

« Nouveau CETA » ou mystification ?

Décryptage du « paquet » CETA signé le 30 octobre

Le 17 octobre, la Belgique faisait part de son incapacité d'approuver le CETA lors du Conseil des ministres de l'UE prévu le lendemain à Luxembourg. La Wallonie, l'une des composantes de la Fédération de Belgique, refusait de donner son accord à la signature du traité par son gouvernement fédéral, comme la Constitution l'y autorise pour tout accord international. S'engagèrent alors des pourparlers marathon pour anéantir le Non des Wallons, porté par un certain Paul Magnette jusqu'alors inconnu hors des frontières de sa province.

L'UE et le Canada ont finalement signé le CETA le 30 octobre à Bruxelles, avec quelques jours de retard sur la date prévue.

Et tout le monde avait intérêt à présenter le compromis trouvé le 26 octobre entre les protagonistes comme une victoire. Les Wallons, qui ont véritablement cherché l'amélioration du traité, et dont l'administration en place a jeté toute sa crédibilité dans la bataille, la Commission européenne, qui a pris la mesure de l'opposition populaire au texte du traité, et avait intérêt à toute opération de légitimation de dernière minute, les États membres partisans du traité, pressés de le signer...

Qu'importe le réel, et notamment le fait qu'aucune renégociation du texte lui-même n'ait eu lieu, ou que le traité n'a pas changé d'un pouce sur le fond... le temps était venu du « Nouveau CETA » !

« Nouveau CETA », vraiment ? L'AITEC s'est plongé dans le paquet des documents, et propose leur décryptage. Qui pulvérise tout simplement le mythe.

Qu'est ce qui a été signé le 30 octobre ?

Le texte du CETA

- 1600 pages : [l'accord lui-même](#) compte 230 pages, en 30 chapitres.
- Le reste se compose [d'annexes](#) (détail des lignes tarifaires et des engagements de libéralisation, règles sanitaires et phytosanitaires applicables, procédures de vérification, détails et engagements sur la mobilité professionnelle, listes des autorités concernées par les engagements dans le domaine des marchés publics, listes des indications géographiques, réserves aux engagements de libéralisation des services, notamment).

De quoi s'agit-il ?

- supprimer un maximum des droits de douane restant sur les produits agricoles et industriels,
- approfondir l'ouverture des marchés publics pour les entreprises de l'autre partie,

- renforcer la protection des investissements des entreprises européennes et canadiennes, et faire respecter les « droits de propriété intellectuelle » des producteurs agricoles et industriels,
- limiter les obstacles techniques et réglementaires au commerce dans de multiples domaines tels que la sûreté alimentaire, l'usage des produits chimiques dans l'agriculture, l'alimentation ou les produits cosmétiques, la certification et les labels, les procédures douanières et comptables, les inspections sanitaires...

Toutes les analyses du texte publiées depuis 2014 montrent ¹ :

- les risques directs qu'impliquent les dispositions d'accès au marché en particulier dans le secteur agricole²,
- l'engagement de l'UE et de ses États membres dans un processus de libéralisation irréversible, organisé de la façon la plus opaque possible (liste négative)³,
- l'absence de protection sérieuse de secteurs stratégiques pour l'intérêt général dans le domaine des services,
- le renforcement des contraintes qui pèseront sur les municipalités et collectivités territoriales souhaitant inscrire leurs politiques d'achat public dans une stratégie de développement local⁴,
- la multiplicité des clauses, parfois très inoffensives à première vue, qui vont affecter l'organisation des processus réglementaires aux plans communautaire et national,
- l'absence de réforme sérieuse du dispositif de règlement des différends Investisseur-État, et les dangers que représentent les dispositions de protection de l'investissement pour le droit à réguler des États⁵,
- que les objectifs de facilitation du commerce et de compétitivité éclipsent entièrement les préoccupations sociales, environnementales/climatiques, au respect desquelles n'est attribué aucun instrument juridique véritablement efficient⁶.

L'instrument interprétatif conjoint – IIC

Lors de la Convention du parti social-démocrate allemand (SPD), organisée en septembre 2016, son leader Sigmar Gabriel avait invité les Commissaire Malmström et ministre Freeland à y intervenir. L'objectif était de convaincre les membres du parti d'apporter leur soutien au CETA, hautement controversé en Allemagne.

Face aux réticences des syndicats allemands⁷ et d'une partie du SPD, celles-ci s'étaient engagées à produire une déclaration d'interprétation contraignante qui permettrait de répondre à leurs craintes et d'apporter des éléments précisant les dispositions du traité en cas de contentieux futur.

Les syndicats visaient plusieurs objectifs en particulier : limiter les risques du chapitre 8 sur l'investissement, garantir la protection des services publics, renforcer les mesures des chapitres 22, 23 et 24 traitant du droit du travail et de l'environnement, et réaffirmer le principe de précaution.

[Le document final](#), après plusieurs versions successives, nécessaires pour gagner le soutien des États membres, compte 11 pages, réparties en 14 points, plus un tableau associant les points aux articles du traité qu'ils concernent.

Le texte ressasse le boniment échafaudé depuis deux ans face aux critiques des citoyens, des parlementaires, des universitaires et chercheurs ou encore des magistrats de part et d'autre de l'Atlantique.

L'Instrument d'interprétation conjoint engage l'UE et le Canada. Il est contraignant dans le sens où il constitue partie intégrante de l'accord, il a valeur légale en droit international, engage pleinement les parties et son non-respect constitue formellement une violation de l'accord.

1 Voir notre rapport *Le TAFTA avant l'heure : tout comprendre au traité UE-Canada*, publié en avril 2016, ici <http://aitec.reseau-ipam.org/spip.php?article1547> ou encore, en anglais, *Making sense of CETA*, rapport collectif, téléchargeable ici <https://www.tni.org/en/publication/making-sense-of-ceta-2nd-edition>

2 http://www.amisdelaterre.org/IMG/pdf/note_ceta_agri.pdf

3 https://www.collectifstoptafta.org/IMG/pdf/ceta-ttip_public_services-fr-print.pdf

4 http://aitec.reseau-ipam.org/IMG/pdf/tafta_ceta_un_cadeau_empoisonne_pour_les_marches_publics_.pdf

5 http://aitec.reseau-ipam.org/IMG/pdf/l_jsds_mort_vivant.pdf

6 <http://aitec.reseau-ipam.org/spip.php?article1583>

7 Voir http://www.s2bnetwork.org/wp-content/uploads/2016/11/ceta_amendement_DGB.pdf

L'inclusion de la référence à la Convention de Vienne sur la loi des traités (CVLT) apporte un « plus » par rapport à la version initiale de la Déclaration interprétative conjointe datée du 6 octobre. Elle inclut en effet légalement l'IIC au « contexte » qui devra être pris en compte dans l'interprétation du traité en cas de contentieux. Elle ne permet pas à elle seule de rendre le texte applicable pour autant⁸.

De fait l'efficacité légale de l'IIC est très relative. La portée juridique réelle d'un texte **réside dans la précision de ses formulations**. Il doit référer aux notions juridiques précises qui sont dans le texte initial, et spécifier leur signification au juge des contentieux futurs que la disposition pourrait fonder. De ce point de vue là encore, la version proposée à partir du 22 octobre constitue un progrès dans le sens où elle établit précisément la liste des articles concernés par l'IIC. Toutefois, l'IIC ne clarifie pas vraiment chacune des dispositions listées et la manière dont il convient de l'interpréter. Il en reste au plan général, à répéter les grandes intentions qui ont prétendument guidé la rédaction du dit texte et à réaffirmer leur innocuité.

Du reste les notes interprétatives ne modifient pas les traités internationaux auxquels elles sont adjointes. Elles en précisent des éléments, orientent les juges en cas de contentieux. Mais un instrument, note, déclaration ou notice, ne peut corriger les défaillances et les dangers du texte initial du traité.

Dans un langage dépourvu d'impact juridique effectif, la déclaration tant attendue n'aura donc pour effet que celui qu'ont les promesses et les incantations : renforcer la conviction de ceux qui les énoncent. Mais face à un juge, elle aura l'efficacité légale d'un prospectus publicitaire.

