétation des dispositions de l'accord, sous l'autorité duquel sont satellisés divers

⁷⁶ A l'exception de l'article 213 §2 de l'accord UE - Cariforum qui ne ferme pas la possibilité de sanctions, en évoquant l'adoption de « mesures appropriées » en cas de violation des engagements souscrits par chaque Partie dans la matière sociale.

⁷⁷ Voy. sur ce modèle l'article 13.13 de l'Accord UE - République de Corée (groupes de la société civile et Forum des membres de la société civile) ; les articles 281 et 292 de l'accord UE - Colombie et Pérou du 26 juin 2012 (comités nationaux et dialogue bi-régional annuel) ; les articles 294 et 295 de l'Accord UE - Amérique centrale du 29 juin 2012 (avec un Forum pour le dialogue de la société civile).

⁷⁸ Article 23.10 §12 du CETA : en cas de violation par une des Parties des obligations prévues au chapitre sur le développement durable, violation constatée par le groupe d'experts, « les Parties entament des discussions et s'efforcent (...) de déterminer les mesures appropriées ou, s'il y a lieu, d'établir un plan d'action mutuellement satisfaisant ». Il existe cependant l'exception figurant aux articles 206 et suivants de l'accord UE - Cariforum, qui n'excluent pas la matière du développement durable du champ d'application des procédures de règlement des différends prévues pour les litiges commerciaux.

⁷⁹ Article 23.5 §1 b) du CETA. L'article 23.5 §2 de l'accord CETA détaille ensuite de manière approfondie les garanties que les procédures administratives ou judiciaires doivent offrir aux personnes victimes d'une violation de leur droit du travail interne.

⁸⁰ Par exemple l'article 16.4 CAFTA-DR.

Comités. Concernant le chapitre sur le développement durable, le filtre gouvernemental est omniprésent dans le projet TTIP, ce qui semblait un peu moins le cas dans le CETA, même si le Comité en charge du développement durable prévu dans le CETA occupe incontestablement un rôle de premier plan dans l'application dudit chapitre.

* Il est prévu que le Comité conjoint supervise, guide et coordonne les activités de tous les comités spécialisés⁸¹. Le Comité sur le travail et le développement durable, établi par le Comité conjoint, ne fait pas exception à cette règle et se trouve placé sous son étroite dépendance⁸². Le Comité sur le travail et le développement durable se réunit à la demande d'une des Parties ou du Comité conjoint⁸³. Les débats au sein de ce Comité sur le travail peuvent même être éludés, dès lors que son existence n'empêche pas l'une des Parties de porter un sujet directement devant le Comité conjoint⁸⁴.

* De même, l'agenda et le rythme des réunions du Forum de la société civile seraient sous l'emprise du Comité conjoint. Le Forum serait convoqué au moins une fois par an par le Comité conjoint⁸⁵, et le Comité conjoint disposerait d'un pouvoir discrétionnaire pour entretenir des dialogues *ad hoc* additionnels avec le Forum de la société civile⁸⁶. Il n'est en outre pas prévu que le Forum de la société civile puisse émettre des recommandations communes à l'intention des Parties. Une telle configuration institutionnelle paraît régressive au regard des procédures instituées dans d'autres accords liant l'Union, où le Comité consultatif qui représente les organisations de la société civile possède un accès direct au Comité gouvernemental et peut lui transmettre des recommandations, après consultation ou de sa propre initiative⁸⁷.

* Un groupe consultatif interne (*domestic advisory groups*) réuni par chaque Partie, au titre du chapitre sur le commerce et le développement durable, pourrait conseiller les Parties et soumettre des recommandations sur la mise en œuvre de l'accord, au besoin de sa propre initiative⁸⁸. Mais dans le projet TTIP, l'autonomie d'action de ces groupes consultatifs internes paraît bien moindre que dans le CETA. Par exemple, il n'est pas dit dans le projet TTIP que chaque Partie est disposée à transmettre les communications émanant du grand public, portant sur des préoccupations sociales, à ses groupes consultatifs internes⁸⁹. En outre, l'articulation entre les groupes consultatifs internes⁹⁰ et le Forum de la société civile conjoint, dont le cercle de participants devra inclure des membres des groupes consultatifs internes⁹¹ n'est pas très claire, en l'état du projet TTIP⁹². Tant le profil disparate des participants aux réunions que la variété des thèmes relevant potentiellement du dialogue peuvent faire craindre une attention insuffisante portée au respect et à la promotion des droits fondamentaux des

⁸¹ Article X.1 §5 b) du projet TTIP soumis par la Commission.

⁸² Article X.3 §4 du projet TTIP soumis par la Commission.: le Comité "shall report to the Joint Committee on results and conclusions from each of their meetings. The creation or existence of a specialized committee shall not prevent either Party from bringing any matter directly to the Joint Committee".

⁸³ Article X.3 §3. du projet TTIP soumis par la Commission.

⁸⁴ Article X.3 §4 du projet TTIP soumis par la Commission.

