

On fait le point sur...

les accords de libre-échange

Bruno Poncelet ■ Avril 2018

Depuis la ratification du CETA par le Conseil européen (octobre 2016) et le parlement européen (février 2017), les mobilisations contre les traités de libre-échange ont marqué le pas. Est-ce à dire que nous avons été entendus et que les problèmes relatifs aux traités de libre-échange sont aujourd'hui résolus ? Loin s'en faut. En érigeant un arsenal juridique extrêmement favorable aux firmes privées transnationales, le libre-échange reste un enjeu fondamental pour le monde du travail et la société civile. Raison pour laquelle nous allons revenir sur quelques éléments d'actualité, en commençant par les nouvelles en provenance de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE).

Le statut mixte des accords de libre-échange

Une première décision importante est tombée le 6 mai 2017 : interrogée pour savoir si l'accord de libre-échange entre l'Union européenne et Singapour était de compétence mixte (c'est-à-dire engageant des responsabilités politiques à la fois européennes et nationales) ou de compétence exclusivement européenne, la CJUE a reconnu la nature mixte du traité UE-Singapour. Concrètement, cela signifie que ce traité doit impérativement être approuvé par toutes **les assemblées parlementaires des pays membres pour pouvoir entrer en vigueur de façon complète et définitive**. Cette bonne nouvelle doit toutefois être tempérée par le fait que la CJUE n'a accordé ce statut mixte qu'*in extremis*, ne reconnaissant comme nationales qu'une infime minorité des compétences engagées dans le traité¹ (l'essentiel des chapitres émergeant à des compétences reconnues par la CJUE comme exclusivement européennes). Bref, pour maintenir le pouvoir des parlements locaux à approuver ou rejeter de futurs traités de libre-échange, il faudra se montrer extrêmement ferme et vigilant si d'aventure les pays membres de l'Union européenne décidaient, dans les années qui viennent, de transférer par un nouveau traité certaines de leurs compétences politiques à l'Union européenne.

Autre fait regrettable dans l'argumentation de la CJUE : celle-ci ne voit aucun accroc juridique à accorder aux investisseurs le droit de faire circuler sans entraves leurs marchandises et leurs investissements (autrement dit, les lieux fournissant un travail salarié) entre des pays possédant et maintenant entre eux des normes sociales, fiscales et environnementales fortement divergentes. Le phénomène de *shopping législatif* – véritable ADN du libre-échange – et son impact négatif sur les protections sociales (via les « dévaluations » fiscales et sociales toujours plus poussées faites par des gouvernements désireux d'attirer des investisseurs de plus en plus volages) n'est donc nullement mis en cause ou critiqué par la Cour de Justice de l'Union européenne.

Les tribunaux d'arbitrage (recours belge devant la CJUE)

On s'en rappelle, ces tribunaux privés ont été abondamment critiqués lors de l'opposition aux traités de libre-échange. Des critiques motivées par deux raisons complémentaires :

1. leur mode de fonctionnement est loin d'obéir aux standards démocratiques d'un Etat de droit (parmi les griefs épinglés : manque de transparence, nombreux conflits d'intérêts, procédures variables d'une affaire à l'autre, aucune garantie d'impartialité des juges où d'équité dans les jugements) ;
2. indépendamment de leur mode de fonctionnement, le socle juridique servant d'appui aux décisions de ces tribunaux est un **arsenal législatif profondément injuste et cynique offrant des droits abusifs** aux investisseurs étrangers. Lesquels y gagnent notamment le droit unilatéral de poursuivre des Etats malmenant leurs intérêts financiers.

¹Il s'agit principalement des « investissements étrangers autres que directs » (c'est-à-dire ne donnant pas droit ou ne visant pas à un contrôle ou une gestion à long terme de l'activité ou l'entreprise dans laquelle l'argent est investi) et des « Règlements des différends entre investisseurs et Etats » (les fameux tribunaux d'arbitrage).