Ce qui n'a pas été signé par le Canada mais fait partie du « package »

Les Belges n'étaient pas les seuls à questionner le contenu et les modalités opératoires du traité. Plusieurs parlements avaient voté des résolutions, critiquant notamment l'application provisoire et son absence de clarté. D'autres avaient identifié des questions sectorielles préoccupantes : l'eau, les indications géographiques, les services publics...

Afin de gagner le soutien de tous les États-membres en amont de la signature à l'arraché du 30 octobre, l'élaboration de plusieurs autres textes a donc été nécessaire. Ceux-ci forment un ensemble de déclarations unilatérales de l'UE, dont l'accord intra-belge ayant permis la levée du veto wallon.

Un ensemble de déclarations unilatérales de la Commission, du Conseil et/ou des États membres, annexé à la Décision du Conseil sur le traité

- Il s'agit d'un [document de 30 pages](#), en 36 points, qui mêle réaffirmations et explications de certains aspects du traité, et déclarations de certains États membres quant à leurs préoccupations, procédures propres ou demandes.
- L'inclusion du document en annexe de la décision du Conseil lui donne théoriquement un poids légal en droit de l'UE. Il n'engage toutefois que l'UE et ses membres, et pas le Canada. C'est donc un document unilatéral, qui ne comporte aucun mécanisme d'application et de suivi précis.

L'accord intra-belge

C'est un [document de 4 pages](#), construit sous forme de tableau, qui a fuité dans la presse à l'annonce de l'accord le jeudi 26 octobre. C'est sur la base de ce texte que la Wallonie a autorisé le gouvernement fédéral belge à signer le CETA.

⁸ Voir l'analyse détaillée de Gus Van Harten, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2850281

Il s'agit d'un document politique, qui ne comporte aucune formulation juridique précise. Il prend tout simplement note des points d'accord trouvés entre les entités belges fédérées, le gouvernement fédéral et l'UE sur une liste de sujets : arbitrage d'investissement, mesures de sauvegarde agricole, modalités de ratification et compétences des entités fédérées, normes sociales, environnementales ou sanitaires, coopération réglementaire et modalités belges de sa mise en œuvre...

Il a été annexé à la Décision du Conseil, il a donc valeur d'engagement légal pour la Belgique et l'UE. Il a surtout vocation à fixer une « photographie » du compromis trouvé entre toutes les parties belges de la discussion.

Dans l'ensemble, il ne comporte aucune mesure nouvelle. La principale nouveauté concerne l'annonce par la Belgique de son intention de saisir la Cour de justice de l'UE sur la compatibilité du mécanisme de règlement des différends Investisseur-État avec les traités européens. Il rappelle aussi la compétence de ratification pleine et entière de toutes les entités fédérées de Belgique, dont un refus de ratification conduirait donc à la fin de l'application provisoire et au rejet du traité.

Le « nouveau CETA » n'existe pas. Et pour cause : changer le CETA, et construire avec le Canada un accord de commerce véritable juste et durable exigeait de repenser le traité lui-même. Aucune annexe ou texte complémentaire ne peut transformer le sens juridique de 1600 pages vouées à toujours plus de libéralisation des échanges.

Le CETA signé le 30 octobre demeure ce que les négociateurs, les États membres et le gouvernement canadien ont voulu qu'il soit : l'instrument offert aux lobbies industriels et financiers pour leur permettre de réécrire nos lois, nos normes et nos réglementations, au détriment des consommateurs, usagers ou travailleurs comme à celui de notre planète.

Mythe	Réalité	Les micro-acquis des nouveaux textes
La Belgique va saisir la Cour de Justice de l'UE sur la compatibilité du mécanisme d'arbitrage avec les traités européens.	C'est vrai. Et c'est le seul véritable scoop produit par ces dix jours de tractations.	
L'application provisoire s'achèvera dans les pays où échoue la ratification nationale	L'article 30 .7 du traité le permettait déjà.	La Cour constitutionnelle fédérale allemande a demandé à Berlin de le faire expliciter dans les documents de décision du Conseil, afin que l'Allemagne puisse effectivement « sortir » du CETA sans délai si une décision de justice l'exigeait.
« L'arbitrage remplacé par une cour publique »	Les textes ne changent rien au mécanisme de règlement des différends proposé dans le chapitre 8 du traité, qui crée un mécanisme arbitral permanent . Aucune magistrature n'est créée, les arbitres conservent leurs activités professionnelles régulières et sont partiellement payés par les parties en conflit. L'UE et le Canada promettent de travailler « rapidement » à une proposition de Cour multilatérale sur l'investissement, qui poserait de nombreux problèmes si elle s'inscrit dans la continuité de la seule proposition ayant jamais existé sur ce plan : l'Accord multilatéral sur l'investissement, ou AMI ⁹ .	Les États membres pourront proposer des noms pour la liste des arbitres qui seront finalement retenus. Les coûts seront réduits pour que les PME et les investisseurs individuels aient plus de chances d'y accéder.
« Le droit à réguler des États est protégé »	Aucune politique publique (non-commerciale) n'est explicitement interdite par le traité. Le risque réside dans la possibilité de poursuites d'investisseurs .	Aucun

9 Voir par exemple <https://www.tni.org/es/node/9545> pour comprendre l'AMI.

	Contre cela les textes additionnels ne changent rien. Les normes qui protègent les investisseurs ne sont pas modifiées et aucun secteur d'intérêt général n'est sanctuarisé.	
« Pas de cheval de Troie pour les entreprises américaines »	Les entreprises américaines qui ont des filiales ayant des activités effectives (soit la plupart d'entre elles) au Canada pourront utiliser le mécanisme d'arbitrage. Le texte du CETA était déjà explicite à cet égard.	Aucun
« Sauvegarde des services publics »	Les services publics fournis dans le cadre d'un monopole public d'État étaient déjà exclus du champ du traité. Les risques concernent tous les services d'intérêt général fournis dans un cadre concurrentiel : transports publics, télécommunications, services postaux, services sociaux et de santé hors système public, protection et gestion de l'environnement, services culturels non audio-visuels... Ceux-ci devront être ouverts aux entreprises canadiennes, sauf réserve explicite.	Aucun.
« Nouvelles sauvegardes pour l'agriculture »	Le traité initial comportait déjà deux clauses de sauvegarde référant aux articles XIX (risque économique) et XX (risque sanitaire ou environnemental) de l'Accord du GATT de l'OMC. Les textes additionnels se bornent à les réaffirmer.	La Belgique va définir les seuils d'activation de ces mécanismes de sauvegarde a priori, pour en faciliter la mise en œuvre.
« Qualité de l'alimentation assurée »	Le traité n'a jamais exigé l'acceptation des viandes traitées aux hormones de croissance ou rincées chimiquement, ni d'OGM non autorisés en Europe. Le risque se pose à long terme , en raison des mécanismes de coopération réglementaire et de la pression des lobbies agro-industriels, qui répètent publiquement leur impatience.	Aucun.
« Plus d'indications géographiques »	Le traité prévoyait déjà que la liste des Indications géographiques pourrait être complétée dans le futur sur demande des États membres.	Aucun
« Développement durable, droits sociaux et environnementaux »	Le traité comportait déjà trois chapitres consacrés à ces questions,	Aucun

<p>contraignants »</p>	<p>tous dépourvus d'efficacité légale, et sans qu'aucune disposition spéciale ne soit prévue pour sanctuariser des politiques publiques pour le climat, la biodiversité ou la protection des travailleurs face aux contraintes du droit commercial.</p>	
	<p>L'interdiction du dumping social et environnemental se trouvait déjà dans le traité, aux chapitres 23 et 24.</p>	<p>L'Instrument interprétatif conjoint précise que des mesures de réponse à d'éventuelles pratiques de dumping seront acceptables même si elles ne sont pas conformes au traité (limitations fortes des importations d'un produit, blocage pur et simple).</p>
<p>« Des garanties sociales et environnementales dans nos marchés publics »</p>	<p>Le texte du CETA est conforme à la Directive européenne sur les marchés publics, qui prévoit bien la possibilité d'introduire des critères sociaux et environnementaux dans les appels d'offres, depuis 2014. Le problème de la libéralisation des marchés publics réside en réalité le renoncement à utiliser les marchés publics comme éléments de politiques de l'emploi dans les territoires.</p>	<p>Aucun. Le traité continue d'interdire l'introduction des critères de localisation sous quelque forme qu'ils soient.</p>

A entendre les signataires du traité, plus aucun des problèmes posés depuis deux ans par les citoyens et les sociétés civiles, et plus aucune des insatisfactions wallonnes, n'ont désormais raison d'être. Le tour de force est d'autant plus remarquable que même Juncker s'en félicite : le texte du traité lui-même n'a pas changé d'un cheveu !