⁸⁵ Article X.8 §2 du projet TTIP soumis par la Commission.

⁸⁶ Article X.1 §6 d) du projet TTIP soumis par la Commission.

⁸⁷ Articles 232 §3 de l'accord UE – Cariforum, qui revient sur les relations entre le Comité consultatif CE – Cariforum et le Conseil conjoint (Joint Council).

⁸⁸ Article X.7 §1 du projet TTIP soumis par la Commission.

⁸⁹ Voy. par comparaison l'article 23.8 §5 du CETA.

⁹⁰ Selon l'article X.7 §2 du projet TTIP soumis par la Commission, "the domestic advisory groups shall comprise independent representative organisations of civil society in a balanced representation of economic, social, and environmental stakeholders".

⁹¹ Article X.8 §1 du projet TTIP soumis par la Commission.

⁹² L'absence de liaison claire entre le mécanisme de consultation domestique et le mécanisme de consultation transnational était déjà un problème soulevé dans le contexte d'autres accords conclus par l'Union et ses Etats membres, par exemple l'accord avec le Pérou et la Colombie. Voy. J. Orbie et L. Van den Putte, Working Paper, ÖFSE, 2016, p.17.

travailleurs⁹³. De ce point de vue, les accords liant les Etats-Unis proposent un mécanisme de suivi moins élaboré, mais centré sur les problèmes liés à l'exécution du chapitre de l'accord dédié au travail et à lui seul.

3) Des deux côtés de l'Atlantique, l'intégration des organisations de **la société civile** aux débats a été surtout assurée avant le lancement des négociations commerciales⁹⁴. Les accords façonnés par l'Union invitent à instituer un processus de consultation permanent de représentants de la société civile, tout au long de la vie des accords. Les garanties procédurales tendant à la consultation des acteurs de la société civile sont nettement plus détaillées dans les accords de l'Union, en comparaison des accords nord-américains qui prévoient également une implication de la société civile, mais sans obligation d'instituer l'équivalent des DAG. L'Union souhaite pour le TTIP que la société civile puisse contribuer sans aucune restriction à tous les sujets relevant du chapitre Commerce et développement durable⁹⁵. Bien sûr, il n'est pas attendu de la société civile qu'elle endosse la responsabilité de la mise en œuvre de dispositions consacrées au développement durable, responsabilité qui incombe aux Gouvernements⁹⁶. Pour autant, la finalité même des mécanismes d'implication de la société civile dans les accords reste ambiguë⁹⁷. S'agit-il de fournir de recommandations aux gouvernements dans la gestion du chapitre « Commerce et Développement durable » comme le laisse entendre le projet TTIP⁹⁸ ? Certains accords récents, dont le CETA, vont plus loin en permettant aux groupes consultatifs des Parties et au Forum de la société civile de « soumettre des observations » au Comité sur le commerce et le développement durable qui portent sur le suivi donné au rapport final et aux recommandations du Groupe d'experts⁹⁹. Ou l'objectif est-il plutôt de stimuler le dialogue entre les membres de la société civile sur l'application de l'accord et de dégager une collaboration transnationale sur le droit social, rôle qui semble plutôt attribué au Forum dans le projet TTIP¹⁰⁰ ? S'agit-il pour la société civile d'alerter sur les potentielles violations, imputables à l'une des Parties, des dispositions du chapitre relatif au développement durable de l'accord ? Quel que soit l'objectif recherché, les partenaires de l'Union ont souvent manifesté dans les faits une résistance forte à l'institution de ces forums¹⁰¹, ou s'ils n'y sont pas défavorables, regrettent que leur Ministère du travail soit dépourvu d'une interface avec le Parlement européen, les directions générales compétentes de la Commission¹⁰² ou encore les fédérations syndicales européennes, pour approfondir la coopération dans le domaine du travail¹⁰³.

⁹³ F. De Ville, J. Orbie et L. Van den Putte, *TTIP and labour standards*, 2016, p.30.

⁹⁴ J.-B. Velut, *What role for Civil Society in cross-Regional Mega-Deals ?*, 2016.

⁹⁵ Accent mis sur ce point dans le Roundtable on labour rights and civil society participation in TTIP, Brussels, 12 november 2014, p.5.

⁹⁶ Roundtable on labour rights and civil society participation in TTIP, Brussels, 12 november 2014, p.5.

⁹⁷ J. Orbie, L. Van den Putte & D. Martens, *Civil society meetings in EU Free Trade agreements: the purposes unravalled* (notes manuscrites).

⁹⁸ Voy. article X-7 sur les dispositions institutionnelles du projet TTIP soumis par la Commission. C'est ce que laisse aussi entendre par exemple l'article 294.4 de l'Accord UE – Amérique centrale ou l'article 13.12 §4 de l'Accord UE – Corée.

⁹⁹ Article 23.10 §12 du CETA. Dans le même sens, l'article 378.5 de l'accord UE - Moldavie par exemple : les réunions de la société civile peuvent être des sources d'informations et de conseils pour le Groupe d'experts, en cas de litige.

