



CHAMBRE DES SALARIES  
LUXEMBOURG

**Prise de position de la CSL relative à la  
réponse du Ministère des Affaires  
étrangères et européennes (MAE)  
quant à la note de la CSL du 2 juin 2016  
sur les implications potentielles de  
CETA sur les services publics  
luxembourgeois**

Note de lecture :

- **en gras** : les extraits de la note du MAE du 2 août 2016 traduits par la CSL
- en caractères normaux : les commentaires de la CSL relatifs à la note du MAE

Luxembourg, le 28 septembre 2016

En date du 2 juin 2016 la CSL avait émis sa première note relative aux implications potentielles de CETA sur les services publics luxembourgeois.

Le Ministère des affaires étrangères et européennes a tenté de répondre aux inquiétudes soulevées par la CSL par une note datée du 2 août 2016.

Malheureusement de nombreuses incertitudes et inquiétudes subsistent quant à savoir si la fourniture de services publics sera affectée par l'entrée en vigueur de l'accord CETA .

Il n'existe en effet pas de réponse simple à cette question, alors que, et sur ce point le MAE semble d'accord, il faut « passer au filtre » de nombreux chapitres de l'accord et de leurs annexes respectives pour tenter d'y répondre.

Pour la CSL, cette question s'inscrit également dans le temps, la plupart des effets ne pourraient alors se faire sentir que bien après l'entrée en vigueur de l'accord, mais seraient alors irréversibles.

La CSL est d'avis que les services publics au sens large devraient très clairement faire l'objet d'une exclusion pure et simple de CETA.

***MAE : « Le fait que CETA soit un accord de nouvelle génération ne change rien »***

Pour le MAE les services publics sont entièrement exclus des obligations résultant de CETA et le fait que CETA soit un accord de nouvelle génération ne change rien à cela.

Le CETA, accord d'un nouveau type, est en effet équipé de ce fait d'un imposant chapitre 8 consacré aux investissements, qui peut, sans entrer dans le détail, être divisé en plusieurs sous-parties : l'établissement des investissements<sup>1</sup>, le traitement non-discriminatoire<sup>2</sup>, la protection des investissements<sup>3</sup> et enfin le règlement des différends entre investisseurs et États<sup>4</sup>.

La définition de la notion d'investissement, qui permet de déterminer le champ d'application de ce chapitre, y est extrêmement large et pourrait, selon la compréhension de la CSL, tout à fait couvrir la fourniture de services publics de diverses manières (ex : investissements directs, établissements, concessions de service etc.)<sup>5</sup>. À la fourniture de ces services seraient alors applicables les obligations classiques contenues dans les accords commerciaux : accès au marché, traitement national et traitement de la nation la plus favorisée entre autres ; mais également tous les standards de protection relatifs aux investissements : traitement juste et équitable, protection et sécurité intégrale<sup>6</sup>, et protection contre l'expropriation directe et indirecte.

La mise en œuvre de ces dispositions étant bien entendu garantie par la possibilité pour l'investisseur d'agir en cas de non-respect par un État de ses engagements devant l'Investment Court System (ICS) que l'accord met en place, et d'obtenir ainsi une compensation financière.

En effet, en ce qui concerne les prestations de services et les investissements, le CETA représente l'accord international avec le champ d'application le plus large et le plus complet que l'UE n'aura jamais conclu. La notion d'investisseur a, par exemple, un sens plus large dans CETA que dans le GATS.

En ce qui concerne les prestations de service dans le domaine des services d'intérêt général, contrairement au GATS, il n'existe pas dans le CETA de dérogations générales et globales par rapport aux engagements pris par l'UE en matière de libéralisation.

---

<sup>1</sup> Accès au marché et « performance requirements »

<sup>2</sup> Traitement national, traitement de la nation la plus favorisée et l'encadrement supérieur et les conseils d'administration

<sup>3</sup> Traitement juste et équitable, protection et sécurité intégrale<sup>3</sup>, et protection contre l'expropriation directe et indirecte

<sup>4</sup> Le règlement des différends investisseurs-États ne s'applique que pour le traitement non-discriminatoire et la protection des investissements.

<sup>5</sup> Cf. annexe 2

<sup>6</sup> Il s'agit d'un standard de protection qui recouvre essentiellement la protection physique des investisseurs et investissements.

Aussi, contrairement au GATS qui contient un système d'annexe par listes positives (libéralisation uniquement dans les secteurs listés), le système par listes négatives contenu dans le CETA engendre une libéralisation massive du secteur des services selon le principe du « *list it or lose it* ».

Au vu des développements qui précèdent, il semble un peu absurde de vouloir affirmer que l'ajout d'un chapitre sur la protection des investissements et la mise en place d'un mécanisme de règlement des litiges tel que l'ICS n'ait pas d'impact sur la fourniture de services publics.

En outre le simple fait de l'existence des annexes I et II, listant les services expressément exclus, tous autres services étant inclus, confirment les doutes que l'on peut avoir quant à l'affirmation de l'exclusion pure et simple des services publics.

**MAE : « Le mandat de négociation prévoit une exclusion des services publics conformément à la définition prévue dans le GATS (pt 22 art 1 § 3 AGCS) »**

D'après notre analyse du mandat de négociation et des dispositions de l'AGCS correspondantes, il y a effectivement une exclusion des services fournis dans le cadre du pouvoir gouvernemental.

Or, la notion de services dans le cadre de CETA est beaucoup plus large que celle de « services fournis dans le cadre du pouvoir gouvernemental », qui est de plus interprétée, comme toute exception, de manière restrictive.

Et si cette exclusion générale recouvrait tous les services publics, il n'y aurait pas eu besoin de spécifier des réserves relatives aux services publics dans les annexes.

**MAE : « Les concessions ne sont pas visées par le texte actuel. Une inclusion des concessions de services dans le futur implique une révision de la directive européenne y relative et donc le déclenchement de la procédure législative ordinaire. Un tel élargissement du champ d'application ne peut se faire via la clause d'élargissement (cf. dispositions finales de l'accord). Les États membres seront de toute façon impliqués dans ces décisions. »**

Les concessions sont effectivement exclues du champ d'application du chapitre 19.

Mais la CSL est d'avis que la clause d'élargissement prévue à l'annexe 19-5 (p.506) n'est pas aussi claire.

Le MAE semble suggérer que sans modification de la directive existante (par la procédure législative ordinaire), il n'y aura pas d'élargissement de liste prévue à l'annexe 19-5. Or, cette clause fait explicitement référence à la révision en cours (« ongoing révision ») de la législation européenne sur les marchés publics et les concessions. Compte tenu du fait que les négociations sur l'accord CETA ont débuté officiellement le 6 mai 2009 et que les directives européennes sur les marchés publics (révisée) et concessions ont été adoptées le 26 février 2014, on peut raisonnablement conclure que la révision en cours dont il est question dans le texte de CETA a depuis déjà eu lieu, ouvrant ainsi la porte à un élargissement du champ de l'annexe 19-5 aux concessions, puisque les législateurs européens se sont déjà mis d'accord sur un tel élargissement du champ de la législation européenne correspondante.

L'article 30.2 prévoit une procédure simplifiée (via le Comité joint) pour les amendements aux annexes relatives au chapitre 19 sur les marchés publics.