Mais qu'importe, la satisfaction est unanime. Tout est réglé, les incertitudes clarifiées, les insuffisances comblées et les injustices résorbées ; le CETA est véritablement l'accord commercial le plus progressiste de l'Histoire.

L'analyse attentive des documents démontre l'inverse. L'empilement de textes, déclarations, instruments n'y fait rien. Le CETA est intact, son potentiel de nuisance est entier, et aucune question n'est réglée.

Démonstration en 9 points

« Le CETA ne comporte plus d'arbitrage privé mais une cour publique »

Le chapitre 8 du CETA, qui organise le « système juridictionnel sur l'investissement », ou « ICS », anciennement dénommé ISDS (Investor State Dispute Settlement), n'a pas changé d'une virgule et les dispositions de l'Instrument interprétatif conjoint n'y ajoutent presque rien.

Le problème initial du CETA

Le chapitre « Investissement » du traité UE-Canada comprend un mécanisme de règlement des différends Investisseur-État, qui permet à une entreprise de poursuivre un gouvernement devant une juridiction arbitrale lorsque celui-ci a pris une décision légale ou réglementaire que l'investisseur estime constituer une violation des protections dont il bénéficie grâce au traité¹⁰. Problèmes :

- Les entreprises sont les seules à pouvoir poursuivre les États.
- Le mécanisme échappe aux juridictions locales, et repose sur des experts « arbitres », au nombre de 15, qui ne sont pas des magistrats publics mais des experts extérieurs. Ceux-ci sont appointés sous statut indépendant, et d'astreinte pour 5 ans (6 ans pour la première série de 15), mais ne peuvent pas être considérés comme des juges. Ils seront appelés à siéger par trois en cas de litige.
- Ces arbitres demeurent partiellement payés par les parties au différends jugé. Ils n'ont aucune interdiction d'agir comme avocats ou conseils (hors arbitrage d'investissement) tout au long de la procédure, et n'ont pas non plus interdiction d'être arbitres dans des poursuites d'investisseurs lancées hors CETA. Ils pourront donc se trouver en situation de conflit d'intérêt.
- Le Code de conduite qui sera appliqué à ces arbitres n'est pas rédigé pour l'heure, qui sait quelles règles exactes s'y trouveront in fine ? Les codes de conduite existant dans l'Union européenne n'apportent du reste aucune garantie ; le comité d'éthique imposé aux Commissaires de l'UE a récemment accepté le recrutement de l'ex-Président de la Commission Barroso par Goldman Sachs, sans voir de problème dans le cumul de sa rémunération avec ses indemnités de retraite.
- Le mécanisme d'appel promis n'est pas formellement créé par le texte alors que c'est un élément

¹⁰ Pour une analyse détaillée du Mécanisme de règlement des différends Investisseur-État, voir http://aitec.reseau-ipam.org/IMG/pdf/l_isds_mort_vivant.pdf ou http://aitec.reseau-ipam.org/IMG/pdf/rapport_ceta_marchander_la_democratie.pdf, études publiées conjointement avec des dizaines d'organisations de la société civile européenne.

fondamental pour garantir l'équité d'une procédure.

- Ce fonctionnement, voisin de celui de l'OMC¹¹, fait la part belle aux arbitres internationaux les plus réputés, parmi l'élite desquels Canadiens et Européens sont particulièrement bien représentés.

Si la substance normative qui sera interprétée par les arbitres relève bien du droit public, dans le texte du CETA la juridiction demeure arbitrale, de la même manière que tous les panels d'arbitres constitués ad hoc depuis un siècle.

Il ne s'agit donc en aucun cas d'une « cour publique », mais d'une instance arbitrale permanente.

Qu'apportent les nouveaux textes ?

Deux choses, qui ne font que prolonger des éléments qui figuraient déjà dans le traité :

- **Une définition de la liste des arbitres habilités** : Le texte initial du CETA prévoyait que le « Comité conjoint du CETA », instance de supervision de la mise en œuvre du traité, définisse la liste des 15 arbitres, par consensus. La Déclaration annexe à la décision du Conseil précise que la moitié de ceux-ci seront nommés de concert par la Commission et le Conseil européen, soit les États membres, qui pourront proposer des candidats. Les États membres n'étaient pas formellement impliqués dans ce processus jusqu'alors.
- Les promesses de la Commission concernant **l'accès des PME** au système de règlements des différends Investisseur-État (Déclarations annexées à la décision du Conseil, p.31) confirment les dispositions de l'article 8.39.6, qui visent à limiter la part des coûts de procédures qui devrait être assumée par l'investisseur plaignant lorsque celui-ci est débouté de sa demande dans le cas où c'est une PME ou un particulier.

La Commission ouvre en outre (petite nouveauté) la possibilité de mécanismes de co-financement et d'assistance technique pour les PME souhaitant recourir au dispositif d'arbitrage. Si la possibilité de financement tiers est déjà inscrite dans le traité (article 8.26) dès lors qu'elle est notifiée, et que la proposition de novembre 2015 pour le TTIP développe plusieurs idées (limitation des procédures dans le temps pour réduire le coût, réduction du panel à un seul « juge », notamment), la Commission n'avait encore jamais fait cette proposition formellement.

Mais dans les deux cas, les propositions sont plutôt de nature à accroître le risque de recours inconséquents.

Ce qui n'apporte rien

En dehors de ces deux aspects, l'IIC et les déclarations annexes n'apportent aucun élément nouveau et la Commission semble surtout essayer de se convaincre elle-même. En effet les textes relèvent principalement d'assertions performatives et de promesses générales.

La seule manière satisfaisante de garantir le « droit à réguler » des États aurait été de lister très précisément, en termes légaux, les domaines de politiques publiques dans lesquelles les poursuites investisseurs-État seraient désormais prohibées. Le Parlement européen l'a proposé par exemple en décembre 2015 lorsqu'il a voté une résolution appelant à exclure explicitement les politiques publiques de réduction des émissions de gaz à effet de serre du champ du chapitre Investissement. A défaut, le passage n'apporte ni n'enlève rien au texte, et les dangers restent entiers.

Aucun des deux documents ne restreint les notions problématiques de « traitement juste et équitable » ou d'« expropriation », alors que celles-ci, interprétées de façon extensive par les arbitres, peuvent justifier à peu près n'importe quelle poursuite.

Les syndicats allemands et certains officiels wallons proposaient que les standards de protection se limitent à la non-discrimination – cette demande n'a pas du tout été entendue.

La possibilité pour les Parties d'établir des notes d'interprétation contraignantes figure déjà dans le traité lui-même. C'est d'ailleurs une possibilité qui est offerte par la plupart des accords bilatéraux de commerce ou d'investissement contemporains, de même que par le droit international (Convention de Vienne sur

11 Pour en savoir plus, voir https://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/disp1_f.htm

l'interprétation des traités).

Les « notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11 » de l'ALENA, formulées par les trois parties signataires du traité (Canada, Mexique et USA) sont loin d'avoir bouleversé la jurisprudence arbitrale : mal accueillies par la communauté de l'arbitrage, sources de controverses nombreuses, elles n'ont jamais pesé de façon contraignante et précise.