¹⁰⁰ Voy. l'article X-8 sur les dispositions institutionnelles du projet TTIP. Sur le modèle de l'ANACT, voy. L. Compa, 2001.

¹⁰¹ Les désaccords sur la composition du Forum ont été notables en Corée du Sud, ou en rapport avec les Etats du Cariforum, empêchant la tenue des réunions du Forum de la société civile. Voy. L. Van den Putte & J. Orbie, 2015, p.272.

¹⁰² Relèvent d'une telle demande la DG Emploi (International Unit, incluant les relations avec l'OIT), la DG Commerce, la DG Développement et Coopération internationale (Coopération sur le développement social, Civil

Jusqu'à présent, l'expérience des Forums institués par l'Union avec des Etats d'Amérique latine ou d'Asie n'est guère concluante. Les avis conjoints issus des Forums transnationaux, par exemple celui prévu par l'accord UE - Corée, ont tendance à édulcorer la présentation des problèmes auxquels sont confrontés les syndicats et les travailleurs, en minorant au passage l'importance des constats dressés par les organes de contrôle de l'OIT¹⁰⁴. Dans les relations transatlantiques, la capacité même de mobilisation des organisations représentatives de la société civile en Europe et aux Etats-Unis est incertaine. Les clauses sociales figurant dans les accords commerciaux liant l'Union ne fédèrent pas l'intérêt des organisations représentatives de la société civile en Europe qui ont leur propre agenda¹⁰⁵. Demeure également posé le problème de la représentativité des fédérations syndicales retenues par l'autre Partie pour participer à ces instances de dialogue. Certains accords liant l'Union, comme l'accord avec la Colombie et le Pérou, ne requièrent pas même l'indépendance des participants au DAG ou au Forum¹⁰⁶. Le schéma institutionnel présenté dans les accords est de toute façon sujet à une mise en application aléatoire, surtout si le pays tiers détient un statut commercial marginal du point de vue de la Commission¹⁰⁷.

4) Rien n'empêcherait que le **Parlement européen** assume partiellement la tâche de *monitoring* des clauses sociales du futur TTIP¹⁰⁸. Les pouvoirs renforcés du Parlement européen dans l'ère post-Lisbonne ont ouvert la voie à une politisation de la politique commerciale de l'Union dont certains observateurs attendent beaucoup¹⁰⁹. Mais jusqu'à présent, l'Assemblée parlementaire n'a pas marqué un grand intérêt pour les clauses sociales et s'est mobilisée uniquement lorsqu'une menace pesait sur les droits fondamentaux des citoyens européens¹¹⁰. Le Parlement européen n'a pas non plus employé son pouvoir d'approbation pour imposer l'insertion d'une clause sur les droits de l'homme dans tous les accords de commerce¹¹¹. En aval, le Parlement européen est écarté puisque le Conseil détient seul la compétence pour adopter une décision éventuelle sur la suspension de l'application de la clause relative au respect des droits de l'homme¹¹².

Society Roadmap), et le SEAE (droits de l'homme et dialogue politique). Chacun de ces acteurs institutionnels aura tendance à véhiculer sa propre vision de la promotion des droits fondamentaux du travailleur.

¹⁰³ Voy. A. Marx, précité. Ce type d'interface existe en revanche dans des accords liant les Etats-Unis. Par exemple, le Ministère du travail colombien peut coopérer directement avec le Département du travail US.

¹⁰⁴ L. Van den Putte, 2015.

¹⁰⁵ Certains thèmes, non abordés dans les clauses sociales, sont plébiscités par les représentants de la société civile en Europe, tels que l'égalité des sexes, le droit à l'alimentation ou la lutte contre les conséquences des changements climatiques. Voy. L. Fransen et B. Burgoon, *BJIR*, 2015, p.223-224.

¹⁰⁶ Article 281 de l'accord UE – Pérou et Colombie. La précision figure au contraire en bonne place à l'article 291 §5 de l'accord UE – Amérique centrale.

¹⁰⁷ Cas des Etats du Cariforum, pour lesquels les réunions prévues dans l'accord n'ont pas eu lieu. Voy. L. Campling e.a., 2016.

¹⁰⁸ F. De Ville, J. Orbie et L. Van den Putte., *TTIP and labour standards*, 2016, p. 50.

¹⁰⁹ Il convient de rappeler que la mobilisation du Parlement européen sur le futur CETA a été bien moindre en comparaison du projet TTIP, puisque le lancement des négociations sur le CETA, en mai 2009, est intervenu avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne qui a accordé à l'Assemblée un pouvoir d'approbation inédit des accords commerciaux.

¹¹⁰ Voy. le rejet par le Parlement européen de l'Accord commercial anti-contrefaçon (ACTA) en 2012 et de l'accord SWIFT dont la première version a été rejetée en 2009 par le Parlement européen. Voy. L. Van den Putte, F. De Ville et J. Orbie, *The European Parliament as an international actor in trade. From power to impact* in S. Stavridis et D. Irrera (ed.), 2016, p.52.