Cette seconde critique faite aux tribunaux d'arbitrage n'a jamais été soutenue ou relayée par les acteurs politiques disposant d'un pouvoir exécutif. Par contre, l'ancien gouvernement de la Région wallonne (majorité PS-cdH) a entendu et compris les griefs portés contre le mode de fonctionnement des tribunaux d'arbitrage privés. Raison pour laquelle il a conditionné (en 2016) son accord pour ratifier le CETA aux deux points suivants :

1. l'Union européenne devait s'engager à abolir le système des tribunaux d'arbitrage privés pour proposer, en lieu et place, une Cour de justice en matière d'investissement obéissant à des normes de fonctionnement dignes d'un Etat de droit. La Région wallonne insistait également sur la portée multilatérale de cette Cour, appelée selon ses vœux à régler tous les futurs litiges (quel que soit l'accord de libre-échange concerné) opposant des investisseurs aux Etats. Notons que si la Wallonie mène ainsi une attaque frontale contre le mode de fonctionnement arbitraire des tribunaux privés, elle ne change par contre rien au socle juridique, profondément injuste, sur base duquel la future Cour multilatérale des investissements devra rendre justice ;
2. la Belgique (Etat fédéral) devait s'engager à interroger la Cour de Justice de l'Union européenne sur la compatibilité des tribunaux d'arbitrage (prévus dans le CETA) avec le droit européen.

Pour contraindre ces deux acteurs (Commission européenne, Belgique fédérale) à obtempérer en son sens, le gouvernement de la Région wallonne disposait d'un moyen de pression efficace : la possibilité d'enterrer le CETA en cas de vote négatif au parlement wallon. Un moyen de pression qui s'est considérablement émoussé à la suite du changement de majorité politique intervenu en Région wallonne (le MR étant le seul grand parti francophone à se montrer ostensiblement et inconditionnellement favorable aux traités de libre-échange). Avec quelles conséquences concrètes sur les engagements pris par la Belgique fédérale et la Commission européenne ?

Côté belge, le gouvernement fédéral a tenu sa parole en saisissant (en septembre 2017) la CJUE sur la compatibilité des tribunaux d'arbitrage avec le droit européen. La balle est désormais dans le camp de la CJUE qui a 18 mois pour se prononcer.

Même si cela ne préjuge en rien de la décision qu'elle rendra à ce sujet, notons toutefois que la CJUE vient de prendre position contre les tribunaux d'arbitrage privés dans un cas précis : un litige opposant l'assureur hollandais Achmea à la République slovaque. Ce litige fait suite à la décision (en 2006-2007) du gouvernement slovaque d'élargir l'accès aux soins de santé en interdisant aux entreprises privées toute perception de bénéfices dans le secteur des assurances soins de santé². En 2008, l'assureur hollandais Achmea (privé d'une partie de ses profits par cette décision politique) porte plainte devant un tribunal d'arbitrage privé, en se référant au traité bilatéral d'investissement (TBI) actif depuis 1991 entre les Pays-Bas et la République slovaque. Finalement condamnée à verser 22 millions € de dommages et intérêts à Achmea, la République Slovaque a ensuite contre-attaqué devant la Cour de Justice de l'Union européenne pour contester la légitimité du tribunal d'arbitrage privé à statuer sur cette affaire... Dans un arrêt rendu le 6 mars 2018, la CJUE donne raison à la République slovaque sur base du raisonnement suivant : le conflit juridique oppose deux acteurs (l'un privé, l'autre public) issus de pays membres de l'Union

² Cette loi a ensuite été invalidée par la Cour constitutionnelle de Slovaquie, obligeant ainsi le gouvernement à adopter une nouvelle loi (en janvier 2011) qui a de nouveau autorisé les bénéfices privés dans le secteur des assurances soins de santé.

européenne ; or, la construction européenne repose sur un principe de confiance mutuelle et de partage de valeurs fondamentales incarnées dans le droit national de chaque Etat membre et le droit de l'Union européenne ; par conséquent, le tribunal d'arbitrage (qui n'émerge ni du droit national ni du droit européen) interfère avec ce principe de confiance mutuelle prévalant entre pays européens. Conclusion : l'intervention de ce tribunal d'arbitrage, dans un dossier intra-européen, n'est pas légitime car incompatible avec le socle juridique sur lequel se construit l'Union européenne. Par cette décision, la CJUE porte évidemment un rude coup aux tribunaux d'arbitrage privés mis en place dans le cadre des 196 traités bilatéraux d'investissements (TBI) signés entre pays membres de l'UE. Par contre, l'arrêt de la CJUE ne dit rien quant à la légitimité des tribunaux d'arbitrage privés statuant dans le cadre d'accords de libre-échange négociés par l'Union européenne avec des pays tiers.