**MAE : « Dans le cadre de tous les accords de commerce internationaux 4 piliers doivent protéger les services publics sociaux :**

- **la public utilities clause permet le maintien de monopoles et de concessions publiques dans des domaines comme la santé, l'éducation, l'approvisionnement en eau, d'autres services sociaux ;**

- ***il y a des exceptions spécifiques à certains services sociaux financés par des deniers publics ; il s'agit –là d'une liste ouverte qui permet d'inclure d'autres secteurs ;***

Selon le MAE, ces exceptions résulteraient d'une « liste d'exemples ouverte » et la possibilité d'élargir cette liste serait donnée. La CSL ne comprend pas quelle est cette liste visée par le MAE. En tout état de cause les annexes I et II de CETA ne peuvent pas être modifiées après la conclusion de l'accord.

- ***la possibilité de continuer à subventionner exclusivement les prestataires non étrangers de services sociaux d'intérêt général, principe qui se dégagerait de l'exclusion générale des subventions des chapitres sur les services et les investissements ;***

La CSL ne comprend pas sur quoi le MAE base cette affirmation.

En matière de services publics, le chapitre 8 investissement est indissociable du chapitre suivant qui concerne le commerce transfrontalier de services (chapitre 9). Ce chapitre 9 garantit aux prestataires de services concernés l'accès au marché, le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée. Comme pour le chapitre précédent, les services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental constituent la seule exclusion claire en la matière mais ne recouvrent en pratique que les fonctions régaliennes de l'État. Pour délimiter le champ d'application de ces deux chapitres, il est en réalité indispensable d'examiner les deux annexes à ces deux chapitres, qui contiennent les réserves, au sens du droit international public, formulées par l'Union européenne et les États membres.

Il est cependant primordial de souligner que les standards de protection des investissements (traitement juste et équitable, protection et sécurité intégrale, et protection contre l'expropriation directe et indirecte) s'appliquent sans aucune réserve.

L'article 8.1 al 17 (chapitre investissements) fournit en outre une définition assez large de la notion d'investissement et aucune exception concernant les services sociaux d'intérêt général n'est prévue. L'article 9.2 § 2 (g) (chapitre commerce de services) prévoit une exclusion des subventions du champ d'application du chapitre 9 sur le commerce des services transnationaux. Or cela semble insuffisant ici.

- ***la clause avec effet cliquet ne vaut pas pour les services publics puisqu'ils sont énumérés dans l'annexe II ; de ce fait une future déprivatisation de ces services restera possible à tout moment.***

Effectivement, l'effet « cliquet » ne joue que pour l'annexe I.

Or nous considérons que les réserves de l'annexe II sont insuffisantes pour protéger les services publics dans leur intégralité.

**MAE : « Les mécanismes de liste positive et négative permettent d'atteindre le même niveau de protection »**

Selon le MAE, tous les services sociaux d'intérêt général sont intégrés à la liste négative des exceptions et le mécanisme par liste négative procurerait autant de protection et de garanties que le système de liste positive tel qu'il est utilisé au GATS .

Or ceci n'est pas vrai. Déterminer par liste positive le champ d'application d'une convention internationale oblige les parties négociantes à passer en revue tous les domaines afin d'être certain de créer un champ d'application correcte. Un travail de rigueur est ainsi nécessaire en amont de la signature de tel accord. Une fois mis en place, un tel mécanisme procure une certaine sécurité juridique alors que seuls les domaines listés tombent clairement dans le champ d'application du texte.

Alors qu'avec un système de liste négative, seuls les domaines listés sont exclus du champ d'application de la convention visée ; tout autre domaine, non listé, tombe dans le champ d'application du texte. Si les négociants ont omis/oublié d'inclure un domaine dans la liste, alors l'erreur est commise pour toujours. De même lorsque un domaine listé ne l'est pas avec suffisamment de précision.

**MAE : « Les critères environnementaux et sociaux restent admissibles dans le cadre des procédures de marchés publics (art 19.3 al 2 b) »**

L'article cité par le MAE prévoit que les parties peuvent imposer des mesures nécessaires à la protection de la vie ou de la santé humaine, animale ou végétale. L'article 19.9 § 9 prévoit en outre que les critères d'évaluation de l'offre contenus dans l'avis de marché peuvent inclure des caractéristiques environnementales.

Il n'y est par contre aucunement question de critères sociaux. Il est difficile de considérer que l'exception générale sur la santé et la vie humaine puisse recouvrir de tels critères.

**MAE : « Annexe II couvre les services d'éducation et de santé recevant un financement mixte »**

La CSL est d'avis qu'il n'est pas si évident d'y inclure les services à financement mixte dans la mesure où ladite réserve dit certes « *which receive public funding or State support* », mais dit également que la fourniture ne doit pas être « *considered to be privately funded* ».

A ce titre rappelons l'analyse des experts autrichiens :

*Zunächst stellt sich die Frage, in welche Kategorie Dienstleistungen fallen, die weder zur Gänze öffentlich noch zur Gänze privat finanziert werden. Es stellt sich also die Frage, wie mit Mischfinanzierungen umzugehen ist und ob sich die Liberalisierungsverpflichtungen tatsächlich ausschließlich auf privat finanzierte Dienstleistungen beschränken.*

*Es kann nicht zur Gänze ausgeschlossen werden, dass die Wendung „öffentlich finanzierte“ Bildungs-, Gesundheits- oder Sozialleistungen von Schiedsgerichten restriktiv interpretiert wird.*

*So könnte ein Tribunal zB vertreten, dass als öffentlich finanzierte Leistungen im Fall von Mischfinanzierungen nur solche gelten, die überwiegend öffentlich finanziert sind.*

*Es wäre für teilweise öffentlich finanzierte Bildungs-, Gesundheits- oder Sozialleistungen kein Vorbehalt eingetragen und Kanada könnte im Wege eines Staat-Staat- Schiedsverfahrens für kanadische Unternehmen eine nichtdiskriminierende Behandlung bei der Erbringung dieser Leistungen verlangen.*

*Hinzu kommt noch, dass der Vorbehalt keine Ausnahme von den Investitionsschutzstandards in Kap 10 Abschnitt 4 darstellt. Änderungen im innerstaatlichen Finanzierungsregime, die den Marktanteil eines bereits etablierten privaten kanadischen Bildungsanbieters oder Krankenhausbetreibers verringern, könnten daher zu einem Investor-Staat-Schiedsverfahren führen. In diesem Zusammenhang ist noch einmal der weite Investitionsbegriff im CETA hervorzuheben. Erfasst sind etwa auch Unternehmensbeteiligungen kanadischer Investoren etc, was im Ergebnis zu einem sehr weiten Kreis potentieller Kläger führt.<sup>7</sup>*

**MAE : « Les réserves du Luxembourg correspondent à celles contenues dans les accords OMC »**

Cela est difficile à vérifier puisque le GATS fonctionne par liste positive.

<sup>7</sup> Source: Verena Madner, Stefan Mayr, Dragana Damjanovic, DIE AUSWIRKUNGEN DES COMPREHENSIVE ECONOMIC AND TRADE AGREEMENT (CETA) AUF DIE RECHTLICHEN RAHMENBEDINGUNGEN FÜR DIENSTLEISTUNGEN DER DASEINSVORSORGE IN ÖSTERREICH  
Studie im Auftrag von Arbeiterkammer Wien, Österreichischer Städtebund, Verband der öffentlichen Wirtschaft und Gemeinwirtschaft Österreichs  
Juli 2015

**MAE : « Toute la législation ASFT est couverte par les réserves et exceptions. »**

Rappelons que l'annexe II permet aux parties de maintenir ou d'adopter des mesures nationales qui seraient non-conformes aux engagements contenus dans l'accord CETA pour les secteurs inclus dans la liste. Elle s'applique donc pour l'avenir et couvre les dispositions en vigueur, ainsi que d'éventuelles futures mesures. La possibilité de régler librement et de déroger à l'accord n'est donc garantie que si les secteurs sont listés dans l'annexe II.