¹¹¹ C. Flaesch-Mougin, Commerce et démocratie. Quelques réflexions post-Lisbonne in *Mélanges en l'honneur du Professeur Henri Oberdorff*, LGDJ, Paris, 2015.

¹¹² Article 218 §9 TFUE. Le Parlement est « immédiatement et pleinement informé à toutes les étapes de la procédure » (article 218 §10 TFUE).

5) Il serait judicieux de confier à l'OIT, au moins partiellement, la surveillance de l'observation par les Parties du chapitre sur le développement durable des accords transatlantiques. Certes, les accords offrant l'opportunité à l'OIT d'apporter son concours dans l'hypothèse de différends existents, des deux côtés de l'Atlantique¹¹³. Mais l'expertise de l'OIT n'est sollicitée qu'au cours de la phase de consultation, en amont de l'étape procédurale de règlement du différend. Il serait souhaitable que l'OIT puisse proposer une interprétation cohérente et uniforme des droits fondamentaux au travail, notamment dans le cadre d'un litige, mais cela n'est en tout état de cause possible que si les conventions fondamentales de l'OIT ont bien été ratifiées par les Parties. De plus, aucun accord américain n'a jusqu'à présent prévu l'implication de l'OIT dans les mécanismes de résolution des conflits¹¹⁴. L'OIT n'est pas en mesure d'exprimer son point de vue au panel d'arbitres compétent en dernier ressort pour adopter une éventuelle décision de retrait des avantages commerciaux à un Etat partenaire des Etats Unis¹¹⁵. A tout le moins, l'apport de l'OIT dans le cas d'une suspicion de violation des clauses sociales devrait être mis en valeur plus clairement, dès la phase de consultation entre les gouvernements. Or, le CETA par exemple ne valorise pas l'expertise que peut fournir l'OIT, en indiquant seulement que, « le cas échéant et avec le consentement des deux Parties », ces dernières « demandent des informations ou des avis à toute personne, toute organisation ou tout organisme, y compris l'OIT, pour contribuer à l'examen de la question soulevée »¹¹⁶. Ces préventions à l'égard de l'OIT sont à mettre en relation avec la manière dont le Canada se réfère aux instruments de l'OIT, en général dans un sens limitatif. Certains accords canadiens précisent que les Parties ne sont obligées de se soumettre à une procédure de règlement des différends, à propos des normes concernant le travail, que si les normes visées se réfèrent à la Déclaration de l'OIT¹¹⁷. Par ailleurs, l'OIT devrait être impliquée dans la procédure de sélection des experts appelés à intervenir dans un panel, en cas de différend. Le CETA n'a pas prévu cette possibilité, alors même qu'elle existe dans certains accords canadiens¹¹⁸ et que le CETA n'ignore pas l'hypothèse de conflits persistants entre les Parties pour s'entendre sur la composition du groupe d'experts¹¹⁹. Le CETA précise que le groupe d'experts peut au besoin « obtenir des informations de la part de l'OIT »¹²⁰ s'agissant des règles d'interprétation des conventions de l'OIT et des décisions adoptées par ses organes. Le projet TTIP soumis par l'Union dévalorise très nettement la coopération menée dans l'enceinte de l'OIT en matière de travail, en recommandant aux Parties de coopérer dans diverses enceintes internationales qui traitent des liens entre commerce et travail, « incluant en particulier l'OMC, l'OIT, le G7 et le G20 »¹²¹. Le projet TTIP proposé par l'Union ose donc, sans complexe, placer à parité les contributions respectives des groupements informels très contestés réunissant les pays les plus industrialisés de la planète et de l'organisation internationale à vocation tripartite de l'OIT.

¹¹³ Côté européen, l'article 195 §3 de l'accord de partenariat économique conclu par l'Union avec les Etats du Cariforum de 2008 a attribué clairement un rôle de conseil à l'OIT dans le processus de contrôle de l'application par les parties de leurs engagements en matière de travail. Ce dispositif a été repris ensuite dans les autres accords, comme l'accord UE – Amérique centrale (article 296 §2) ou l'accord avec la Corée (article 13.4). Côté américain, voy. l'article 16.5 §2 d) CAFTA-DR ou l'article 17.5 §5 b) de l'accord Etats-Unis – Colombie.

¹¹⁴ R. Peels & M. Fino, *Global Labour Journal*, 2015, vol. 6, p.195.

¹¹⁵ E. Gravel e.a, 2014.

¹¹⁶ Article 23.9 §3 du CETA.

¹¹⁷ Article 13 b) ii) de l'accord Canada – Pérou ; article 13 b) ii) de l'accord Canada - Colombie. Voy. J. Agusti e.a., ILO, mars 2014.

¹¹⁸ Article 22.1 b) de l'accord Canada - Chili sur le travail.

¹¹⁹ Article 23.10 §5 du CETA.

¹²⁰ Article 23.10 §9 du CETA.

¹²¹ Section II, article 9 a) du projet TTIP proposé par la Commission.

