



CHAMBRE DES SALARIES
LUXEMBOURG

**ANALYSE PRÉLIMINAIRE DE
LA DÉCLARATION
INTERPRÉTATIVE CONJOINTE
DE L'UE ET DU CANADA DANS
LE CADRE DU CETA**

Luxembourg, le 13 octobre 2016

L'essentiel de ce document correspond en réalité à un simple exercice de répétition des « améliorations », des « avancées » prévues par CETA en tant qu'accord de nouvelle génération, qui tiennent compte des préoccupations du public.

Que le but soit informatif ou publicitaire (pour convaincre les parlementaires récalcitrants), il est nécessaire de faire le tri entre ce qui relève du rappel de ce qui relève de directives d'interprétation (I). Seront reprises, dans une deuxième partie, les dispositions qui semblent témoigner d'engagements supplémentaires pris par les Parties (II). Dans une troisième partie, seront ensuite reprises les dispositions qui relèvent de la seconde catégorie et constituent à notre avis des directives d'interprétation (III). Enfin, quelques conclusions sur la valeur juridique de ces directives d'interprétation et engagements peuvent d'ores et déjà être formulées (IV).

I. Analyse du contenu – répétitions

La déclaration interprétative conjointe précise entre autres que :

- *Le CETA n'abaissera pas nos standards de protection et réglementations respectifs relatifs à la sécurité alimentaire, la sécurité des produits, la protection des consommateurs, et la protection de la santé, de l'environnement et du travail.*
 - Il ne suffit pas de l'affirmer pour que cela devienne vrai. Le texte du CETA n'offre pas de garantie, cette affirmation ne le fera pas davantage.

- *Le CETA contient des règles relatives à l'investissement modernes qui préservent le droit de réglementer dans l'intérêt public des gouvernements.*
 - Il s'agit d'une simple répétition de l'article 8.9 du CETA. Il relève 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 est tout simplement ridicule.
De la même façon, affirmer que les gouvernements peuvent décider d'amender leur législation en dépit des effets négatifs qu'un tel changement pourrait avoir sur l'investissement relève à nouveau de l'évidence. Cette déclaration ne reprend même pas le contenu de l'article 8.9 § 3 qui dispose qu'un tel fait ne constitue pas une violation des obligations en matière d'investissement contenues dans le CETA.

- *Le CETA n'aura pas pour effet d'accorder un traitement plus favorable aux investisseurs étrangers par rapport aux investisseurs locaux.*
 - Les investisseurs européens effectuant leur investissement dans l'UE n'entrent pas dans le champ d'application du CETA, ils ne peuvent donc saisir un arbitre pour faire appliquer celui-ci. Les investisseurs canadiens (et les investisseurs européens au Canada évidemment) seront donc mieux traités que les investisseurs locaux.

- *Le CETA contient des standards de protection des investissements clairement définis.*
 - Il ne suffit pas d'affirmer que les standards de protection contenus dans le CETA sont clairement définis pour qu'ils le deviennent. La jurisprudence a prouvé qu'ils étaient évidemment sujets à interprétation. Ceci est plus particulièrement vrai pour le standard de traitement juste et équitable. Si le texte du CETA semble encadrer celui-ci, il fait également appel à des notions vagues, tels qu'un traitement manifestement arbitraire (qui est un des cas de violation du standard de traitement juste et équitable), ou encore les attentes légitimes de l'investisseur. L'article 8.10 §4 dispose en effet que lors de l'appréciation d'une éventuelle violation du standard de traitement juste et équitable, le tribunal prend en considération le fait que l'une des Parties ait pu créer chez l'investisseur certaines attentes qui ont par la suite été déçues.
- *Afin d'entrer dans le champ d'application du CETA, les entreprises doivent avoir un lien économique réel avec le Canada ou l'UE. Les sociétés écran ou boîte aux lettres ne peuvent être considérées comme investisseurs au sens de l'accord.*
 - Rappelons que le texte du CETA fait référence au caractère substantiel des activités de l'entreprise. 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). Il appartiendra en tout état de cause à l'arbitre de décider.

II. Analyse du contenu – engagements supplémentaires

Protection des investissements :

- Les Parties s'engagent à revoir régulièrement le contenu de l'obligation de traitement juste et équitable pour s'assurer qu'il reflète leurs intentions et n'est pas interprété de manière plus large que prévu par les Parties.
- Les Parties s'engagent à faire usage de la possibilité d'adopter des notes obligatoires sur l'interprétation pour éviter ou corriger toute mauvaise interprétation de l'accord par les tribunaux.
- Les Parties s'engagent à surveiller le fonctionnement des règles sur l'investissement, de résoudre rapidement les problèmes qui se présenteront, et de travailler à leur amélioration.
- Les dispositions en matière d'investissement de CETA constituent un modèle pour les négociations futures et pose les bases d'une coopération multilatérale future pour l'établissement d'une Cour internationale sur l'investissement.