Chaque réserve précise ensuite le secteur concerné, les obligations couvertes (ex : accès au marché, ou traitement national, ou les deux, etc.), le niveau de réglementation (ex : UE ou États membres, etc.), le domaine visé (investissement ou commerce de services), et enfin une description précise de la réserve elle-même.

Il faut aussi rappeler que le Luxembourg n'a formulé qu'une seule réserve pouvant concerner les services publics et qui concerne les services fournis par les pharmaciens ; il devra donc essentiellement se contenter des réserves formulées par l'UE.

Le MAE affirme purement et simplement que la législation ASFT tombe sous la notion de service public et est protégée à ce titre. Il n'y avait donc pas besoin pour le MAE de lister cette législation à l'annexe II.

La CSL se permet d'en douter.

Il convient en effet d'être prudent concernant plus particulièrement cette réserve relative aux « public utilities ». En effet, la notion centrale de "public utilities" pose un certain nombre de problèmes. Celle-ci n'a aucune définition claire ni dans le droit commercial international ni dans le droit de l'UE. Si l'on considère la signification de cette expression dans la langue anglaise, on constate qu'elle vise des secteurs spécifiques de service public tels l'eau, l'énergie, les postes et les télécommunications. Or le texte de l'accord (CETA) dépasse cette définition en énumérant encore plus particulièrement d'autres domaines importants comme la santé publique et la recherche<sup>8</sup>. Cela confirme la difficulté d'appréhender cette notion et d'affirmer quels services d'intérêts généraux peuvent faire partie de son champ d'application. Cela dépendra finalement de la volonté des différents États membres, et en cas de litige de la décision des arbitres. De plus, comme nous l'avons dit, cette réserve n'est applicable qu'en ce qui concerne les limitations d'accès au marché des États membres, les seules problématiques liées aux monopoles d'État et à la distribution de droits à des prestataires privés bien choisis comme par exemple par le biais de concessions. Ne sont donc pas couverts par cette réserve le droit pour les États de poser des exigences telles par exemple l'examen de besoins économiques ou l'exigence de l'adoption par le prestataire de service d'une certaine forme sociale etc. Enfin, elle ne permet pas non plus de faire exception au principe du traitement national ni aux règles de protection de l'investisseur. En raison de ces incertitudes, il aurait été préférable de prévoir clairement l'exclusion de la législation ASFT de CETA, comme d'autres pays l'ont fait.

Ainsi par exemple la France a fait intégrer dans les exclusions de manière très précise « les articles L.6213-1 à L.6216-6 du Code de la santé publique ».

De même la France et la Belgique ont fait lister les « services sociaux ».

La Belgique a fait préciser dans les exclusions les services de santé et plus particulièrement les services de santé ambulants et les services de soins à domicile autres que l'hospitalisation, ainsi d'autres services et professions de la santé tels les soins médicaux et dentaires, infirmiers, physiothérapeutes etc.

<sup>8</sup> La réserve précise que les « public utilities » dans les secteurs tels que : les services de conseils scientifiques et techniques, les services de recherches et développement en sciences sociales et humaines, les services de contrôle et d'analyse technique, les services environnementaux, les services de santé, les services de transport, les services auxiliaires à tous les modes de transport.

**MAE : « L'activité des médecins est couverte par la notion de services publics et de service de santé, CETA ne change donc rien, y compris relativement au conventionnement obligatoire. Idem pour les hôpitaux. »**

La CSL est pourtant d'avis qu'il n'est pas évident d'affirmer cela.

Tous les médecins établis au Luxembourg doivent obligatoirement être conventionnés.

Les services médicaux fournis par des personnes physiques font l'objet d'une réserve contenue dans l'annexe II.

La réserve contenue dans l'annexe I relative aux services de santé ne s'applique pas dans ce domaine.

La première réserve relative aux « public utilities » de l'annexe II et donc éventuellement applicable aux services médicaux, ne concerne que le chapitre sur l'investissement et n'englobe donc pas les questions liées au conventionnement obligatoire des médecins.

La seule réserve relative aux services fournis par les médecins concerne l'accès au marché dans le cadre du chapitre 9 sur le commerce transfrontalier de services.

Dans l'UE, la fourniture de services médicaux est soumise à une condition de résidence. Ces services ne peuvent être fournis que par des personnes physiques présentes sur le territoire de l'UE.

Trois problèmes semblent se poser :

La seule réserve applicable est relative à l'exigence de l'établissement des praticiens et l'exigence de résidence mais ne concerne pas le conventionnement en particulier (à moins de considérer que le conventionnement est une condition de l'établissement).

Le second problème concerne la formulation de la réserve. Il semble que celle-ci ne requiert que l'établissement au sein de l'UE et pas dans l'État membre où le service est presté. Il n'est pas fait mention d'une éventuelle interdiction de prester des soins transfrontaliers à l'intérieur de l'UE.

Pour finir on peut aussi se poser la question de savoir si l'exigence d'un exercice professionnel de 3 ans dans le pays qui a reconnu le diplôme d'un médecin canadien, donc un non-ressortissant EU, peut être maintenue au sens du CETA.

**MAE : « La politique de logement (y compris logement social) n'entre pas dans le champ d'application des chapitres sur les services et les investissements. Les craintes relatives à la possibilité pour un investisseur de contester le défaut d'accès au marché et la modification des critères d'exercice de l'activité ne sont pas fondées, du fait du chapitre sur l'investissement. »**

Il existe une controverse au sein de l'UE quant à savoir si le logement social entre dans la catégorie des services publics. Or, de cette qualification dépend toute la protection prévue dans CETA et notamment les annexes I et II. S'ils sont considérés comme tel, alors ils seront protégés, mais comme cela vient d'être dit, cette question est sujette à interprétation. Le MAE semble sous-estimer les incertitudes qui existent quant à l'interprétation de l'étendue de la couverture des annexes.

**MAE : « Les écoles sont couvertes par les réserves et par le nouveau chapitre sur l'investissement (right to regulate), aucune plainte d'investisseurs devant l'ICS n'est envisageable. »**

Rappelons que les annexes I et II ne concernent que la première partie du chapitre huit sur l'investissement, mais pas la seconde relative aux standards de protection.

En dehors de la formation initiale assurée et financée principalement par l'État luxembourgeois qui, faisant l'objet de réserves ne devrait a priori pas être affectée par le CETA (voir ci-après), la question de la formation professionnelle continue doit faire l'objet d'une attention particulière.

Ainsi un institut de formation canadien établi en Europe, confronté à de nouvelles exigences de qualité introduites par le législateur national et qui seraient applicables à tout institut de formation, pourrait faire valoir son droit à une compensation financière auprès de l'Etat en question si ces exigences de qualité entraînent un surcoût.

Le chapitre 8 sur les investissements devrait en effet trouver à s'appliquer à cette problématique.

On s'intéresse ici à un investissement qui implique l'établissement d'une entreprise sur le territoire luxembourgeois.