Différents motifs justifient d'arrimer dans les accords liant l'Union, notamment transatlantiques, les références à la contribution de l'OIT. D'abord, les mécanismes de règlement des différends prévus dans les accords commerciaux peuvent affaiblir, miner, ou créer des conflits avec l'interprétation des conventions de l'OIT, principalement fournie par les deux grands organes de contrôle de l'OIT¹²², et ce d'autant plus qu'il n'a pas été prévu que l'application de la Déclaration de 1998 par les Etats soit soumise au *monitoring* des instances de l'OIT. Dans le dossier du Guatemala, après l'échec du Plan US – Guatemala, et en dépit de la mobilisation de l'OIT dans cette affaire¹²³, c'est bien le panel d'arbitrage, et lui seul, qui formulera les recommandations appropriées, à la lumière si les arbitres le souhaitent des constatations de l'OIT. Ensuite, le recours à l'OIT, organisation internationale caractérisée par les mandats tripartites des Etats membres, s'avère indispensable si le projet TTIP, comme cela semble être le cas, ne met guère en lumière par ailleurs l'importance du dialogue social¹²⁴. Si le CETA accorde crédit à plusieurs reprises aux points de vue exprimés par les représentants des travailleurs dans les procédures qu'il définit¹²⁵, les partenaires sociaux sont davantage déclassés dans la cohorte des « acteurs non étatiques » conviés à un dialogue public dans le TTIP¹²⁶. Enfin, l'expertise de l'OIT se révèle en pratique indispensable pour pouvoir conclure à la violation des normes internationales du travail dans le cadre d'un accord. Dans le cadre spécifique du SPG+, la caution apportée par le contrôle de l'OIT représente le facteur souvent décisif pour prendre la décision tant de suspendre les préférences commerciales que de les rétablir¹²⁷. La DG Trade a été critiquée pour ne pas avoir, en interne, une expertise suffisante afin de contrôler que les Etats bénéficiaires du SPG+ se conforment effectivement aux règles des conventions internationales du travail ciblées par le régime SPG+¹²⁸. Depuis l'entrée en vigueur du nouveau règlement en 2014, la Commission a renforcé les modalités du suivi des Etats tiers bénéficiaires, en conduisant notamment chaque année, en liaison avec le SEAE, une analyse (*the scorecards*) de la manière dont les Etats bénéficiaires du SPG+ appliquent les conventions de l'OIT, en s'appuyant sur les rapports des organes de contrôle de l'OIT¹²⁹. L'inconvénient d'un tel système réside dans l'impuissance de la Commission à adopter des sanctions au titre du SPG+ lorsque la législation sociale de l'Etat bénéficiaire du SPG n'a pas fait l'objet d'une condamnation formelle des instances de l'OIT, en raison du défaut de ratification par cet Etat des conventions principales de l'OIT¹³⁰. D'ailleurs, la Birmanie et la Biélorussie, concernées par des sanctions commerciales prises par le Conseil, avaient été visées toutes deux par une Commission d'enquête de l'OIT, soit le plus haut degré d'investigation que puisse entreprendre l'OIT lorsqu'un Etat membre est accusé de violations

¹²² La Commission d'application des normes de la Conférence et la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations. Les avis et recommandations éventuels ne lient pas les Etats membres de l'OIT.

¹²³ Il y eut notamment l'exécution d'un Memorandum of Understanding (MoU) en mars 2013, puis l'adoption d'un Roadmap en octobre 2013 adopté en consultation avec les partenaires sociaux nationaux pour appliquer le MoU.

¹²⁴ Roundtable on labour rights and civil society participation in TTIP, Brussels, 12 november 2014, p.3.

¹²⁵ Dans la réalisation des activités de coopération entre les Parties, voy. l'article 23.7 §2 du CETA.

¹²⁶ Voy. la section II, article 18 du projet TTIP soumis par la Commission sur la transparence et la participation du public.

¹²⁷ Orbie & Tortell, 2009, p.679. Les préférences à l'égard de la Birmanie furent rétablies en juillet 2013 après un rapport favorable de l'OIT. Cette situation contraste avec les mesures restrictives adoptées par le Conseil, dans le cadre de la PESC, où l'influence d'organisations internationales multilatérales comme l'OIT sur la décision prise par le Conseil est inconcevable.

¹²⁸ Orbie et Tortell, Vellutti, 2016.

¹²⁹ La Birmanie et la Biélorussie ont été concernées par des sanctions commerciales au titre de la violation des normes internationales du travail prévues dans le règlement SPG+. L'évaluation conduite par la Commission n'est cependant pas rendue publique.

¹³⁰ Ce fut le cas pour le Pakistan visé par une enquête de la Commission à propos du travail des enfants pakistanais. Voy. C. Portela et J. Orbie, *Contemporary Politics*, 2014, p.69.

graves et répétées des règles de l'organisation¹³¹. Le Parlement européen, lui aussi, a tendance à conditionner son approbation à la conclusion d'un accord, par exemple récemment l'accord sur le textile entre l'Union et l'Ouzbékistan, au résultat satisfaisant des missions de contrôle menées par l'OIT dans le pays¹³².