Réexamen et consultation des parties prenantes :

- Les Parties s'engagent à faire effectivement usage des mécanismes de réexamen de l'accord dans le cadre des chapitres sur le développement durable, le travail et l'environnement. Elles s'engagent à entamer un réexamen anticipé de ces

dispositions, y compris dans l'objectif d'assurer l'applicabilité effective des dispositions en matière de travail et d'environnement.

- Les Parties s'engagent à consulter régulièrement les parties prenantes, y compris les organisations patronales et syndicales, et les organisations environnementales, sur leur évaluation de la mise en œuvre du CETA.

III. Analyse du contenu – directives d'interprétation

Dans un troisième temps, sont reprises les dispositions de la déclaration interprétative commune que l'on pourrait qualifier de directives d'interprétation. Elles constituent donc les seuls éléments qu'il faut, à notre avis, « retenir » dans le cadre de l'analyse de la valeur juridique de cette déclaration commune (voir infra, IV).

Principes généraux :

- L'accord CETA va stimuler le commerce et l'activité économique, mais également promouvoir et protéger nos valeurs et perspectives communes quant au rôle des gouvernements dans la société.
- L'objet principal du commerce est d'améliorer le bien-être des citoyens en soutenant l'emploi et la création d'une croissance économique durable.

Droit de réglementer :

- CETA préserve la capacité de l'UE et ses États membres et du Canada à adopter et appliquer leurs propres lois et réglementations qui réglementent l'activité économique dans l'intérêt général, pour atteindre des objectifs légitimes de politique publique, tels que la protection et la promotion de la santé publique, de l'éducation publique, de la sécurité, de l'environnement, de la moralité publique, de la protection sociale ou de la protection du consommateur, et la promotion et la protection de la diversité culturelle.

Coopération réglementaire :

- L'objectif de cette coopération est d'atteindre un meilleur niveau de qualité de la réglementation et une utilisation plus efficace des ressources administratives.
- Cette coopération est uniquement volontaire. Les Parties ne sont pas obligées d'y avoir recours ou de mettre en œuvre les résultats de celle-ci.

Services publics :

- Les gouvernements (à tous les niveaux) ont le droit de fournir ou soutenir la fourniture de services publics, y compris dans les domaines de la santé publique, de l'éducation, des services sociaux, du logement, de la collecte, du traitement et de la distribution de l'eau.

- Le CETA n'empêche pas les gouvernements de réglementer la fourniture de ces services ou d'étendre le nombre de services qu'ils prestent au public, et ne contient pas d'obligation de les privatiser.
- Le CETA n'empêche pas les gouvernements de rapatrier dans le giron public des services précédemment privatisés. Aucune privatisation n'est irréversible.

Protection des investissements :

- Afin d'entrer dans le champ d'application du CETA, les entreprises doivent avoir un lien économique réel avec le Canada ou l'UE. Les sociétés écran ou boîte aux lettres ne peuvent être considérées comme investisseurs au sens de l'accord.

Commerce et développement durable :

- Le CETA prévoit des engagements complets et obligatoires en faveur de la protection des droits des travailleurs et de l'environnement.
- Les Parties accordent la plus haute importance à assurer que le CETA produise des résultats tangibles en la matière, et ainsi maximiser les bénéfices qu'il peut apporter aux travailleurs et à l'environnement.

Protection du travail :

- Le CETA oblige les Parties à améliorer leur législation et politiques pour atteindre un haut niveau de protection du travail.
- Le CETA est sans effet sur le droit des travailleurs de négocier, conclure et mettre en œuvre des accords collectifs et d'entamer des actions collectives.
- Le CETA crée un cadre de coopération sur les sujets d'intérêt commun pour s'assurer que l'accord encourage le commerce de manière bénéfique pour les travailleurs et sans remise en cause des mesures de protection du travail.

Protection de l'environnement :

- Le CETA oblige les Parties à fournir et encourager de hauts niveaux de protection de l'environnement, et à s'efforcer de continuer d'améliorer les lois et politiques qui soutiennent ces niveaux de protection. Elles n'abaissent pas leurs niveaux de protection pour encourager le commerce et l'investissement.
- Le CETA inclut des engagements de coopération sur les sujets relatifs à l'environnement et au commerce qui présentent un intérêt commun, tel que le changement climatique au sujet duquel la mise en œuvre de l'accord de Paris sur le climat constituera une importante responsabilité commune des Parties.

L'eau :

- CETA n'oblige pas les Parties à autoriser l'usage commercial de l'eau, et n'interdit pas de revenir en arrière en cas d'autorisation.

Marchés publics :

- Le CETA maintient la possibilité pour les entités adjudicatrices de prévoir des critères environnementaux, sociaux et des critères liés au travail, tel que l'obligation de respecter et adhérer aux conventions collectives de travail (ces critères sont utilisés de manière non discriminatoire et ne peuvent constituer un obstacle non nécessaire au commerce international).

IV. Valeur juridique

Cette déclaration interprétative conjointe est décrite par les Parties comme une déclaration claire et non-ambigüe de l'accord entre l'UE (et ses États membres) et le Canada concernant certaines dispositions de CETA qui ont fait l'objet d'inquiétudes et de débats publics.