En ce qui concerne l'enseignement primaire et secondaire, les États membres pourront adopter ou maintenir toute mesure concernant la fourniture de ces services, dans la mesure où ils reçoivent des fonds ou un soutien public. La participation d'opérateurs privés (financés par des fonds purement privés) pourra être soumise à l'octroi de concessions (troisième partie de la réserve) ou de droits exclusifs (réserve sur les public utilities).

Or, dans l'hypothèse d'un changement législatif, une forte diminution de la participation de l'État au financement des écoles privées pourrait constituer une violation des dispositions relatives à la protection des investissements, qui pourra alors faire l'objet d'un recours devant un tribunal arbitral et voir l'État condamner à payer une compensation.

En ce qui concerne le domaine de l'enseignement supérieur, la principale crainte en ce qui concerne CETA, est également le non-respect des standards de protection des investissements qui pourraient conduire à d'éventuels recours à l'arbitrage, et à la condamnation de l'État luxembourgeois au paiement d'importantes compensations.

***MAE : « Article 8.9 pt 1 et 2 : le droit des parties de réglementer dans l'intérêt général implique qu'un seul changement législatif ayant causé des pertes chez un investisseur ne peut constituer un fondement valable pour une action devant l'ICS »***

Il est surprenant de voir tout le monde brandir le nouvel article 8.9 (le fameux « right to regulate ») comme la panacée. Il relève en effet de l'évidence que tout État démocratique a le droit de réglementer pour poursuivre des objectifs politiques légitimes, d'aucuns pourraient dire qu'il s'agit là de sa fonction principale (voire unique).

Par conséquent, présenter l'introduction de ce nouvel article comme une révolution n'est pas tout à fait juste.

Ceci est d'autant plus grave que l'article en question liste (de manière non limitative certes) les objectifs politiques que les négociateurs ont décidé de considérer comme légitimes.

Rappelons à cet égard que c'est bien l'arbitre qui pourra être amené à apprécier la légitimité de ces objectifs.

Il est vrai que l'article 8.9 § 2 prévoit qu'un changement législatif, qui affecte négativement un investissement entrant dans la champ d'application ou qui interfère avec les attentes d'un investisseur, ne constitue pas une violation des standards de protection.

Mais l'article 8.10 §4 dispose que, lors de l'appréciation d'une éventuelle violation du standard de traitement juste et équitable, le tribunal prendra en considération le fait que l'une des Parties a pu créer chez l'investisseur certaines attentes qui ont par la suite été déçues. Il apparait donc que le champ de l'article 8.9 § 2 pourrait être limité par l'application de l'article 8.10 § 4.

En vérité, ce n'est pas tellement l'objectif des mesures réglementaires qui compte plutôt que l'ampleur de l'effet que celles-ci ont ou vont avoir sur les investissements.

Dans certaines affaires au sujet d'autres accords, plusieurs arbitres ont jugé que la poursuite d'un intérêt général ne pouvait à elle seule justifier la non-compensation des investisseurs. Ceci montre bien que le MAE semble sous-estimer les incertitudes qui existent quant à l'interprétation des standards de protection en matière d'investissement.

**Le MAE relève encore dans ses explications que la « définition de la notion d'investisseur est limitée ».**

La notion d'investisseur est effectivement restreinte par certaines conditions, à savoir qu'elle ne concerne qu'« une entreprise constituée et organisée en vertu du droit de cette Partie qui a une activité commerciale substantielle sur le territoire de cette Partie ; ou une entreprise constituée et organisée en vertu du droit de cette Partie qui est directement ou indirectement détenue ou contrôlée par une personne physique ressortissante de cette Partie ou une entreprise telle que mentionnée au point précédent. »

Cependant, il convient d'observer que la question de caractère substantiel des activités de l'entreprise pourra être examinée par une cour d'arbitrage. Il existe des exemples dans la jurisprudence actuelle pour lesquels l'appréciation des juges n'a pas été très stricte (ex : la présence de deux salariés a été considérée comme suffisante, AMTO c/ Ukraine).

**MAE : « Si CETA n'entre pas en vigueur, alors les accords bilatéraux resteront en vigueur alors qu'ils sont moins protecteurs que CETA »**

Il n'est pas vraiment possible d'analyser tous les accords bilatéraux conclus entre le Canada et les États membres de l'UE (ils sont au nombre de 8 et concernent la Croatie, la République Tchèque, la Hongrie, la Lettonie, Malte, la Pologne, la Roumanie et la Slovaquie).

Il est par contre exact que l'article 30.8 § 1 de CETA prévoit que ces accords cessent d'être effectifs et sont remplacés par le CETA à compter de l'entrée en vigueur de celui-ci.

Mais est-ce là vraiment un argument valable pour pousser à la signature de CETA ?

**MAE : « L'ICS est complètement différent de l'ISDS (Investor State Dispute Settlement Mechanism) et respecte tous les prérequis pour l'établissement d'une cour internationale (juges nommés par les parties, indépendance, séances publiques, accès aux documents essentiels). »**

Il y a en effet un certain nombre d'améliorations comme l'introduction d'une cour permanente avec instance d'appel, la nomination des juges par les parties contractantes, les conditions strictes d'indépendance, de qualification et de neutralité des juges, l'obligation de travailler à la mise en place d'une Cour multilatérale, la protection du droit de réglementer, la procédure simplifiée pour les PME, la transparence des procédures, les mesures contre le treaty shopping et les plaintes abusives.

Si ces garde-fous sont nécessaires, il n'en demeure pas moins que le système mis en œuvre reste fondamentalement le même.

Les négociateurs avaient fièrement annoncé aux alentours du mois de février de cette année que les critiques formulées à l'égard de l'ISDS (Investor-State dispute settlement mechanism) avaient été entendues et qu'ils s'étaient mis d'accord pour enterrer l'ISDS et mettre en place un ambitieux « Investment Court system » qui devait résoudre tous les problèmes.

Après une analyse en détails de la nouvelle proposition, la réalité semble malheureusement tout autre, la révolution laisse place à quelques modifications certes bienvenues mais mineures, qui n'apaisent en aucun cas les craintes formulées par le passé à l'égard de l'ISDS, qui restent donc toujours d'actualité.

En effet, les nouvelles sections D et E du chapitre 8 de l'accord CETA ont été quelque peu étoffées mais surtout réorganisées :