B. Le cloisonnement des sources dans le seul chapitre « Développement durable » des accords

La portée normative des droits inscrits dans les clauses sociales des accords dépend étroitement des effets attachés aux règles, tels qu'ils sont perçus par leurs destinataires. Or, les sources du droit se trouvent confinées dans les seuls chapitres des accords s'intéressant au développement durable. Pourtant, de nombreux autres volets des accords commerciaux globaux, dans leur mise en œuvre, sont susceptibles d'affecter les conditions de travail et d'emploi au sein des Etats Parties, notamment le chapitre sur les investissements bien sûr, mais aussi les dispositions qui portent sur le commerce des services, la coopération réglementaire, les marchés publics, etc. Dans sa résolution sur le TTIP¹³³, le Parlement européen avait rappelé que les standards en matière de travail devaient être inclus dans d'autres domaines matériels de l'accord, au-delà des seuls chapitres s'intéressant au développement durable. Cela n'est le cas ni dans le CETA, ni dans le projet TTIP préparé par la Commission. Cette dernière avait, dans son *position paper* initial du 16 juillet 2013, récusé toute incertitude juridique quant à la portée du concept de développement durable utilisé dans ses accords commerciaux¹³⁴. L'institution avait déclaré vouloir attribuer au développement durable la qualité de principe horizontal, doté d'une triple dimension économique, sociale et environnementale, et apte à diffuser son influence dans les autres chapitres du futur TTIP. On ne trouve pourtant pas trace de cette intention de faire essaimer les sources du droit présentes dans le chapitre sur le développement durable dans d'autres chapitres du projet TTIP, ce qui nuit à la portée normative des sources du droit relevant du travail. L'instrument interprétatif commun concernant le CETA publié le 27 octobre 2016, « nouveau document de référence »¹³⁵, apporte un éclairage différent à ce propos, car il établit, face à la montée des contestations, de nombreuses passerelles entre des blocs matériels jusqu'alors parfaitement séparés dans l'accord lui-même¹³⁶.

1) *A minima*, le CETA ou le projet TTIP auraient pu inclure des dispositions incitatives, au sein du chapitre sur les investissements, exhortant les investisseurs au respect des lignes directrices de l'OCDE sur les entreprises multinationales ou leur enjoignant de faciliter l'accès des travailleurs à l'information et à la consultation au sein des entreprises transnationales, conformément à la directive de l'Union sur les comités d'entreprise européens¹³⁷. Mais il faut souligner que les accords internationaux d'investissement qui contiennent des principes requérant des investisseurs le respect de droits fondamentaux au

¹³¹ Sur la critique relative à l'application par la Commission d'un standard de « violation sérieuse » trop exigeant, voy. J. Vogt, *A little Less Conversation : the EU and The (Non) Application, of Labour Conditionality in the GSP*, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2015, vol. 31, p.285-304.

¹³² Cet Etat était mis en cause pour travail forcé et travail des enfants. Voy. en dernier lieu le projet de recommandation de la Commission INTA du Parlement européen du 20 septembre 2016.

¹³³ Résolution du Parlement européen du 8 juillet 2015 contenant les recommandations du Parlement européen à la Commission européenne concernant les négociations du partenariat transatlantique de commerce et d'investissement

¹³⁴ Sur ce sujet, voy. L. Bartels, *Human Rights and Sustainable Development Obligations in EU Free Trade Agreements*, *Legal Issues of Economic Integration*, 2013, vol. 40, p.306.

¹³⁵ Déclaration du Service juridique du Conseil sur la nature juridique de l'instrument interprétatif commun.

¹³⁶ Voy. les observations *infra*.

¹³⁷ Directive 94/45/CE, précitée.

travail sont très rares¹³⁸. L'accord UE – Cariforum se démarque de ce point de vue, en précisant que les investisseurs étrangers doivent agir en concordance avec les CLS¹³⁹. Et la violation par une Partie de l'obligation de s'assurer que les entreprises investissant dans le pays agissent en accord avec les principes et droits de la déclaration de l'OIT est assujettie *a priori* à la gamme complète des voies de recours, en incluant les sanctions commerciales¹⁴⁰. L'instrument interprétatif commun du 27 octobre 2016, qui précise en des termes juridiquement contraignants les incidences du CETA sur la protection du travail¹⁴¹, reconnaît de manière inédite le droit d'un des partenaires à remédier à la violation, par l'autre Partie, de la clause sur le maintien des niveaux de protection¹⁴², même si les mesures adoptées devaient avoir « des effets défavorables sur un investissement ou sur les attentes du profit d'un investisseur »¹⁴³.

