

DEBAT ULB 26 OCTOBRE 2018

POSITION DE **DéFI**

Charles-Etienne LAGASSE , Président du Centre d'études Jacques GEORGIN

Conformément à la décision du Conseil de l'Union Européenne adoptée en octobre 2016 et suite au vote d'approbation du Parlement européen en février 2017, le traité CETA, pour ce qui relève de la compétence exclusive de l'Union Européenne, est d'application à titre provisoire depuis le 21 septembre 2017. La partie « mixte » est suspendue à l'assentiment et ratification par Etats membres.

HISTORIQUE

- NIVEAU BELGE : Au CODECO déclaration relative aux conditions aux pleins pouvoirs par l'État fédéral et les Entités fédérées pour la signature du CETA, a été adoptée le 27 octobre 2016 ;
- NIVEAU EUROPEEN : Déclaration du Royaume de Belgique au COREPER du 27 octobre 2016 + La déclaration a été annexée à l'accord dans la déclaration 37 de l'instrument interprétatif commun concernant l'AECG.

*« La Belgique a pris acte de ce que l'application provisoire du CETA ne s'étend pas à diverses dispositions du CETA, notamment en matière de protection d'investissement et de règlement des différends (ICS), conformément à la décision du Conseil relative à l'application provisoire du CETA. Elle a en outre pris acte du droit de chaque partie à mettre fin à l'application provisoire du CETA conformément à son article 30.7 » ;*

Elle ajoute deux éléments importants :

- *« La Belgique demandera un avis à la Cour Européenne de Justice concernant la compatibilité de l'ICS avec les traités européens, notamment à la lumière de l'Avis 1/94 (lire : 2/15)<sup>1</sup> » ;*
- *« Sauf décision contraire de leurs Parlements respectifs, la Région wallonne, la Communauté française, la Communauté germanophone, la Commission communautaire francophone et la Région de Bruxelles-Capitale **n'entendent pas ratifier** le CETA sur la base du système de règlement des différends entre investisseurs et Parties, prévu au chapitre 8 du CETA, tel qu'il existe au jour de la signature du CETA » ;*
- Le Conseil de l'Union européenne a **approuvé le CETA** le 30 octobre 2016 et le Parlement européen en février 2017 (408 + ; 254 >< ; 33 abstentions).
- De ce fait, les dispositions du CETA qui relèvent de la compétence exclusive de l'Union européenne sont effectivement **appliquées à titre provisoire** depuis le 21 septembre 2017 : accès aux marchés publics, l'élimination des droits de douane, le renforcement de la coopération en termes réglementaires.
- 

<sup>1</sup> Accord entre l'Union Européenne et Singapour.

- Après longues tergiversations, l'autorité fédérale a introduit le 7.9.2017 auprès de la Cour de Justice de l'Union européenne une demande d'avis sur la compatibilité avec les traités européens du système juridictionnel des investissements, autrement appelé ICS » (Investment Court System-ICS) avec les Traités européens, et ce en application de l'article 218.11 du TFUE. « L'Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, signé à Bruxelles le 30 octobre 2016, est-il, en son chapitre huit (« Investissements »), section F (« règlement des différends relatifs aux investissements entre investisseurs et Etats »), compatible avec les traités, en ce compris les droits fondamentaux ? »
- La CJUE ayant été saisie par l'Etat belge le 7 septembre 2017, et l'avis n'étant attendu au plus tôt que durant le premier trimestre 2019, pour des raisons de sécurité juridique pleine et entière, il nous paraissait raisonnable qu'aucune procédure d'assentiment au CETA ne puisse être entreprise avant que l'avis de la CJUE ne soit connu. Telles sont les positions des Parlements Wallon, FWB, Bxl, Communauté germanophone et COCOF. L'autorité fédérale n'a pas eu la loyauté d'attendre l'avis qu'elle avait elle-même demandé.
- En cas d'avis négatif, l'accord envisagé ne peut entrer en vigueur, sauf modification de celui-ci ou révision des traités (article 218.11 du TFUE in fine).
- Le Parlement fédéral n'a pas attendu et a voté l'assentiment le 19 juillet 2018. Nos parlementaires s'y sont opposés tant pour des raisons de fond (ci-après) que pour respecter le délai de consultation de la CJUE (le CDH s'est abstenu et le reste de l'opposition francophone a voté contre).
- La **Commissaire européenne au commerce a partiellement tenu compte** des réactions de l'opinion publique en établissant une liste de principes à défendre lors des prochaines négociations (voir annexe 1).
- La nouvelle majorité du **Parlement wallon** a voté de son côté une Résolution énumérant les principes que la Wallonie souhaite garantir dans les futurs accords (voir annexe 2). Si l'on sort des approches polémiques, il faut reconnaître que cette Résolution intègre un certain nombre des préoccupations de l'opinion publique de Wallonie-Bruxelles, telles que DéFi les avait relayées dans son congrès de janvier 2016. Toutefois, cette résolution ignore la question cruciale de la possible incompatibilité entre l'ICS et le droit européen.