- l'ajout d'un article sur le droit de réglementer ressemble à s'y méprendre à une banale déclaration d'intention, voire à une absurde tautologie (N'est-ce pas l'unique fonction des dirigeants élus d'un État que de réglementer dans l'intérêt général ?).
- Il est vrai qu'en cas de saisine de l'ICS par un investisseur s'estimant lésé, ce dernier n'aura pas son mot à dire dans le choix de l'arbitre, puisque le comité joint CETA s'engage à nommer 15 arbitres (5 ressortissants canadiens, 5 ressortissants de l'UE et 5 ressortissants de pays tiers) qui formeront la fameuse « Cour ». Parmi ces 15 arbitres, un sera choisi pour exercer les fonctions de président pendant 2 ans, qui consisteront notamment à désigner les trois arbitres composant la formation de jugement en cas d'affaire soumise à la « Cour ». Notons tout de même que dans la version précédente du CETA, les Parties s'étaient déjà engagées à élaborer une telle liste (la seule différence étant que les Parties doivent obligatoirement choisir 5 arbitres parmi leurs ressortissants, et plus seulement 5 arbitres quelle que soit leur nationalité). Celle-ci devait être utilisée par le secrétaire général du CIRDI<sup>9</sup> pour la désignation d'une formation de jugement à défaut d'accord par les parties au litige sur celle-ci. Précisons également que le secrétaire général du CIRDI retrouve cette même compétence à défaut de décision du comité joint établissant la liste des 15 arbitres.
- Les dispositions du nouvel article 8.30 sur l'éthique correspondent plus ou moins aux dispositions relatives à la possibilité de rejeter la nomination d'un arbitre par l'une des parties au litige ainsi que les exigences d'indépendance et de déontologie que doivent respecter les arbitres, qui étaient auparavant contenues dans l'article relatif à la composition du tribunal arbitral et ont été en réalité simplement déplacées.
- Il est également vrai que les nouvelles dispositions du chapitre 8 mettent en place un mécanisme d'appel mais celui-ci ne pourra pas fonctionner sans une décision du comité joint, qui doit être adoptée promptement... Reste en effet encore à déterminer : le support administratif, la procédure pour interjeter appel et encadrer le déroulement de celui-ci, la procédure de remplacement des arbitres membres de cette « Cour » d'appel la rémunération de ces arbitres, les dispositions relatives aux coûts des procédures d'appel, le nombre de membres de cette « Cour » d'appel, et tous autres éléments nécessaires à son fonctionnement.
- Les dispositions concernant un code de conduite pour les arbitres n'ont en réalité pas été modifiées du tout. Il n'existe pas encore, les Parties se sont simplement engagées à l'adopter à l'avenir, si possible dès l'entrée en vigueur ou dans un délai de deux ans, mais ce délai n'est pas contraignant.

Les autres dispositions de cette section relative au règlement des litiges entre investisseurs et États étant restées identiques, les critiques formulées par une part significative de l'opinion publique restent toujours pertinentes.

Ainsi comment éviter que les investisseurs canadiens soient en réalité mieux traités que les investisseurs européens, ainsi que les citoyens européens ?

Comment éviter que la perspective d'une condamnation à payer d'importantes compensations ne dissuade les États à adopter les réformes qu'ils estiment nécessaires ?

Pourquoi ajouter une pseudo juridiction supplémentaire lorsque tout le monde s'accorde pour dire que les États membres de l'UE et le Canada possèdent des systèmes judiciaires fiables ?

Comment éviter que les décisions de cette « Cour » n'empiètent sur les compétences de la CJUE pour l'interprétation du droit de l'Union par exemple, en particulier si un mécanisme d'appel est mis en place et qu'une décision arbitrale peut être renversée sur le fondement d'une erreur d'interprétation de la loi applicable (article 8.28 § 2 p. 61) ?

<sup>9</sup> Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements

L'accord prévoit qu'un investisseur qui déciderait d'avoir recours à l'arbitrage se doit d'abandonner toute procédure judiciaire en cours et de renoncer à toute procédure judiciaire future pour les mêmes faits, mais il ne prévoit rien pour le cas où l'investisseur en question aurait déjà obtenu une décision judiciaire devenue définitive. Un investisseur pourrait-il donc virtuellement « faire appel » d'une décision judiciaire définitive devant un tribunal arbitral ?

Enfin, des règles relatives à la « consolidation » sont prévues au cas où deux compositions différentes de l'ICS seraient amenées à entendre deux affaires similaires, mais que se passerait-il si des affaires similaires étaient entendues, non pas par deux tribunaux arbitraux, mais par un tribunal judiciaire et un tribunal arbitral ?

**MAE : « L'ICS est conforme au droit de l'UE et notamment le pouvoir d'interprétation du droit de l'UE par la CJUE en ce qu'il ne sera amené à interpréter que les dispositions de l'accord conformément au droit international (cf. avis 1/91 et 1/09) »**

Le MAE affirme cela alors que dans les deux avis cités la CJUE arrivait à chaque fois à la conclusion que le système juridictionnel visé par les projets d'accord international n'est pas compatible avec le traité de l'UE.

Analysons plus en détail l'avis 1/09<sup>10</sup> cité par le MAE et qui est relatif au projet d'accord sur la juridiction du brevet européen et du brevet communautaire, cet avis renvoyant à de nombreuses reprises à l'avis 1/91.

Le projet d'accord sur la juridiction du brevet européen et du brevet communautaire envisageait d'instaurer une juridiction du brevet européen et du brevet communautaire (ci-après la « JB ») qui serait composée d'un tribunal de première instance et d'une cour d'appel, celle-ci étant compétente pour connaître des appels formés contre les décisions rendues par le tribunal de première instance.

La CJUE a relevé dans son avis 1/09 qu'il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour que les traités fondateurs de l'Union ont, à la différence des traités internationaux ordinaires, instauré un nouvel ordre juridique, doté d'institutions propres, au profit duquel les États ont limité, dans des domaines de plus en plus étendus, leurs droits souverains et dont les sujets sont non seulement les États membres, mais également leurs ressortissants.

Les caractéristiques essentielles de l'ordre juridique de l'Union ainsi constitué sont, en particulier, sa primauté par rapport aux droits des États membres ainsi que l'effet direct de toute une série de dispositions applicables à leurs ressortissants et à eux-mêmes (voir avis 1/91, du 14 décembre 1991, Rec. p. I-6079, point 21).

Ainsi qu'il ressort de l'article 19, paragraphe 1, TUE, il est veillé au respect de cet ordre juridique et du système juridictionnel de l'Union par la Cour et les juridictions des États membres.

En outre, il appartient à la Cour d'assurer le respect de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union ainsi créé par les traités (voir avis 1/91, précité, point 35).

Il convient de relever, également, qu'il incombe aux États membres, notamment, en vertu du principe de coopération loyale, énoncé à l'article 4, paragraphe 3, premier alinéa, TUE, d'assurer, sur leur territoire respectif, l'application et le respect du droit de l'Union (voir, en ce sens, arrêt du 16 juillet 1998, Oelmühle et Schmidt Söhne, C-298/96, Rec. p. I-4767, point 23). De plus, en vertu du deuxième alinéa de cette même disposition, les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union. Dans ce cadre, il incombe aux juridictions nationales et à la Cour de garantir la pleine

<sup>10</sup> AVIS 1/09 DE LA COUR (assemblée plénière) 8 mars 2011 «Avis rendu en vertu de l'article 218, paragraphe 11, TFUE – Projet d'accord – Création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets – Juridiction du brevet européen et du brevet communautaire – Compatibilité dudit projet avec les traités»

application du droit de l'Union dans l'ensemble des États membres ainsi que la protection juridictionnelle des droits que les justiciables tirent dudit droit.

En effet, le juge national remplit, en collaboration avec la Cour, une fonction qui leur est attribuée en commun, en vue d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités.

Le système juridictionnel de l'Union est par ailleurs constitué par un ensemble complet de voies de recours et de procédures destiné à assurer le contrôle de la légalité des actes des institutions.

Quant aux caractéristiques de la JB, il importe d'observer, d'abord, que cette juridiction se situe en dehors du cadre institutionnel et juridictionnel de l'Union. En effet, elle ne fait pas partie du système juridictionnel prévu à l'article 19, paragraphe 1, TUE. La JB est une organisation dotée d'une personnalité juridique propre en vertu du droit international.

Conformément aux dispositions de l'article 15 du projet d'accord, la JB est investie de compétences exclusives pour un important nombre d'actions intentées par des particuliers dans le domaine des brevets.