2) Le principe de développement durable n'est pas mis en relation avec la production des marchandises et des services. Le CETA n'encourage que de façon très allusive les Parties à privilégier une production durable des marchandises et des services, en évoquant l'utilisation de programmes volontaires de commerce équitable¹⁴⁴. La promotion par les entreprises de normes communes de durabilité dans le cadre des marchés publics est absente du CETA, ce qui apparaît regrettable. Les gouvernements devraient avoir la faculté d'inclure des conditions sociales dans leurs appels d'offres, avec des références claires à des instruments de droit international dans les accords commerciaux négociés par l'Union¹⁴⁵. L'Union ne sera probablement pas davantage en position d'évoquer ce thème avec les Etats-Unis, car les échanges sur le chapitre consacré aux marchés publics n'ont pas dissipé les fortes craintes de la partie européenne sur la portée réelle de l'ouverture des marchés publics au niveau des Etats fédérés américains¹⁴⁶. Pourtant, l'Union dispose d'instruments, dans sa politique interne, dont la philosophie devrait rejaillir sur sa politique commerciale commune. La directive 2014/24/UE relative à la passation des marchés publics contraint les Etats membres à prendre les mesures appropriées pour veiller à ce que, dans l'exécution des marchés publics, les opérateurs économiques se conforment aux obligations applicables dans les domaines du droit social et du travail établies par des sources variées¹⁴⁷. L'accent est mis sur les obligations résultant des huit conventions fondamentales de l'OIT, sources énumérées dans une annexe à la directive 2014/24/UE¹⁴⁸. La transgression des normes sociales visées dans la directive 2014/24/UE peut être sanctionnée, y compris lorsqu'elle intervient dans une chaîne de sous-traitance d'un marché¹⁴⁹; la directive prévoit que les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure

¹³⁸ J.S. Vogt, Trade and Investment Arrangements and Labor Rights in L. Blecher e.a. (dir.), *Corporate responsibility for human rights impacts*, American Bar Association, Chicago, 2014, p.121-175.

¹³⁹ Article 72 b) de l'accord UE – Cariforum, au sein du chapitre « Présence commerciale » de l'Accord. Voy. aussi l'article 72 c) de l'accord.

¹⁴⁰ Article 213 §2 de l'accord UE – Cariforum.

¹⁴¹ Déclaration du Service juridique du Conseil sur la nature juridique de l'instrument interprétatif commun.

¹⁴² Article 23.4 du CETA.

¹⁴³ Point 8 a) de l'accord interprétatif commun publié le 26 octobre 2016.

¹⁴⁴ Article 22.3 §2 a) du CETA et article 21 du projet TTIP soumis par la Commission, plus détaillé (« Voluntary sustainability assurance schemes »).

¹⁴⁵ Voy. en ce sens la déclaration commune de la Confédération européenne des syndicats (CES) et du Congrès du travail du Canada (CTC) du 4 mai 2016.

¹⁴⁶ Note – State of Play de la Commission, mars 2016.

¹⁴⁷ L'article 18 §2 de la directive 2014/24/UE évoque les obligations applicables « établies par le droit de l'Union européenne, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail énumérées à l'annexe X ». Voy. aussi le rappel au considérant 37 de la directive 2014/24/UE.

¹⁴⁸ Annexe X de la directive 2014/24/UE du PE et du Conseil (liste des conventions internationales dans le domaine social et environnemental visées à l'article 18 §2 de la directive.

¹⁴⁹ Article 71 §1 et § 6 de la directive 2014/24/UE.

ou être contraints par les Etats membres à exclure de la participation à une procédure de passation de marché toute entreprise, lorsque peut être démontré un manquement aux normes sociales visées par la directive¹⁵⁰ ou une condamnation définitive, constatée par un juge, pour infractions liées à la traite d'êtres humains, dont relève le travail des enfants¹⁵¹.

3) L'établissement de listes négatives dans le cadre du CETA, du projet TTIP, et du projet TiSA au lieu et place des listes positives d'ordinaire retenues dans les accords négociés par l'Union invitait à une approche plus protectrice du périmètre des services publics, notamment des services sociaux, compte tenu du principe « *list it or lose it* » induit par le principe de la liste négative. Or, le CETA n'a pas aménagé d'exception générale en faveur des services d'intérêt général, mais une combinaison complexe et confuse de réserves émises par le Canada, l'Union et ses Etats membres. Les exceptions visées dans le CETA, rédigées de manière assez floue¹⁵², n'identifient aucune source de droit international faisant autorité en la matière. L'insécurité du régime juridique applicable aux services sociaux dans le cadre du CETA a poussé l'Allemagne à opposer au Canada des réserves extrêmement larges concernant les services sociaux et sanitaires, pour lesquels sont écartés l'accès au marché national et la règle du traitement national¹⁵³. Ce type de réserve s'ajoute à une réserve de même teneur, applicable dans tous les Etats membres de l'Union, sur les services sanitaires, sociaux et d'éducation, ce qui souligne l'inquiétude de certains Etats membres quant à la force d'attractivité de la liste négative à l'égard des services sociaux. De ce point de vue, l'instrument interprétatif commun conforte le particularisme des services sociaux et de santé exemptés des obligations de libéralisation prévues par l'accord. Celui-ci souligne « le droit des gouvernements, à tous les niveaux, d'assurer et de soutenir la fourniture de services qu'ils considèrent comme des services publics »¹⁵⁴, et rappelle que le CETA « n'implique pas que l'adjudication d'un service public à des fournisseurs privés fait irrémédiablement entrer celui-ci dans le domaine des services commerciaux »¹⁵⁵. Ces précisions font écho aux débats ayant cours sur les fameuses « clauses cliquet » et « statut quo » envisagées dans le TiSA¹⁵⁶. Le lien entre l'exclusion des services d'intérêt général du champ des accords de libéralisation et le respect des normes sociales par les Parties a été souligné explicitement par le Parlement européen. L'Assemblée a en effet fixé comme ligne rouge, dans sa recommandation du 3 février 2016 sur le TiSA, l'insertion d'une clause de révision permettant à une partie de quitter le TiSA ou d'inverser ses engagements sur la libéralisation d'un service en cas de violation des normes sociales et du travail d'une Partie contractante à l'accord¹⁵⁷.