La création ultérieure du Code de conduite des arbitres, du mécanisme d'appel et de ses règles précises, ou encore l'absence de clarté quant aux modalités de choix des membres du « tribunal » posent justement problème. Ce sont des éléments que les gouvernements et les législateurs devraient avoir précisément clarifiés avant de prendre la moindre décision sur le traité, car c'est ce qui garantit l'indépendance et l'impartialité du dispositif.

De ce point de vue aucun des textes ne change quoi que ce soit.

La Belgique s'est targuée d'avoir obtenu que les dispositions relatives au règlement des différends Investisseur-État soient exclues du champ de l'application provisoire du traité¹², et qu'elles doivent attendre les ratifications nationales pour être activées. Mais cela faisait déjà partie du consensus forgé au Conseil depuis la réunion des ministres du commerce de Bratislava.

Le compromis du 26 octobre ne résout donc en rien la question posée depuis deux ans : la création d'une juridiction arbitrale au seul bénéfice des multinationales, qui se voient accorder des droits substantiels dont les catégories sont entièrement subjectives, laissées à l'interprétation d'arbitres ne répondant pas aux critères d'impartialité et d'indépendance minimaux.

La promesse d'une Cour multilatérale sur l'investissement : une bonne nouvelle ?

Dans l'arsenal des annonces à peu de frais faites par l'UE ces derniers jours, on trouve la promesse de travailler à la création d'une Cour multilatérale sur l'investissement.

La Commission et le Conseil ont conjointement répété leur souhait d'inscrire le Système juridictionnel sur les investissements (le mécanisme d'arbitrage du CETA) dans la perspective de la création, à plus long terme, d'une telle Cour, qui viendrait alors remplacer le système bilatéral UE-Canada. Et la Belgique s'en est félicitée.

Faut-il s'en réjouir ?

L'idée d'une telle cour se trouvait déjà dans le projet d'Accord multilatéral sur l'investissement, porté par l'OCDE et finalement fusillé par la France en 1998, à l'issue de mobilisations internationales sans précédent. La proposition comportait des dispositions substantielles (les normes de protection des investisseurs) et prévoyait deux mécanismes juridictionnels, l'un État-État, l'autre Investisseur-État, tous deux fondés sur l'arbitrage, à partir d'une liste (pour le système étatique) et incluant des individus extérieurs à la liste pour le système Investisseur-État.

La promesse de l'UE et du Canada pourrait-elle ressortir l'AMI de sa tombe ? C'est un risque alarmant, que pourrait pourtant bien légitimer le dernier épisode de tractations autour du CETA, et l'acclamation unanime de son résultat.

Mais les multinationales doivent-elles bénéficier des juridictions d'exception dont elles auront le monopole de la saisine ? Les juridictions publiques internationales existantes présentent-elles de telles défaillances qu'elles ne peuvent s'y soumettre une fois les recours locaux et régionaux épuisés ? Alors que les négociations internationales pour un traité international réglementant l'activité des entreprises transnationales n'avancent que péniblement, faut-il vraiment que l'UE dédie son énergie et ses moyens à la négociation d'un nouvel instrument protégeant les multinationales ?

Le recours aux tribunaux nationaux doit absolument demeurer la règle générale. Dans les cas où ceux-ci ne remplissent pas toutes les garanties d'indépendance ou d'impartialité, il existe des juridictions

¹² <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10974-2016-INIT/en/pdf>

internationales universelles, par exemple la Cour européenne des droits de l'Homme, accessible à des entreprises et des investisseurs, ou encore la Cour internationale de justice où des États pourraient exercer leur protection diplomatique et initier un contentieux avec l'État hôte. Il existe même des systèmes d'assurance privées qui couvrent les risques pour des investissements entrepris dans des pays jugés plus risqués sur le plan politique et institutionnel.

« Pas de cheval de Troie pour les multinationales américaines »

Aucun des documents additionnels « obtenus » par la Wallonie ne change le texte du CETA, qui laisse la porte grande ouverte aux entreprises américaines disposant d'une filiale au Canada.

Le problème initial du CETA

Du fait de l'interconnexion des économies canadienne et américaine, 81 % des entreprises américaines présentes en Europe auraient désormais accès au mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États du CETA, via leurs filiales au Canada. Cela représente 41 811 entreprises américaines dotées de nouvelles possibilités d'attaquer des lois et réglementations dans les États membres de l'UE.

Ce qu'apporte le « package »

Rien.

Les éléments redondants

La Belgique revendique d'avoir obtenu des garanties nouvelles qui décourageront l'usage du mécanisme d'arbitrage présent dans le CETA par des entités opportunistes n'ayant pas d'activité économique réelle dans le pays.

Mais une protection contre les entreprises « boîtes aux lettres » se trouvait déjà dans le traité (article 8.1 (iii,a)). L'IIC ne fait que le rappeler dans son point 6.d. Les Déclarations annexées à la décision du Conseil se bornent à préciser ce que signifie l'expression « activités économiques substantielles » utilisée dans le traité, en renvoyant à la définition proposée dans l'accord de l'OMC sur le commerce des services.

Cible manquée...

Le texte du CETA ne règle en rien le problème de toutes les vraies filiales canadiennes d'entreprises américaines, qui auront accès au mécanisme juridictionnel en question. La grande majorité d'entre elles, en effet, ont des activités économiques « substantielles », et peuvent démontrer des liens continus avec l'économie locale. Faute de clarification supplémentaire dans le texte du traité, la possibilité existe que toutes ces entreprises saisissent le mécanisme arbitral du CETA, rendant ainsi le TAFTA inutile. C'est un risque énorme.

« Les États pourront améliorer leurs normes sociales et environnementales, sans payer d'indemnités »

La capacité des États à réguler reste conditionnée à l'interprétation arbitrale et à la force de pénétration des lobbies industriels et financiers dans nos circuits décisionnels. Aucun document nouveau n'y change quoi que ce soit.

Le problème fondamental

Si aucune disposition du traité n'interdit explicitement à un gouvernement d'améliorer l'une ou l'autre de ses lois, règles ou normes dans des domaines tels que la santé, l'environnement, la sécurité publique... et ni ne le conditionne au paiement d'indemnités, le CETA pose plusieurs problèmes majeurs :

- Rien n'empêchera une entreprise d'attaquer via le mécanisme d'arbitrage Investisseur-État, et de tenter de faire pression sur le dit gouvernement. Certes rien n'assure que cette entreprise sera entendue par le panel d'arbitrage saisi du différends, mais les coûts et les difficultés engendrées par la procédure sont en réalité dissuasifs en tant que tels. Nombre de cas se soldent en outre par des arrangements secrets : l'État n'est pas formellement enjoint d'indemniser, il minimise la publicité négative autour de l'affaire et accepte une somme qu'il anticipe inférieure à celle dont il devra s'acquitter s'il va au terme de la procédure.
- Aucune nouvelle limitation stricte par secteur ou par objectif politique n'étant formulée, toute mesure peut être attaquée sur le fondement des protections définies des articles 8.4 à 8.14. Seules les mesures visant à assurer la stabilité financière sont régies par des règles différentes, qui prévoient qu'à défaut de consensus entre les parties, un gouvernement devra prouver le caractère d'utilité publique des telles mesures en cas de contentieux initié par une banque ou un fonds d'investissement affecté par celles-ci. L'issue d'un potentiel contentieux est alors soumise aux arbitres qui seront saisi du cas, et à leur interprétation.
- Les dispositifs de coopération réglementaire offriront aux lobbies industriels et financiers l'espace pour accroître leurs pressions sur les institutions régulatrices européennes ou nationales. Le Forum de coopération réglementaire permet la participation potentielle de ces lobbies aux réunions de travail et aux multiples comités qui seront constitués ou saisis des différents dossiers par le FCR, dans la plus grande opacité. Le processus ne fait l'objet d'aucun contrôle par les instances élues.

Ce qui est nouveau dans le package sur ce sujet

Rien.

Ce qui est redondant

Les trois documents ne définissent aucune protection nouvelle pour les législateurs européens.