S'agissant d'un accord international, prévoyant la création d'une juridiction chargée de l'interprétation de ses dispositions, la Cour a, certes, jugé qu'un tel accord n'est, en principe, pas incompatible avec le droit de l'Union. En effet, la compétence de l'Union en matière de relations internationales et sa capacité à conclure des accords internationaux comportent nécessairement la faculté de se soumettre aux décisions d'une juridiction créée ou désignée en vertu de tels accords, pour ce qui concerne l'interprétation et l'application de leurs dispositions (voir avis 1/91, précité, points 40 et 70).

En outre, la Cour a souligné qu'un accord international conclu avec des États tiers peut attribuer à la Cour de nouvelles compétences juridictionnelles à condition que cette attribution ne dénature pas la fonction de la Cour telle qu'elle est conçue dans les traités UE et FUE (voir, par analogie, avis 1/92, du 10 avril 1992, Rec. p. I-2821, point 32).

La Cour a également précisé qu'un accord international peut avoir des incidences sur ses propres compétences pourvu que les conditions essentielles de préservation de la nature de celles-ci soient remplies et que, partant, il ne soit pas porté atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union (voir avis 1/00, du 18 avril 2002, Rec. p. I-3493, points 21, 23 et 26).

Cependant, les systèmes juridictionnels ayant fait l'objet des avis susmentionnés visaient, en substance, à résoudre des litiges portant sur l'interprétation ou l'application des dispositions elles-mêmes des accords internationaux en question. En outre, tout en prévoyant des compétences particulières pour des juridictions d'États tiers de saisir la Cour de renvois préjudiciels, lesdits systèmes n'affectaient pas les compétences des juridictions des États membres concernant l'interprétation et l'application du droit de l'Union, ni la faculté, voire l'obligation, de ces dernières de saisir la Cour à titre préjudiciel et la compétence de celle-ci d'y répondre.

En revanche, la juridiction internationale envisagée dans le projet d'accord sur la juridiction du brevet européen et du brevet communautaire est appelée à interpréter et à appliquer non seulement les dispositions dudit accord, mais également le futur règlement sur le brevet communautaire ainsi que d'autres instruments du droit de l'Union, notamment des règlements et des directives avec lesquels ledit règlement devrait, le cas échéant, être lu conjointement, à savoir des dispositions relatives à d'autres régimes de propriété intellectuelle, ainsi que des règles du traité FUE concernant le marché intérieur et le droit de la concurrence. De même, la JB peut être appelée à trancher un litige pendant devant elle au regard des droits fondamentaux et des principes généraux du droit de l'Union, voire à examiner la validité d'un acte de l'Union.

Suite à ces développements la CJUE en a conclu que le système juridictionnel envisagé par le projet d'accord international n'était pas compatible avec le traité et le droit de l'UE.

La CSL est d'avis que le même raisonnement peut être appliqué dans le cas de CETA.

Comment éviter que les décisions de l'ICS empiètent sur les compétences de la CJUE pour l'interprétation du droit de l'Union, en particulier si un mécanisme d'appel est mis en place et qu'une

décision arbitrale peut être renversée sur le fondement d'une erreur d'interprétation de la loi applicable (article 8.28 § 2 p. 61) ?

L'ICS aura forcément non seulement à prendre des décisions d'interprétation des dispositions du CETA, mais sera forcément amené à interpréter et apprécier des dispositions de droit national des Etats membres qui peuvent-elles reposer sur des règles de droit européen.

La CSL a à ce titre une autre lecture de l'article 8.31 avancé par le MAE. Pour la CSL cet article n'interdit pas clairement à l'ICS d'émettre une opinion contraire à celle des juges européens ou nationaux sur un même point de droit relevant de la législation de l'autre partie (voir l'article 8.31 in fine : « ...and any meaning given to domestic law by Tribunal (ICS) shall not be binding upon courts or authorities of that Party. »). Pour la CSL il résulte plutôt de cet article que si l'ICS opte pour une interprétation divergente d'une disposition légale relevant de la législation de l'autre partie comparée à l'interprétation donnée par les tribunaux de cette partie, alors cette interprétation ne s'imposera pas à l'avenir aux tribunaux et autorités de cette partie.

Pour conclure, la question n'est pas aussi simple que ce que le MAE aimerait le laisser entendre.

Rappelons à ce titre qu'il est cocasse de constater que les deux avis cités par le ministère ont tous les deux conclu à l'incompatibilité de l'établissement de la juridiction considérée avec le pouvoir d'interprétation de la Cour !

Eu égard aux problèmes soulevés ci-avant, l'ICS devrait tout simplement être supprimé. Les recours en justice impliquant CETA peuvent très bien être tranchés par les juridictions dont les parties disposent déjà et qui auront de toute façon compétence pour traiter des mêmes litiges.

**MAE : « L'ICS n'établit pas de justice parallèle (art 8 § 1-2 et § 24, interdiction des plaintes parallèles (+ dispositions empêchant les plaintes arbitraires et non-fondées) »**

L'accord prévoit qu'un investisseur qui déciderait d'avoir recours à l'arbitrage se doit d'abandonner toute procédure judiciaire en cours et de renoncer à toute procédure judiciaire future pour les mêmes faits, mais il ne prévoit rien pour le cas où l'investisseur en question aurait déjà obtenu une décision judiciaire devenue définitive.

Un investisseur pourrait-il donc virtuellement « faire appel » d'une décision judiciaire définitive devant un tribunal arbitral ?

Enfin, des règles relatives à la « consolidation » sont prévues au cas où deux tribunaux arbitraux seraient amenés à entendre deux affaires similaires, mais que se passerait-il si des affaires similaires étaient entendues, non pas par deux tribunaux arbitraux, mais par un tribunal judiciaire et un tribunal arbitral (même affaire mais investisseurs différents) ?

Pleines de questions restent ainsi en suspens.

**MAE : « Les investisseurs européens peuvent saisir l'ICS »**

La CSL avait relevé dans ce contexte une discrimination entre investisseurs canadiens et européens qui investissent tous les deux en Europe. Le fait que les investisseurs européens au Canada puissent saisir l'ICS n'est dans ce contexte pas du tout relevant.

**MAE : « Les standards de protection des investissements sont définis de manière précise et une violation de ces standards ne donne droit qu'à des dommages et intérêts »**

Il est évident que l'ICS ne peut juger de la légalité d'une mesure étatique et ne peut par conséquent pas condamner l'une des Parties à abroger une mesure nationale. Il ne faut cependant pas négliger l'effet dissuasif que peut avoir ce genre de procédure.

Quant à la précision des standards de protection des investissements, ceux-ci sont loin d'être transparents.

**MAE : « Toute mesure non discriminatoire visant un but politique légitime ne peut être assimilée à une expropriation sauf si elle est disproportionnée »**

L'annexe 8-A encadre la notion d'expropriation et en particulier d'expropriation indirecte. Mais la non-discrimination n'est pas la seule condition. La mesure doit être adoptée dans un but d'intérêt public, conformément à la loi et surtout déclencher des compensations.

Mais rappelons toutefois que l'expropriation ne représente sans doute pas le plus grand danger en matière de violation des standards de protection des investissements, le standard du traitement juste et équitable est à nos yeux plus problématique.

**MAE : « L'UE et le Canada peuvent s'accorder sur des directives d'interprétation obligatoires (art 8.31 § 3, art 8.38) »**

C'est exact. Ces directives font l'objet d'une décision du comité joint. Rien ne permet de prédire si cela sera fait ou dans quel sens ira l'interprétation.

L'article 8.38 prévoit en outre la consultation écrite de tiers.