¹⁵⁰ Article 57 §4 a) de la directive 2014/24/UE.

¹⁵¹ Article 57 §1 f) de la directive 2014/24/UE, par renvoi à l'article 2 de la directive 2011/36/UE du PE et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil.

¹⁵² L'accord CETA et le projet TTIP renferment une *public utilities clause* horizontale et des exceptions plus spécifiques pour divers services publics permettant aux Parties d'édicter des mesures discriminatoires dans l'accès des opérateurs à certains marchés. Voy. aussi la déclaration de la Commission sur les services publics annexée au CETA. Voy. Krajewski & Kynast, 2014.

¹⁵³ Réserves applicables à l'Allemagne en annexe du CETA.

¹⁵⁴ Point 4 de l'instrument interprétatif commun.

¹⁵⁵ Point 4 de l'instrument interprétatif commun, et voy. aussi le point 5 consacré à la sécurité ou assurance sociale.

¹⁵⁶ Le Parlement européen a posé comme ligne rouge aux négociations sur le TiSA la suppression de ces clauses, dans sa recommandation du 3 février 2016 sur le TiSA. Voy. le rapport 2015/2233 (INI).

¹⁵⁷ Même positionnement du Comité des régions européen dans son avis du 4 décembre 2015 relatif au TiSA. Le Comité des régions européen a insisté sur la nécessité de normes de protection sociale fondées sur les principales conventions de l'OIT.

4) Certains auteurs ont plaidé pour que le futur TTIP inclue une clause sociale de sauvegarde qui serait mobilisable par une Partie, même si son partenaire commercial n'a pas violé ses engagements au titre du chapitre sur le développement durable. La finalité de cette clause de sauvegarde serait de lever l'application de certaines dispositions de l'accord, dans l'hypothèse où la libéralisation des échanges induite par l'accord aurait des répercussions graves sur les conditions d'emploi et de travail dans des secteurs ciblés de l'économie nationale¹⁵⁸. La présence d'une telle clause de sauvegarde dans les accords transatlantiques, pourtant utile, n'a pas été défendue par l'Union face à ses partenaires nord-américains. Par contraste, l'adoption de mesures de sauvegarde à l'égard de produits importés originaires d'une autre Partie a été rendue possible dans une disposition de l'accord UE – Cariforum de 2008. Est envisagé le cas de figure où les perturbations d'un secteur de l'économie du pays importateur « produisent des problèmes sociaux majeurs »¹⁵⁹.

5) Par ailleurs, il serait souhaitable de prévoir, dans tous les accords conclus par l'Union, une évaluation globale, à échéances régulières, des effets de la libéralisation induits par l'accord sur les populations et les travailleurs. La possibilité d'entreprendre des amendements aux dispositions d'un accord, après évaluation de la mise en œuvre de celui-ci, existe dans l'accord de partenariat stratégique UE – Cariforum, en vertu d'une déclaration conjointe des Parties sur la signature de l'accord, en lien avec l'article 5 de l'accord UE – Cariforum¹⁶⁰. La faculté est dès lors ouverte au Conseil conjoint mis en place par l'accord de suspendre l'application de certaines dispositions de l'accord pour des motifs liés à la violation des normes internationales du travail¹⁶¹.

Rennes, le 13 novembre 2016

¹⁵⁸ D. Rodick, *Has globalization gone too far ?*, Institute for International Economics, Washington, 1997.

¹⁵⁹ Article 25 §2 b) de l'accord UE – Cariforum de 2008.

¹⁶⁰ L'article 5 de l'accord UE – Cariforum précise que « the agreement is properly implemented and the benefits for men, women, young people and children deriving from their partnership are maximised ».

¹⁶¹ Il faut toutefois souligner la particularité des pouvoirs attribués au Conseil conjoint mis en place par l'accord UE – Cariforum. Celui-ci détient en effet le pouvoir général, selon l'article 229 de l'accord, de prendre des décisions concernant toutes les matières couvertes par l'accord.