## L'ETUDE DU CEG

- Notre CEG a commandé à un cabinet d'avocats international<sup>2</sup> une étude juridique sur la compatibilité du CETA avec le droit primaire de l'UE. Cette étude a mis en évidence des points fondamentaux qui font douter de la compatibilité

---

<sup>2</sup> Cabinet SYBARIUS (Me Bernard Remiche, avocat et professeur d'universités, Me Rainer Geiger, avocat et ancien directeur adjoint, Affaires financières et entreprises de l'OCDE et Me Vincent Cassiers, avocat et professeur d'universités).

du CETA (et plus précisément le mécanisme de règlement des différends ICS) avec le droit de l'Union européenne:

- la **rupture de l'égalité des citoyens** devant le droit, qui est un élément clef de la Charte des droits fondamentaux, partie intégrante du Traité constitutif de l'Union européenne. Selon le chapitre sur les investissements du CETA, les investisseurs étrangers d'un Etat contractant disposeraient d'un accès privilégié à une juridiction externe contre les actes de l'autre Etat alors que cette voie de recours ne sera pas ouverte aux investisseurs nationaux de l'Etat en question. Les investisseurs étrangers bénéficient ainsi d'un traitement plus favorable que les investisseurs nationaux. Dans toute l'U.E., ce traitement plus favorable bénéficie aux seuls investisseurs canadiens.
- Cette juridiction parallèle aux instances judiciaires des Etats membres **pourra être utilisée contre toute mesure** que l'investisseur étranger considère contraire aux droits qui lui sont conférés par le CETA, qu'il s'agisse d'un acte législatif, réglementaire, administratif ou même une décision de justice nationale.
- Par ce moyen, la **primauté du droit européen**, élément fondamental du Traité gouvernant le fonctionnement de l'Union européenne est mise en cause, car le tribunal d'investissement n'a aucune obligation de saisir la Cour de Justice européenne sur des questions d'interprétation du droit européen lorsque ces questions sont utiles à la solution du litige en question.
- La **Cour de Justice de l'Union Européenne** est un pilier de l'intégration européenne qui s'appuie sur la suprématie du droit de l'Union Européenne et sur l'interprétation souveraine du droit de l'Union par ses propres juridictions, sous le contrôle ultime de la CJUE. En dépit du fait que la Commission s'est efforcée d'écarter la CJUE de l'application du CETA, l'état de droit national et l'espace unique du droit de l'Union ne peuvent être sacrifiés pour alléger le fardeau des négociations communautaires.

## ARGUMENTAIRE CJUE

Tout en reconnaissant le besoin pour l'Union européenne de contracter des accords internationaux, la CJUE est restée intraitable sur le principe, tant de la primauté et l'uniformité de l'application du droit européen que sur son monopole d'interprétation, car:

- Les Etats membres n'ont pas le droit de se soumettre à une juridiction extérieure à l'Union qui pourrait être amenée à connaître de l'interprétation du droit européen (Affaire Mox)<sup>3</sup>;
- Il n'est pas acceptable qu'une juridiction extérieure puisse statuer sur la répartition des compétences entre Etats membres et instance communautaire (Avis 1/91)<sup>4</sup> ;

---

<sup>3</sup> Arrêt du 30 mai 2006, Commission v. Irlande, C-459/03.