L'IIC établit une liste indicative des secteurs dans lesquels les parties conservent leur droit « à adopter et à appliquer leurs propres dispositions législatives et réglementaires destinées à réglementer les activités économiques dans l'intérêt public » : sont mentionnés « la protection et la promotion de la santé publique, des services sociaux, de l'éducation publique, de la sécurité, de l'environnement et de la moralité publique, la protection sociale ou des consommateurs, la protection des données et de la vie privée, ainsi que la promotion et la protection de la diversité culturelle ». La formule n'est pas plus précise que l'article 8.9(1) du traité lui-même, identique si ce n'est que la protection des données personnelles et de la vie privée a été rajoutée.

L'IIC aurait été utile s'il avait explicitement exclu ces différents secteurs du champ d'application des dispositions contentieuses du traité, purement et simplement. Cette liste est en outre insuffisante : les politiques de l'emploi (salaires minimums, obligations sociales des entreprises), la fiscalité, les protection des droits humains par exemple auraient pu en faire partie.

Dans de tels cas, seules des juridictions publiques pourraient être saisies d'un contentieux. A défaut, seuls les

motifs de déni de justice ou de discrimination pourraient fonder un tel contentieux, excluant ainsi les notions de « traitement juste et équitable » et d'« attentes légitimes », qui sont au cœur des poursuites le plus souvent. Mais en l'état, l'IIC n'apporte aucun élément de plus que le texte du traité.

De même la mention « volontaire » de la coopération réglementaire a toujours été explicitement établie au chapitre 21 du traité, mais cela ne constitue pas une protection.

Les entités fédérées de Belgique réaffirment leur détermination à soumettre l'engagement de toute procédure de dialogue réglementaire tel qu'organisé par le chapitre 21 à leurs Parlements respectifs dès lors que cette procédure concernera des domaines relevant de leurs compétences. Elles ont raison de rappeler leurs droits constitutionnels, mais cela ne répondra pas aux problèmes posés précédemment.

L'article 21.6 stipulait déjà que le Forum de coopération réglementaire serait composé de représentants officiels des régulateurs de chacune des parties, donc bien des représentants publics. En revanche des invités extérieurs pourront participer aux réunions du dit Forum selon les sujets, sur consentement des parties, c'est prévu par l'alinéa 3 (article 21.6.3). Invités extérieurs dont la liste risque fort de voisiner avec le répertoire des lobbies industriels et financiers inscrits à Bruxelles.

Mais aucune précision nouvelle n'est fournie sur les modalités de saisine du Forum de coopération réglementaire, sur le contrôle continu de son travail ou sur la réglementation stricte de l'accès des lobbies industriels à ses réunions.

Revendiquer la protection du « droit à réguler » des États est un vœu pieux dans ces conditions. Les entreprises, groupes d'intérêt privés, cabinets de relations publiques et organisations professionnelles ou/et industrielles exercent déjà une influence énorme et problématique sur les décisions publiques européennes, sans aucun contrôle sérieux. Les régulateurs eux-mêmes sont parfois pris en flagrant délit de conflits d'intérêt.

Aucun document nouveau n'y change quoi que ce soit.

« Sauvegarde des services publics et des acquis sociaux »

Si le traité ne force pas formellement à la libéralisation des services publics (au sens classique du terme), il fragilise à long terme la capacité des gouvernements de réglementer la fourniture de nombres de services d'intérêt général qui comportent une dimension marchande, quand bien même ils exercent des activités d'utilité publique ou de péréquation sociale ou territoriale.

Or tous les éléments revendiqués par l'UE et la Belgique comme des améliorations du traité n'en constituent pas. Tout était déjà dans le texte.

Les problèmes initiaux du traité

Aucune disposition du traité n'exige formellement ni la privatisation, ni la libéralisation des « services publics ». Mais le traité recèle nombre de menaces pour nombres de services d'utilité publique, à partir du moment où ceux-ci sont fournis dans un cadre tout ou partiellement marchand.

- Les « réserves » sont formulées sous forme de liste négative, et limitent de facto la possibilité de reprendre le contrôle futur d'un service qui aura ouvert aux entreprises canadiennes.
- Les dispositions sont multiples, éparpillées dans une multitude de chapitres, extrêmement difficiles à comprendre et appliquer. Il est probable que les engagements pris par les États membres ne soient pas réellement maîtrisés.
- L'exception horizontale concernant les « services régaliens » ne concerne en réalité que les services fournis dans le cadre exclusif de l'État et par des administrations nationales de droit public.

Nombres de secteurs vulnérables aux multinationales ne sont pas exclus : assainissement des eaux usées, gestion des déchets, électricité, énergie et mines (dans certains pays), télécommunications, internet et NTIC notamment, qui peuvent pourtant comporter des dimensions d'intérêt général voire de service public.

Dans ces domaines :

- les dispositions substantielles et normatives du chapitre 8, dont le règlement des différends, valent pour les investissements déjà établis,
- les dispositions du chapitre 12 (objectivation et transparence pour toutes les attributions de licence et autorisations d'activités) s'appliquent et sont opposables via le chapitre 8.

Prenons l'exemple des mutuelles, que le Parlement wallon avait identifié comme sensible. En réalité l'article 13.2.5 (dans le chapitre sur la libéralisation des services financiers) exclut les mesures nouvelles ou existantes qui concernent des services intervenant dans le cadre d'une protection sociale obligatoire, comme c'est le cas des fonds mutualistes belges, qui agissent en intermédiaire obligatoire entre les individus et la sécurité sociale belge. En revanche cette exception ne s'applique pas si le secteur est déjà libéralisé et connaît des concurrents, qu'ils soient publics ou privés.

Concernant la culture, certains aspects des services ne sont pas du tout protégés de la libéralisation car ils sont considérés comme marchands, la billetterie de spectacles, la production de spectacles vivants, la gestion de salles de concert, spectacles, cinéma, ou encore la presse, notamment, qui sont des instruments indispensables pour assurer diversité culturelle et accès universel. L'UE a établi une réserve qui lui laisse la possibilité de prendre des mesures de réglementation un jour. Mais le secteur ne fait pas l'objet d'une exception à proprement parler.

Les garanties nouvelles

Aucune.

Les réserves n'ont pas été reformulées en listes « positives » comme le demandait le Parlement wallon ou les syndicats. Les services qui ne sont pas administrés directement par l'État ne bénéficient d'aucune protection supplémentaire, même s'ils sont déterminants pour l'intérêt général.

A défaut, aucune exception nouvelle pour les « services d'utilité publique » n'a été ajoutée et la liste des réserves des annexes I et II n'a pas été révisée pour permettre aux Wallons de faire valoir leurs demandes.

Ce qui n'apporte rien

Tous les éléments revendiqués par l'UE et la Belgique comme des améliorations du traité se trouvaient déjà assurés avec le texte du traité lui-même.

L'IIC comporte une section spécifique sur les « services publics » qui précise :

- que chaque État membre décide de ce qu'il considère comme « service public », entendu comme un service fourni dans le cadre de l'action de l'État. Éducation, santé publique, services sociaux et logement social ou fourniture de l'eau entrent effectivement dans cette catégorie.
- qu'aucune privatisation ou libéralisation n'est obligatoire a priori. En effet, et le traité ne l'impliquait pas.
- qu'il sera toujours possible d'élargir la gamme des « services publics » offerts par un gouvernement. Certes : la vraie question réside dans la possibilité de les fournir sans concurrence des entreprises canadiennes aux opérateurs délégués.
- que remettre en régie publique ou ramener un service en fourniture et contrôle publics ne sera pas interdit. Certes, ce sera possible au terme du contrat de concession. En revanche l'expropriation anticipée d'un fournisseur privé de service qui ne remplirait pas la mission de service qui lui a été déléguée s'opérera sous la menace d'une poursuite via le mécanisme arbitral ; une municipalité qui souhaiterait dénoncer la concession d'exploitation d'un parking public ou de la gestion de l'eau, par exemple, parce que l'opérateur n'offre pas un service de qualité ou refuse d'assurer les fonctions « universelles », pourrait être attaquée par l'opérateur au motif qu'elle rompt le contrat avant son terme et qu'elle l'exproprie ainsi de son « investissement ».