**MAE : « En matière de droit du travail :**

- **Chaque partie peut prendre ses propres règles (art 23.2) Exact**
- **Obligation d'améliorer ses dispositions nationales dans le sens d'une meilleure protection.** Cela résulte en effet du même article.
- **Obligation de mettre en œuvre les conventions de l'OIT ratifiées (ratifications récentes par le Canada)** L'article 23.3 prévoit la mise en œuvre des principes contenus dans les 8 conventions fondamentales de l'OIT et les Parties s'engagent à mettre en œuvre les convention qu'ils ont ratifiées. La ratification par le Canada de la convention 138 sur l'âge minimum a eu lieu en juin 2016.
- **Interdiction d'abaisser le niveau de protection pour encourager le commerce ou les investissements (art 23.4) Exact**
- **Interdiction de prévoir des exceptions pour attirer des investisseurs potentiels** Exact (même article)
- **Interdiction de faire en sorte que les dispositions nationales ne soient pas mises en œuvre par non-action** Exact (même article)
- **Procédure particulière de règlement des différends en deux étapes (conciliation puis convocation d'un groupe d'expert)** Exact (articles 23.9 et 23.10)
- **L'avis rendu par le groupe d'expert est contraignant et les Parties rendent publiques les mesures qu'elles ont engagées pour s'y conformer**  
L'avis n'est en aucun cas contraignant. La bonne volonté de la Partie n'ayant pas respecté ses obligations est essentielle dans l'appréciation de la situation. La remise du rapport déclenche en réalité une nouvelle phase de conciliation sans calendrier précis ou encore sanction (art 23.10 § 12).
- **Les Parties travaillent ensemble pour parvenir à un mécanisme de sanction plus efficace** Exact (art 23.11 § 3)

Si la plupart des affirmations du MAE relevées ci-avant sont exactes, il n'en demeure pas moins qu'elles ne répondent pas aux critiques et inquiétudes formulées par la CSL dans son 1<sup>er</sup> avis :

Le texte du CETA laisse beaucoup de place aux bénéfices du développement du commerce international en termes d'emploi (y compris d'emploi décent). La mondialisation n'est envisagée que comme un phénomène positif (« challenges and opportunities »). Le fait d'assurer des conditions de travail décentes et un haut niveau de protection du travail n'est perçu dans CETA que comme un « outil » de l'efficacité économique et non comme un objectif à atteindre.

CETA ne fait par ailleurs référence qu'à la mise en œuvre des conventions fondamentales de l'OIT<sup>11</sup>, et non aux conventions ratifiées par les parties (contrairement à ce qui avait été fait dans l'accord avec la Corée)<sup>12</sup>.

Le paragraphe sur la santé et la sécurité au travail semble tout à fait insatisfaisant, et ceci pour quatre raisons :

- Les parties ne s'engagent qu'à promouvoir les principes de base destinés à prévenir les accidents et les blessures sur le lieu de travail.
- Si, en lui-même, le texte ne remet pas en cause les mesures adoptées pour protéger la santé et la sécurité au travail, il vient confronter trois notions qui ne devraient sous aucun prétexte être associées : santé et sécurité au travail/entrave au commerce/preuve scientifique. Il s'agit là d'un ajout très dangereux.
- Il est fait référence au manque de preuve scientifique irréfutable, celui-ci ne doit en effet pas faire obstacle à l'adoption de mesures protectrices efficaces en termes de coût. La formulation suggère que seules les mesures efficaces en termes de coûts pourraient être appliquées en l'absence de preuve scientifique.
- Les mesures de précaution<sup>13</sup> seraient donc limitées aux mesures efficaces en termes de coût ! (les mesures en faveur de la santé et la sécurité sont rarement perçues par les entreprises comme « efficaces en termes de coûts »)<sup>14</sup>.

Les rédacteurs ont par ailleurs volontairement omis de s'engager à évaluer l'impact de l'accord en termes sociaux, volontairement car une telle obligation est envisagée dans le chapitre environnement et commerce<sup>15</sup>.

Enfin, le plus important défaut de ce chapitre est, en dehors de la création d'un comité, de point de contact et de procédure de dialogue volontaire, qu'il ne fait pas l'objet de mécanismes de mise en œuvre plus protecteurs des salariés. Le texte exclu d'ailleurs expressément le recours au mécanisme de règlement des différends d'État à État (chapitre 29).

**MAE : « Rien dans CETA ne permet de conclure à une remise en question du principe de précaution. »**

Ceci n'était pas le seul souci de la CSL qui regrettait dans sa 1<sup>ère</sup> note surtout que CETA ne promeut pas ce principe.

L'article 191 paragraphe 2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dispose que « La politique de l'Union dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé, en tenant compte de la diversité des situations dans les différentes régions de l'Union. Elle est fondée sur les

<sup>11</sup> La Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, adoptée en juin 1998, souligne ce jeu de principes fondamentaux du travail acceptés par la communauté internationale. La Déclaration recouvre quatre aspects principaux pour l'établissement d'un « plancher » social dans le monde du travail: La liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective; L'élimination de toute forme de travail forcé et obligatoire; L'abolition effective du travail des enfants; L'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession. La Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail concerne tous les Etats Membres de l'OIT, qu'ils aient ou non ratifié les conventions pertinentes.

<sup>12</sup> Article 23.3 § 4

<sup>13</sup> Nous choisissons ici volontairement de ne pas employer le terme de principe de précaution, dans la mesure où l'accord CETA n'en fait aucune mention (voir supra).

<sup>14</sup> Article 23.3 § 3

<sup>15</sup> Article 24.12 § 1 a)

principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et sur le principe du pollueur-payeur. »

Mais dans la pratique, le champ d'application du principe est beaucoup plus large et s'étend au-delà de la politique environnementale, également à la politique des consommateurs, à la législation européenne concernant les aliments, à la santé humaine, animale et végétale.

Le principe de précaution peut être invoqué lorsqu'un phénomène, un produit ou un procédé peut avoir des effets potentiellement dangereux, identifiés par une évaluation scientifique et objective, si cette évaluation ne permet pas de déterminer le risque avec suffisamment de certitude.

La reconnaissance de son rôle dans la garantie d'un niveau élevé de protection de l'environnement grâce des prises de décision préventives en cas de risque a été reconnue au-delà de l'Union européenne, puisqu'il figure notamment dans l'accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS) conclu dans le cadre de l'OMC<sup>16</sup>.

Dans le CETA, au sein du chapitre 24 sur le commerce et l'environnement, un des paragraphes pourrait vaguement faire penser au principe de précaution : « *lorsqu'il existe des risques de dommages graves ou irréversibles, le manque de preuve scientifique irréfutable ne peut être utilisé pour repousser l'adoption de mesures efficaces en termes de coût visant à prévenir des dégradations de l'environnement* » (article 24.8, chapitre environnement, p.195)<sup>17</sup>. Ceci n'est en aucun cas suffisant, le principe de précaution est un élément fondateur de la politique de l'Union en matière gestion des risques pour l'environnement et pour la santé humaine et animale, il devrait trouver sa place dans le CETA.

Rappelons que nous avons constaté que l'utilisation du principe de précaution semblait assez largement reconnue au Canada et ceci même en dehors du champ de la protection de l'environnement, il est donc surprenant et regrettable que celui-ci ne trouve pas une place plus large au sein de l'accord CETA<sup>18</sup>.