Deux types de tribunaux arbitraux seront amenés à interpréter le texte de CETA¹, l'ICS dans le cadre du chapitre sur les investissements et le tribunal arbitral ad hoc mis en place dans le cadre du chapitre 29 sur le règlement des différends². Or, les dispositions pertinentes de ces deux chapitres prévoient le recours à la Convention de Vienne sur l'interprétation des Traités (articles 8.31 § 1 et 29.17) dans le cadre de l'interprétation du CETA le cas échéant.

L'article 31 de cette convention dispose que :

« 1. *Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.*

2. *Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus :*

a) *Tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité ; [...] »*

Ce texte fait donc cohabiter trois méthodes d'interprétation : textuelle (sens ordinaire attribuer aux termes du traité), contextuelle ou systématique (préambule + annexes + déclarations interprétatives) et téléologique (compte tenu du but).

Notons à cet égard que le CETA prévoit en son article 30.1 que les protocoles, annexes, déclarations, déclarations conjointes, et notes de bas de page font partie intégrante de l'accord.

La déclaration ici étudiée va donc relever du contexte et sera donc utilisable (a priori obligatoirement) dans le cadre de l'interprétation des dispositions dans le cadre du CETA. Mais une telle déclaration ne fait que cela, elle fournit davantage de « contexte » que le tribunal prendra en compte lors de l'application ou de l'interprétation des dispositions du CETA. Une telle déclaration n'a en aucun cas pour effet de remplacer ou de modifier ou de réserver l'application des dispositions contenues dans l'accord lui-même, qui demeurent l'objet même de l'interprétation ou de l'application.

Une telle déclaration viendrait s'ajouter aux autres éléments du contexte, que sont le texte du CETA, son préambule, ses annexes et réserves.

En effet, le manuel des Traités édité par le département des affaires juridiques de l'ONU définit les déclarations comme suit : « *Un État peut faire une déclaration sur la façon dont il comprend un passage ou interprète une disposition particulière d'un traité. Ces déclarations interprétatives, au contraire des réserves, n'ont pas pour objectif d'exclure ou de modifier les*

¹ Cette déclaration concerne a priori également les tribunaux nationaux

² Pour les chapitres concernés

effets juridiques d'un traité. Une déclaration interprétative a pour objectif d'éclaircir la signification de certaines dispositions ou du traité dans son ensemble. »

Il convient d'ajouter que l'efficacité de ces déclarations d'interprétation pourrait assez facilement être mise en doute. L'expérience dans le cadre de l'ALENA a montré que celles-ci pourraient par exemple être écartées au motif qu'elles ne constituent pas une interprétation du texte en vigueur mais un amendement de celui-ci, un amendement non-obligatoire dans la mesure où celui-ci n'a pas été adopté conformément à la procédure prévue par l'accord (ex : *Pope and Talbot vs Canada*).

De plus, la Commission du droit international (ONU)³ estime qu'il convient de distinguer les « *simples déclarations interprétatives* » des « *déclarations interprétatives conditionnelles* ». Les premières ne font que faire état de l'interprétation que les Parties font de certaines dispositions du texte. Celles-ci n'excluent pas que cette interprétation puisse être rejetée par un tribunal. Il s'agit d'une simple information préalable indiquant qu'en cas de litige, les Parties défendront une telle interprétation. Les secondes constituent en réalité une condition de la signature de l'accord (et ne peuvent donc en pratique qu'être adoptées au moment de la signature) et excluent toutes interprétations différentes en cas de litige (sans toutefois constituer des réserves).

Malheureusement, dans sa formulation actuelle, la déclaration interprétative ici étudiée semble plutôt appartenir à la première catégorie⁴.

Dans tous les cas, les éléments de cette déclaration interprétative (simple ou conditionnelle) formulés en des termes généraux et déclaratoires (voire purement rhétoriques) ne devraient pas avoir une grande influence sur l'interprétation des arbitres, qui seront en fin de compte ceux à qui appartiendra la décision.

Il est également important de noter que, conformément aux dispositions du CETA, la capacité à adopter des notes interprétatives obligatoires appartient au Comité joint, qui bien entendu n'existe pas encore. Il est difficile de savoir si cela pourrait avoir une influence sur la valeur juridique de cette déclaration interprétative conjointe.

Enfin, et bien que cela puisse paraître évident à première vue, une dernière précision s'impose tout de même. Les conclusions qui viennent d'être dressées quant à la valeur juridique du document ici considéré ne semblent être valables que pour l'interprétation proprement dite des dispositions du CETA. Elles ne concernent pas ce qui a été décrit plus haut comme des « engagements additionnels ». À ce stade de l'analyse, il semblerait que ceux-ci soient dépourvus de toute valeur juridique contraignante.

Luxembourg, le 13 octobre 2016

³ Yearbook of the International Law Commission 2000, Volume 2, Partie 1

⁴ « This interpretative declaration aims to provide a clear and unambiguous statement of what Canada and the European Union and its Member States agreed in a number of CETA provisions that have been the object of public debate and concerns. »