Dès lors qu'un service est fourni dans le cadre de l'action de l'État, le chapitre 9 qui organise la libéralisation du commerce transfrontalier des services ne s'y applique pas. C'est à ce cas de figure que s'applique la notion de « service public ».

Mais dès lors qu'un service est fourni dans un cadre concurrentiel, que ce soit par une entité publique ou privée, il est potentiellement concerné par les obligations de libéralisation aux entreprises canadiennes, sauf réserve explicite.

Par exemple :

- aucune réserve n'existe en annexe II, ni pour l'UE ni pour la France (alors que c'est le cas pour l'Allemagne), sur la gestion des déchets industriels ou ménagers, qui est un service public, même s'il est délégué à des acteurs privés sous contrat avec les collectivités publiques. Cela implique que le secteur sera ouvert à la concurrence des entreprises canadiennes.
- La livraison de colis est un service public marchand. En France, il est ouvert à la concurrence d'entreprises privées même si la Poste, établissement de droit privé dont l'État est actionnaire majoritaire, propose elle-même ce service. Aucune réserve n'existant dans le domaine, la France devra théoriquement ouvrir le secteur à la concurrence des entreprises canadiennes.

Les mesures futures dont les États membres pourraient décider et qui pourraient alors contrevenir aux dispositions du traité sont listées en annexe II du traité. Dans cette partie, l'UE a explicitement inscrit « *Dans tous les États membres de l'UE, les services considérés comme des " utilités publiques " à l'échelle nationale ou locale peuvent être considérés comme des monopoles publics ou comme des droits exclusifs conférés à des opérateurs privés* ».

Or la dénomination « utilité publique » qualifie généralement la partie « infrastructure » d'un service, mais ne concerne pas la partie « prestation ». Le problème : dès lors que l'État a déjà libéralisé la partie « prestation » du service concerné, les entreprises canadiennes pourront également s'insérer sur le marché, sauf réserve explicite en annexe II.

La question de l'eau est traitée séparément, mais fait déjà l'objet de spécifications, à la fois dans le texte du traité et dans l'IIC : aucune obligation légale n'est faite aux gouvernements de privatiser, et libéraliser, leurs services de purification et de distribution de l'eau aux usagers. Les problèmes se posent différemment :

- lorsque ces services ont déjà été tout ou partiellement libéralisés, il sera plus difficile de les ramener sous contrôle public.
- Les services d'assainissement et de traitement des eaux usagées ne sont pas a priori couverts par cette exception globale. A moins d'une réserve spécifique des États membres, ils ne sont pas protégés.

De même les « renationalisations » de services ne sont pas interdites par principe par le CETA, ni par le droit commercial en général (elles sont rendues très difficiles par le droit de l'UE cependant). Réaffirmer que le nouveau compromis a permis de remporter cette victoire est une imposture.

En somme aucune protection supplémentaire n'est formulée dans les documents « nouveaux ».

Dans le point 4-1 de l'IIC, la présence d'une liste indicative (éducation, santé publique, logement, eau, services sociaux) de ce que les États membres pourraient considérer comme des services « publics » (fournis dans un cadre d'exclusivité gouvernementale) pourrait même disqualifier ceux qui n'y figurent pas d'y être inclus un jour (transports publics, télécommunications, environnement, services de l'emploi, services de la culture, recherche... En fait le CETA continue d'induire trois menaces majeures :

- l'impossibilité future de fermer un secteur déjà libéralisé aux entreprises canadiennes s'il n'a pas été explicitement listé en annexe,
- A long terme, la pression sur les volets marchands des services d'intérêt général va conduire à la fragilisation des opérateurs historiques qui fournissent des services certes marchands, mais en assurant des conditions d'accessibilité maximale : les fonctions bancaires ou de distribution de courrier de la Banque postale, les fonctions de transport de la SNCF, par exemple. Si certaines entreprises canadiennes peuvent fournir ces services à moindre coût, pourquoi maintenir des opérateurs para-publics ?
- les services qui ne sont pas listés en annexe ne sont pas exclus du champ du mécanisme d'arbitrage. Or le chapitre 12, qui définit les obligations des gouvernements concernant l'attribution des autorisations, licences, concessions... dépossède la puissance publique de sa capacité discrétionnaire, et de la possibilité de faire valoir des choix collectifs motivés par des critères politiques et sociaux.

- La rupture avant terme des contrats de concession de services pourra être considérée comme une expropriation, même si ses motifs sont légitimes. Les nouveaux documents n'apportent aucune protection pour les municipalités ou collectivités publiques.

« Des mesures de sauvegarde nouvelles pour l'agriculture »

Bruxelles prétend avoir fait de nouvelles concessions dans le domaine, en acceptant de nouvelles mesures de « sauvegarde », autrement dit de protection, de l'agriculture européenne en cas de choc provoqué par la libéralisation des marchés, en particulier de la viande.

Le problème initial

Pour l'Union européenne, 92.2% des droits de douane agricoles seront éliminés à l'entrée en vigueur de l'accord. Au bout de sept ans, ce sera le cas de 93,8% d'entre eux.

L'UE s'engage notamment à des quotas d'importation énormes sur la viande bovine et porcine :

- Au total, ce sont près de 65 000 tonnes annuelles de viande qui bénéficieront d'une entrée à droits de douane nuls en Europe. L'ouverture de ces nouveaux contingents pourrait bien fournir l'incitation espérée à la structuration d'une filière de viande bovine « sans hormones » au Canada, qui permettrait aux producteurs canadiens d'en faire usage.
- Le contingent de viande de porc accordé au Canada s'élève à 75 mille tonnes de viande de porc – toujours à 7 ans.

Une clause de statu quo prévoit en outre que ces quantités constituent un plancher, en deçà duquel il ne sera plus possible de descendre.

Une victoire en trompe l'œil

La Belgique réaffirme son droit à utiliser les mécanismes de sauvegardé prévus dans l'accord initial.

- la possibilité d'activer l'article XX de l'OMC, qui autorise des mesures de restrictions aux importations en cas de risque sanitaire, environnemental ou de sécurité publique, entre autres, est déjà assurée par l'article 28.3 du traité.
- l'article 3.4 du traité incorpore l'article XIX de l'OMC, qui prévoit un mécanisme de sauvegarde spéciale en cas de risque majeur de déstabilisation sur un segment de marché, notamment agricole, y compris pour les mesures préférentielles (dont les contingents tarifaires sur la viande de bœuf et de porc).

La petite nouveauté

Des seuils précis d'activation de la clause de sauvegarde, spécifiques à la Belgique, seront définis à l'horizon d'un an.

C'est un élément qui facilitera sans doute l'application des dispositions de sauvegarde du texte. Mais cela peut être vu comme un risque si ces seuils sont considérés définitifs et exclusifs d'autres chocs imprévus.

« Protection des normes sanitaires et de la sûreté alimentaire »

Le CETA lui-même ne prévoit pas explicitement le démantèlement des normes sanitaires et alimentaires européennes, qu'il s'agisse du traitement des viandes aux hormones ou des OGM. De ce point de vue le

compromis du 26 octobre ne fait que répéter le droit de l'UE en vigueur dans le domaine. En revanche le CETA jette les bases de leur détricotage futur, et les nouveaux textes n'y changent rien.

Le problème initial

Le traité crée à la fois le cadre politique et les mécanismes qui conduiront à long terme à la remise en cause des préférences sanitaires et alimentaires, en Europe comme au Canada, deux systèmes normatifs éloignés dans leurs conceptions et leurs méthodes.

Il instaure dans cette perspective le mécanisme de coopération réglementaire et un certain nombre de dispositions dites de « dialogue réglementaire bilatéral », en particulier dans le domaine des biotechnologies (chapitre 25).