<sup>4</sup> Avis de la Cour, 14 décembre 1991, Projet d'accord entre la Communauté européenne, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre-échange, portant sur la Création de l'Espace économique européen, *Rec. de la Jurisprudence* 1991.

- En ce qui concerne l'application du droit européen pour des questions déterminant un litige devant une juridiction extérieure à l'Union, le renvoi préjudiciel devant la CJUE doit être garanti et respecté (Avis 1/00 ; 1/09 et 2/13)<sup>5</sup>.

Le Tribunal de l'Investissement est une juridiction externe à l'Union, car il est constitué par les parties contractantes à travers une désignation par le Comité mixte de l'Accord. Son jugement est définitif et exécutoire, sauf appel admis pour des questions de droit, appel qui peut être interjeté devant une instance qui sera établie au sein du même Tribunal.

L'investisseur étranger y aura un accès direct, sans être tenu d'épuiser les voies de recours nationales.

Ni dans le TFUE, ni dans la jurisprudence de la CJUE, il n'existe de précédent qui reconnaisse une juridiction extérieure constituée par un Traité de commerce et d'investissement ouverte aux investisseurs et susceptible de statuer, même implicitement, sur des questions de droit européen.

## AUTRES RECOURS A L'ÉTRANGER

En Allemagne la Cour Constitutionnelle a été saisie et doit rendre sa décision dans les prochains mois.

En France plus de 100 députés de l'Assemblée nationale ont saisi le Conseil constitutionnel contre le CETA pour en empêcher la ratification.

## AUTRES ÉLÉMENTS PROBLÉMATIQUES DU CETA

Lire la déclaration interprétative de la Commission : les Etats pourront continuer à légiférer, mais ne sont pas pour autant à l'abri de poursuites :

“CETA clarifies that governments may change their laws, regardless of whether this may negatively affect an investment or investor's expectations of profits. Furthermore, CETA clarifies that any compensation due to an investor will be based on an objective determination by the Tribunal and will not be greater than the loss suffered by the investor.”<sup>6</sup>

Bien plus: et les indemnités imposées en faveur des investisseurs pourraient être considérées comme des « aides d'Etat ».

## ELEMENT NOUVEAU IMPORTANT

Dans la renégociation de l'ALENA, le Canada a obtenu la suppression de l'ISDS et de toute autre forme de juridiction des investissements dans son accord avec les USA. Dans le volet USA-Mexique, l'ISDS a eu ses ailes rognées substantiellement.

<sup>5</sup> Avis de la Cour, 18 avril 2002, Projet d'accord portant création d'un espace aérien européen commun entre la Communauté européenne et des pays tiers, Rec.de la jurisprudence, 2002, p.I-03493 ; Avis de la Cour du 8 mars 2011, Projet d'accord création d'un système unifié de règlement de litiges en matière de brevets, Rec.de la jurisprudence 2011, p.01157 ; Avis de la Cour du 18 décembre 2014, Projet d'accord international- Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

<sup>6</sup> OCC Nota - Note 2 van - du 24-10-2016 (2016C80510.002) 3/10

Dès lors, si le Canada a demandé la suppression de l'ISDS avec les USA, ce pays ne sera pas long à accepter le retrait de l'ICS du CETA si les Européens le lui demandent.