**MAE : « Toute Partie peut dénoncer l'accord en respectant un préavis de 6 mois (art 30.9) »**

Ceci est exact (art 30.9 § 1).

Mais il faut noter que le second paragraphe du même article prévoit que, en cas de dénonciation de l'accord, les dispositions du chapitre 8 (investissement) continuent à produire leur effet pendant 20 ans à compter de la date de la dénonciation pour les investissements réalisés avant cette date.

<sup>16</sup> Ces dispositions n'imposent pas au Canada le respect du principe de précaution mais autorisent les membres de l'OMC à appliquer temporairement ce principe s'ils estiment que cela est nécessaire.

Extrait du glossaire OMC : « Les pays Membres sont encouragés à utiliser les normes, directives et recommandations internationales qui existent. Ceux qui le font ne risquent guère d'être contestés juridiquement dans le cadre d'un différend porté devant l'OMC. Ils peuvent cependant adopter des mesures qui entraînent des normes plus élevées s'il y a une justification scientifique. Ils peuvent aussi établir des normes plus élevées sur la base d'une évaluation appropriée des risques, pour autant que l'approche suivie soit cohérente et non arbitraire. Dans une certaine mesure, ils peuvent aussi appliquer le "principe de précaution", une approche du type "la sécurité avant tout", afin de pallier l'incertitude scientifique. L'article 5.7 de l'Accord SPS autorise des mesures "de précaution" temporaires. »

Article 5.7 accord SPS (OMC) : « Dans les cas où les preuves scientifiques pertinentes seront insuffisantes, un Membre pourra provisoirement adopter des mesures sanitaires ou phytosanitaires sur la base des renseignements pertinents disponibles, y compris ceux qui émanent des organisations internationales compétentes ainsi que ceux qui découlent des mesures sanitaires ou phytosanitaires appliquées par d'autres Membres. Dans de telles circonstances, les Membres s'efforceront d'obtenir les renseignements additionnels nécessaires pour procéder à une évaluation plus objective du risque et examineront en conséquence la mesure sanitaire ou phytosanitaire dans un délai raisonnable. »

<sup>17</sup> La traduction ici citée a été réalisée par nos soins. Il est toutefois intéressant de souligner que cette formulation reprend celle du principe n°15 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement. À ce sujet, notons que la version en anglais parle de « cost-effective measures » mais que la version en français parle simplement de « mesures effectives ».

<sup>18</sup> Alinéa 6 du préambule de la Loi canadienne sur la protection de l'environnement de 1999, alinéa 6 du préambule de la loi canadienne sur la sécurité des produits de consommation de 2010 qui supprime d'ailleurs cette notion d'effectivité en termes de coût : « *l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard la prise de mesures visant à prévenir des effets négatifs sur la santé humaine qui pourraient être graves ou irréversibles.* »

## **Conclusion**

La CSL regrette devoir constater que le MAE n'a pas su répondre à ses questions.

Malheureusement les inquiétudes soulevées par la CSL subsistent, raison pour laquelle il y a lieu de les rappeler.

Ainsi il émane de CETA un danger potentiel pour la capacité de légiférer de manière souveraine des Etats membres dans des domaines aussi cruciaux que les services publics sans crainte de devoir payer d'importants dédommagements à d'éventuels investisseurs canadiens.

Si les services publics au sens strict, tel la santé et l'éducation, font l'objet de réserves contenues dans les annexes I et II, l'approche fragmentaire concernant les autres services sociaux reste problématique et ne permet pas de garantir que l'intégralité des mesures nationales existantes ou futures relatives à la fourniture de services publics sera protégée.

Une fois CETA en place, le Luxembourg risque , sous peine d'un non-respect des standards de protection des investissements pouvant entrainer une action devant un tribunal arbitral visant à faire condamner l'État luxembourgeois à payer d'importants dommages et intérêts d'être bloqué notamment dans les domaines suivantes:

- CETA et la législation ASFT

La législation ASFT est complétée par des nombreux règlements d'exécution qui précisent les exigences notamment en termes de personnel, compétences et infrastructures requises pour exercer les activités de ce secteur. Le respect de ces exigences a un coût, et la modification ultérieure de ces exigences viendrait ajouter un surcoût qui pourrait s'avérer important pour un investisseur Canadien déjà installé au Luxembourg. Ce surcoût pourrait par exemple résulter de :

- *Augmentation du nombre de personnel qualifié à employer pour encadrer des personnes âgées ou des enfants*
- *Adoption de nouvelles exigences linguistiques supplémentaires, comme par exemple la maîtrise du luxembourgeois ou d'une autre langue, et impliquant des recrutements ou d'importantes mesures de formation du personnel*
- *Diminution de la durée du travail hebdomadaire des salariés avec maintien de leur niveau de salaire ou encore en cas d'augmentation des salaires fixés dans la convention collective déclarée d'obligation générale dans le secteur ASFT*
- *Diminution des subsides alloués aux prestataires (privés) de services sociaux, comme par exemple une baisse du montant des chèques-service accueil*
- *Augmentation structurelle du salaire minimum (non-prévue par la législation actuelle)*

Selon les cas, cet investisseur pourra invoquer les différents standards de protection des investissements, ici probablement une rupture du traitement juste et équitable, et ainsi réclamer compensation devant un tribunal arbitral.

- CETA et logement

- *Modifier la loi nationale réglementant les prix et les tarifs, comme par exemple la législation bail à loyer* : comme pour le point précédent, toute modification de la loi ayant une incidence défavorable sur l'investissement réalisé par une entreprise ou une personne physique ressortissante du Canada pourra être considérée comme allant à l'encontre des attentes légitimes de cet investisseur et voir l'État condamné à verser d'importantes compensations.

- CETA et l'enseignement / formation

Pour les établissements fournissant des services d'éducation et de formation quelle que soit leur forme ou ce qu'ils enseignent, le même raisonnement s'applique en cas de :

- *Adoption de nouvelles exigences en termes de qualification du personnel, certification des contenus des formations, ou encore de nouvelles exigences concernant les locaux par exemple qui représentent un surcoût non-négligeable pour l'investisseur*
- *Une modification à la baisse de la participation de l'État au financement de ces établissements*

Encore une fois, de telles dispositions pourront être considérées comme un non-respect des standards de protection des investissements.

- Autres services

- Re-réglementer les tarifs appliqués par les auto-écoles et les taxis : les tarifs que les auto-écoles ou compagnies de taxi appliquent à leurs clients ont été libéralisés. Toute re-réglementation de ces tarifs impliquerait une baisse de la valeur d'un investissement réalisé dans ce secteur par un ressortissant (personne physique ou entreprise) canadien. Ce dernier pourrait alors faire appel à un arbitre.

Les nouvelles dispositions de CETA relatives au règlement des litiges entre investisseurs et États étant restées quasi identiques par rapport à la version initiale, les critiques formulées par une part significative de l'opinion publique restent toujours pertinentes.

Comment éviter que les investisseurs canadiens soient en réalité mieux traités que les investisseurs européens, ainsi que les citoyens européens ?

Comment éviter que la perspective d'une condamnation à payer d'importantes compensations ne dissuade les États à adopter les réformes qu'ils estiment nécessaires ?

Pourquoi ajouter une pseudo juridiction supplémentaire lorsque tout le monde s'accorde pour dire que les États membres de l'UE et le Canada possèdent des systèmes judiciaires fiables ?

Voici le relevé des questions qui restent malheureusement en suspens.

---

Luxembourg, le 28 septembre 2016