Ces dispositions sont conçues pour alléger, voire expurger, le dispositif réglementaire européen de toutes les lois, normes et règles qui constituent des « obstacles au commerce », et à long terme, au delà du CETA, qui n'en constitue qu'un des multiples instruments. La puissance des lobbies nord-américains, dont un certain nombre ont déjà fait connaître leurs attentes à l'égard de l'UE (sur la question des OGM ou du traitement chimique et médicamenteux des viandes, par exemple), constitue la vraie menace, comme l'a montré l'épisode de l'élaboration de la Directive sur la qualité des carburants en 2013-2014¹³.

L'Union européenne est déjà engagée sur le chemin de l'assouplissement réglementaire dans le domaine de l'alimentation :

- l'Autorité européenne pour la sûreté des aliments a autorisé le rinçage des carcasses de bœuf à l'acide lactique en février 2013,
- la même AESA a donné, en avril 2014, un avis positif à l'utilisation de l'acide peroxyacétique dans le rinçage des viandes de volaille, à la suite d'un contentieux engagé par les États-Unis auprès de l'Organe de règlement des différends de l'OMC.

Depuis la signature de l'accord, de nombreuses organisations professionnelles canadiennes se sont empressé de rappeler leurs attentes à l'égard des régulateurs européens, dans le domaine de la production de viande bovine, de la culture du soja ou encore de la production de biodiesel de colza. Tous ont les mêmes attentes : l'assouplissement des réglementations sanitaires européennes.

Quelles garanties nouvelles dans les textes ?

Aucune.

De multiples répétitions du droit de l'UE

Les différents documents répètent le contenu du CETA et du droit européen (obligation de filières d'élevage séparées et certificat vétérinaire pour les viandes importées, directives relatives à la labellisation et la traçabilité des OGM autorisés à la consommation, droit des États d'interdire la culture d'OGM en plein champ).

En dépit des demandes répétées de nombre d'organisations de protection des consommateurs ou de l'environnement en Europe que soit réaffirmé le Principe de précaution dans le texte du traité, l'IIC est muet (le Canada ne prend donc aucun engagement dans le domaine). Les déclarations annexes au CETA réaffirment les modalités d'inscription du Principe de précaution dans les traités européens en référant à l'article 191 qui le définit dans le domaine de l'environnement, et aux articles 168 et 169 du TFUE qui le « reflètent » (sans jamais le mentionner cependant).

A nouveau, le droit de l'UE est ré-énoncé sans aucun ajout affectant les dispositions du CETA lui-même.

Le texte du CETA ne comporte pas une seule mention du dit principe, quand bien même il serait bien explicite qu'il ne s'applique qu'à l'UE et non au Canada, qui ne veut pas en entendre parler. Au contraire, plusieurs chapitres du traité (21 et 25 notamment) appellent à faire évoluer les processus réglementaire vers une plus

13 Voir https://www.foeeurope.org/sites/default/files/publications/foee-fqd-trade-ttip-170714_0.pdf

grande objectivité et le recours à des fondements « scientifiques précis ». En somme l'inverse de ce que sous-tend le principe de précaution.

Le problème, encore une fois, ne réside pas le traité au jour de sa signature. Il concerne ce que ce traité, véritablement vivant, permettra de transformer à long terme parmi les lois, normes et règles qui protègent nos préférences collectives.

La négociation avec le Canada aurait pu aboutir à fixer des standards élevés, aux fins du respect et de l'expansion desquels il aurait organisé une coopération active, bilatérale ou dans les instances internationales, entre les deux parties.

Or le traité considère les normes existantes comme un maximum, et se borne à s'y conformer, sans risque que l'évolution normative future contrevienne aux dispositions du texte.

« De nouvelles indications géographiques »

La Belgique revendique des avancées sur la question des « indications géographiques », ces appellations de qualité définies dans le droit de l'UE qui garantissent (de façon plus ou moins fermée et définitive) l'exclusivité d'usage de la dite appellation aux producteurs européens respectant un cahier des charges précis.

Elle s'était notamment plaint du fait que ses propres IG n'avaient été bien prises en compte dans le processus de négociation initial.

Mais les documents du 26 octobre se contentent de répéter le contenu du traité, soit qu'il sera toujours possible d'allonger la liste plus tard.

Quels nouveaux acquis dans les textes ?

Aucun. L'annexe 20-A du CETA qui établit la liste des IG protégées n'est pas amendée.

Ce que disent les textes additionnels

Ce qui a toujours été établi dans le traité : que les États membres pourraient (Article 20.22) proposer de nouvelles IGP au Comité conjoint du CETA, qui les examinerait et pourrait décider de modifier la liste initiale prévue établie en annexe 20-A. Le Canada doit donc être d'accord.

L'accord conclu entre les entités fédérées belges ne prévoit rien de plus. La Commission s'engage seulement à appliquer le traité, via la création d'un Comité sur les indications géographiques tel que prévu dans l'article 26.2, qui supervisera la mise en œuvre des dispositions de la section C du chapitre 20 relative aux IG.

Moralité : pas davantage d'IG reconnues pour la Belgique.

« Développement durable, lutte contre le changement climatique, protection des travailleurs »

Si le document « belge » n'y fait pas référence, ces questions ont été identifiées par les syndicats allemands

comme figurant dans la liste des insuffisances du traité. C'est pourquoi l'Instrument interprétatif conjoint leur accorde une place significative.... sans jamais apporter le moindre élément nouveau par rapport au texte initial du traité.

Les Belges avaient quant à eux exprimé leur inquiétude de voir des pratiques de dumping social et environnemental émerger chez les entreprises canadiennes souhaitant entrer sur leur marché.

Les insuffisances du CETA

Trois chapitres du traité (22, 23 et 24) sont respectivement dédiés aux questions de développement durable, de droits sociaux et de protection de l'environnement. C'est même un motif d'orgueil de la Commission.

Pourtant :

- ils se bornent à appeler à la coopération et au respect de principes généraux,
- ils privilégient les mécanismes d'auto-régulation et de marché,
- ils ne comportent aucun instrument de contrainte ou de sanction.

Aucune nouveauté dans les textes additionnels

Les chapitres 23 et 24 du traité (respectivement « commerce et droits au travail » et « commerce et environnement ») découragent explicitement le dumping social et environnemental, dans les articles 23.4 et 24.5 respectivement. De ce point l'IIC n'apporte rien de nouveau.

Pour le reste l'IIC se borne à répéter l'existant :

- des dispositions appelant à la coopération bilatérale, et à l'adoption et l'application des accords internationaux, notamment la 8ème convention de l'OIT que le Canada n'a toujours pas ratifiée.
- La volonté de fixer des standards élevés dans le domaine social et environnemental, promesse qui n'engage que ceux qui la croiront.

L'IIC insiste sur le caractère contraignant des mécanismes d'observation et de dialogue prévus par les chapitres 22, 23 et 24, qui permettent à une partie constatant un manquement aux dispositions du chapitre de demander des consultations, voire de saisir un panel d'experts qui pourra analyser la situation et proposer des solutions aux deux parties.

Mais ces outils ne constituent en rien des mécanismes juridictionnels indépendants qui permettraient d'équilibrer la protection des droits des investisseurs par celle des droits sociaux et environnementaux, dans lesquels les particuliers et tiers pourraient recourir à la protection diplomatique.

Deux micro-acquis

- l'ajout à l'IIC de dispositions permettant des mesures correctives non conformes au traité en cas de violation de l'engagement à ne pas recourir à des mesures s'apparentant à des mesures de dumping (point 9.2 de l'IIC).
- La mention de l'Accord de Paris (qui se trouvait déjà dans la première version, si bien que ça n'est pas une victoire « belge »). Elle est toutefois exclusivement indicative et se présente comme l'un des éléments de contexte engageant « la responsabilité de l'UE et du Canada », sans qu'aucune disposition précise, et encore moins contraignante, n'y soit associée. Rappelons que le traité lui-même est complètement silencieux concernant le résultat de la COP21, et les engagements pris par l'UE et le Canada dans ce cadre.

Le CETA n'a donc pas été doté des mécanismes indispensables pour assurer le respect des droits sociaux et environnementaux.