## POSITION DE **DéFi** SUR LES TRAITÉS DE COMMERCE UE

- Nous sommes **favorables à l'ouverture internationale** de nos économies et refusons la fuite dans le protectionnisme agressif à la mode TRUMP. Au contraire, le détricotage par les Etats-Unis de leurs partenariats commerciaux nord- et sud-américains et asiatiques est une opportunité pour l'Europe de prendre le relais.
- L'Europe doit être **à la pointe du développement durable et protectrice de notre modèle social**. Cette promotion du modèle social et environnemental européen doit se prolonger dans les accords commerciaux. Au lieu de subir la concurrence des pays moins exigeants, l'Union doit s'appuyer sur sa force de négociation commerciale pour renforcer le principe de réciprocité et introduire des clauses sociales et environnementales dans ses accords de libre-échange. L'objectif lointain est d'inscrire la convergence réglementaire dans un ensemble multilatéral, à savoir l'OMC.
- **Dans le court terme** : Sur tout projet reprenant la formule du Tribunal sur les investissements incluse dans le CETA, **s'en tenir à la position** des assemblées parlementaires de Wallonie-Bruxelles, à savoir : attendre la position de la Cour de Justice de l'UE sur la compatibilité entre le CETA et les traités européens. On rappellera que le vote d'assentiment des Parlements de Wallonie-Bruxelles est suspendu au feu vert de la Cour.
- **Sur le fond** : deux scénarios doivent être envisagés :
  - Dans les relations avec des pays développés, dans le système juridictionnel desquels on peut avoir confiance, il faut demander la suppression de toute juridiction spécifique aux investissements ; ce que le Canada a demandé et obtenu des Etatsuniens, ils ne pourront nous le refuser ;
  - Dans les relations avec des pays moins sûrs quant à leur système juridictionnel, une juridiction spécifique peut être une garantie. Dans cette hypothèse nous proposons des améliorations substantielles au projet de l'ICS tel que conçu par la Commission ;
- a. **Plainte des investisseurs contre les Etats : limiter la compétence** de la Cour pour éviter les ambiguïtés de la formule CETA et les dérives liées à des clauses telles que le « traitement juste et équitable », ou d'« expropriation indirecte », qui restreignent les marges de manœuvre des Etats pour adopter des législations sociales ou environnementales  
→ limiter la compétence au contrôle du « traitement national » (non-discrimination par rapport aux investisseurs nationaux).
- b. **N'accepter les plaintes que des investisseurs « aux mains propres »**, c'est-à-dire ceux qui respectent les législations et

conventions sociales et environnementales. Ce qui implique la possibilité pour un Etat accusé devant le tribunal d'introduire une « contre-plainte » contre l'investisseur en défaut.

- c. **Par souci d'équilibre, élargir la compétence aux plaintes Etats, entreprises, ONG contre Etats faisant du dumping social, fiscal ou environnemental** : c'est-à-dire ceux qui ne respectent pas un certain nombre d'instruments internationaux tels que : Conventions OIT, Accords de Paris sur le Climat, Plan BEPS (évasion fiscale) et instruments liés aux droits humains. Ceci suppose que la référence à ces instruments soit reprise dans les traités de commerce et d'investissement futurs, que les qualifications requises pour les juges de ce futur tribunal incluent une expertise pointue dans le droits international lié à ces instruments sociaux, environnementaux, fiscaux et liés aux droits humains, ce qui exclut de facto le club restreint d'arbitres qui dominant actuellement les panels d'arbitrage privés et n'ont généralement qu'une expertise restreinte au droit commercial. À défaut, si cet élargissement des compétences ne pouvait être obtenu, toujours par souci d'équilibre, restreindre les compétences à uniquement des procédures d'Etat à Etat.
  - d. **L'indépendance** : le mécanisme doit répondre aux plus hauts standards en matière d'indépendance des juges (sécurité du mandat, salaires fixes, attribution objective des plaintes, incompatibilité avec d'autres missions dans le domaine de l'arbitrage).
  - e. **L'équité procédurale** : lorsqu'un Etat est visé par une plainte, le Tribunal doit prévoir que toute partie dont les droits ou intérêts sont affectés par l'affaire puisse y participer pleinement.
  - f. **Le respect du système judiciaire national** : un devoir d'épuiser les recours locaux raisonnablement disponibles doit être prévu, comme c'est le cas dans la plupart des instruments internationaux liés aux droits humains.
- A l'avenir, soutien à l'idée de la Commission de **scinder les accords commerciaux**. SINGAPOUR : 2 accords signés le 19 octobre 2018. Futurs accords : Vietnam, Japon, Mexique, Mercosur.

REMARQUE : cette question ne doit pas être confondue avec une autre négociation au niveau de l'ONU visant à rédiger un Traité sur les entreprises et les droits de l'homme. C'est ce point qui fait l'objet du projet de recommandation transmis aux groupes parlementaires.