Une façon de procéder aurait pu être, par exemple, d'introduire dans l'IIC un certain nombre de réserves, ou exceptions, établissant :

- la liste des domaines dans lesquels des mesures incompatibles avec le droit du commerce et de l'investissement seraient néanmoins acceptables pour les deux parties,

- la liste des conventions et traités internationaux sur l'environnement ou les droits sociaux dont l'application primera systématiquement en cas de conflit normatif avec le CETA,
- que les normes substantielles de protection des investisseurs du chapitre 8 ne peuvent être invoquées devant la juridiction arbitrale dans le cas de mesures politiques relatives à la protection de l'environnement ou des travailleurs (les juridictions publiques nationales et internationales devraient alors être privilégiées).

« Des garanties sociales et environnementales dans nos marchés publics »

Les marchés publics constituent des instruments de développement local déterminants pour les territoires et les gouvernements, en Europe comme au Canada. Or le CETA limite un peu plus la perspective d'y recourir pour développer des politiques d'emploi et de développement local bénéfiques aux populations et à la planète.

Qu'apportent les textes récents ?

Rien.

Si la Belgique se satisfait d'avoir conservé le droit d'inclure des clauses sociales et environnementales dans ses appels d'offre, elle ne fait que rappeler le cadre de la Directive européenne sur les marchés publics, et cette possibilité n'a jamais été mise en doute, ni dans le CETA ni dans les critiques de la société civile.

Quel est le vrai problème ?

La difficulté est autre :

- réserver les contrats publics à des PME locales est un élément central d'une politique visant à l'emploi et à la localisation des activités économiques, garante de recettes fiscales, de respect du droit social et environnemental...
- la charge bureaucratique va augmenter pour les collectivités territoriales et les établissements publics, qui devront se soumettre à des obligations supplémentaires de publication et d'examen des soumissions. Le risque d'erreur est accru, la possibilité, en outre, de sortir des segments d'activité publique du système d'appels d'offres marchand pour les inscrire dans des méthodes de subvention, par exemple (dans le cas d'activités d'intérêt général notamment), s'éloigne encore un peu plus.
- la recherche du moindre coût, dans un contexte d'austérité budgétaire grave, pour les États comme pour les collectivités territoriales, pousse à privilégier le meilleur prix, qui correspond souvent au moins disant social et écologique. Même si l'inclusion d'exigences sociales et environnementales dans les contrats publics est possible, qui peut se le permettre ? L'arrivée de soumissionnaires dont les coûts salariaux, énergétiques, sociaux ou écologiques sont moindres ne favorisera pas, à long terme, les entreprises locales face aux filiales des grandes entreprises canadiennes.

C'est la logique même de libéralisation des marchés publics qui menace le développement local, et le démantèlement des politiques protectrices des marchés publics existant au Canada bénéficiera peut-être aux filiales locales des grandes entreprises installées outre-Atlantique, mais certainement pas à l'emploi dans nos territoires.

La Cour de justice de l'UE se prononcera sur la légalité du mécanisme d'arbitrage

La Belgique a pris **une décision importante**, dont l'impact sera déterminant pour le traité : la saisine de **la Cour de justice de l'UE** sur la légalité du CETA, et plus particulièrement sur la conformité du dispositif de règlement des différends Investisseur-État avec les traités européens (notamment TUE, TFUE, Traité de Lisbonne, voire Charte européenne sur les droits fondamentaux).

C'est une procédure prévue par l'article 218(11) du TFUE. Elle est longue (la durée moyenne d'une procédure préjudicielle s'élève à 16 mois selon la CJUE elle-même) mais l'avis rendu est contraignant (le traité international qui fait l'objet de la saisine ne peut entrer en vigueur qu'une fois révisé).

Elle n'est pas suspensive toutefois : le Parlement européen et les 28 États membres peuvent engager leurs procédures de ratification respectives. L'application provisoire n'est pas remise en question, d'autant moins que le volet incriminé dans la saisine n'en relève pas.

C'est uniquement si la CJUE rend finalement un avis négatif que le traité sera déclaré illégal. Son application provisoire (dans les pays qui n'ont pas encore ratifié) ou complète (là où la ratification nationale est intervenue) seront alors interrompues jusqu'à révision.

Plusieurs entités fédérées belges ont aussi clarifié leur décision de ne pas ratifier le CETA à moins que n'interviennent les changements promis par la Commission concernant le mécanisme d'arbitrage : statut public des juges, création d'une cour véritablement publique, code de conduite répondant à leurs exigences.

Il reste à savoir si la Commission prendra ces exigences au sérieux, et fera des propositions non seulement dans les temps (la Belgique attendra probablement l'avis requis auprès de la CJUE avant de ratifier) mais surtout à la hauteur.

Ratifications nationales et application provisoire

Les négociations de la semaine dernière ont également conduit la Belgique à réaffirmer son droit constitutionnel, à savoir :

- la ratification du traité par chacune des entités fédérées de l'État en plus du Parlement fédéral,
- le fait que l'échec de la ratification dans un des parlements fédérés entraîne l'échec de ratification pour la Belgique toute entière. Dans ce cas le gouvernement fédéral devra informer l'UE de sa décision de ne pas ratifier le CETA, et pourra mettre fin à l'application provisoire du traité sur son sol. C'est confirmé par le Conseil dans l'annexe de la Décision du Conseil (point 20).

C'est une clarification utile, mais strictement belge, qui découle du statut mixte du traité. Elle n'affecte en rien le traité et ses dispositions institutionnelles.

Sur ce dernier point, l'Allemagne, l'Autriche et la Pologne ont également fait inscrire en annexe de la Décision du Conseil une spécification utile : en vertu de l'article 30.7, alinéa 3(c), les parties au traité pourront à tout moment notifier à l'UE l'interruption de l'application provisoire du traité sur leur sol, indépendamment même de leur processus national de ratification. Les trois pays ont donc fait inscrire à la décision du Conseil que le statut mixte du traité les érige en « parties », de même, par conséquence, que tous les États membres, et ce même si le texte du traité n'envisage implicitement que deux parties au traité.

L'Allemagne fait ici explicitement transposer le rendu jugement de la Cour de Karlsruhe le 13 octobre dernier, qui stipule que Berlin doit pouvoir quitter le traité si celle-ci rend finalement un arrêt d'inconstitutionnalité du CETA au terme de la procédure d'examen engagée.

Ça n'est pas le résultat du processus de négociation Belgique/UE/Canada en tant que tel, mais les discussions ont permis d'éclaircir, et d'inscrire en droit de l'UE, ces éléments déterminants, qui impliquent que chaque État

membre peut interrompre unilatéralement l'application provisoire du traité.

Dans tous les cas la saisine de la CJUE et les clarifications des modalités d'interruption de l'application provisoire sont de maigres consolations, qui ne touchent pas la substance du traité.

Le « nouveau CETA » n'existe pas. Et pour cause : changer le CETA, et construire avec le Canada un accord de commerce véritable juste et durable exigeait de repenser le traité lui-même. Aucune annexe ou texte complémentaire ne peut transformer le sens juridique de 1600 pages vouées à toujours plus de libéralisation des échanges.

A défaut la séquence aura permis quelques clarifications utiles. Mais citoyens, société civile, élus locaux, paysans ou PME demandaient bien davantage.

A qui la faute ? Certainement pas au gouvernement régional wallon, qui s'est élevé avec courage contre l'unanimité et le fait accompli, et s'est efforcé d'améliorer le traité tout en réaffirmant deux fondamentaux de la démocratie : le devoir d'écouter sa population et de consulter son Parlement avant toute décision.

Le CETA signé le 30 octobre demeure ce que les négociateurs, les États membres et le gouvernement canadien ont voulu qu'il soit : l'instrument offert aux lobbies industriels et financiers pour leur permettre de réécrire nos lois, nos normes et nos réglementations, au détriment des consommateurs, usagers ou travailleurs comme à celui de notre planète.

Ne l'acceptez pas.



Auteur : Amélie Canonne, avec Lucile Falgueyrac

Novembre 2016