Passons à présent à la Commission européenne : après le changement de majorité politique intervenu en Wallonie, a-t-elle donné suite à la demande de mettre en place un système de Cour multilatérale sur l'Investissement obéissant à des standards démocratiques ?

Les tribunaux d'arbitrage

(vers le retour de l'AMI qui nous veut du mal ?)

Avant de répondre à la question, une précision est nécessaire : sur le fond, la demande faite par la Région wallonne sur ce point était une « fausse bonne idée ».

Certes, supprimer les dérives anti-démocratiques du mode de fonctionnement des tribunaux d'arbitrage privés est une nécessité. Mais proposer de le faire via la mise en place d'une Cour multilatérale exclusivement consacrée à la protection des investissements laisse entier le problème de fond : **ces tribunaux** (privés hier, publics demain ?) **ont pour mission de rendre contraignantes les pires normes juridiques incluses dans les traités de libre-échange**, en accordant des droits démesurés aux investisseurs. Non seulement ceux-ci peuvent faire circuler de façon inconditionnelle leurs capitaux et leurs marchandises (notamment pour délocaliser la production vers des pays à bas coût salarial, sans sécurité sociale, sans justice fiscale, sans norme environnementale élevée, etc.), mais ils y occupent toujours la place de victime exigeant d'« Etats voyous » d'importantes réparations financières suite à des pertes de bénéfices dues aux politiques publiques. Dès lors, proposer la mise en place d'un **système de justice sur l'investissement multilatéral pourra contribuer à étendre plus rapidement** – tant du point de vue géographique que politique – ce droit de contrainte bénéficiant aux seuls investisseurs.

Ne voyant donc aucun problème à mettre en place un système de tribunal focalisé sur le seul droit des investisseurs, la Commission européenne s'est attelée à donner suite à l'exigence wallonne. Ce 20 mars 2018, elle a ainsi obtenu du Conseil européen un mandat de négociation officiel pour mettre en place cette Cour multilatérale sur l'investissement. Et comme on pouvait le craindre, le mandat de négociation ne vise qu'à rendre contraignant le droit des investisseurs à contester des décisions étatiques bridant leurs bénéfices. A l'inverse, aucune procédure ou mandat de négociation n'est lancé pour créer un système judiciaire international visant à sanctionner des investisseurs coupables de dumping social, d'évasion fiscale, de violation des droits humains, de pillage de ressources naturelles ou de mises à sac d'écosystèmes.

Aucun pouvoir exécutif – national ou régional – ne semble vouloir brider les orientations idéologiques clairement néolibérales de la Commission européenne. (Et ce ne sont pas les nouvelles « lignes rouges » de l'actuelle majorité politique wallonne qui vont nous rassurer sur ce point.) Dès lors, le dossier de la mise en place de la Cour multilatérale sur l'investissement repose sur une institution politiquement et idéologiquement dangereusement « orientée ». Dans ces conditions, nous pourrions assister, **avec la Cour multilatérale sur l'investissement, à l'une des pires dispositions prévues par feu l'Accord multilatéral de l'investissement tué par les mobilisations sociales il y a une vingtaine d'années.**

De nouvelles « lignes rouges » wallonnes

Avant de répondre à la question, une précision est nécessaire : sur le fond, la demande faite par la Région wallonne sur ce point était une « fausse bonne idée ».

Changement de majorité politique oblige, le cdH a revu ses positions politiques en approuvant, le 28 février 2018, de nouvelles « balises wallonnes » valables pour tous les accords de libre-échange à venir. Passons brièvement en revue ces nouvelles balises (du point de vue des enjeux démocratiques, écologiques et sociaux), en mentionnant certaines différences de fond avec les positions de l'ancienne majorité politique (lors d'un vote au parlement wallon intervenu en avril 2016, soit quelques mois *avant* la saga « Paul Magnette contre le CETA »).

Sur le plan **démocratique**, voici les principales balises wallonnes à retenir.

Balises wallonnes Résolution du 28 février 2018
Volet démocratique
Mandat de négociation : il doit être transparent (l'ancienne majorité politique allait plus loin en exigeant une transparence du processus de négociation).
Prévoir diverses mesures de suivi : rapport annuel au parlement wallon, monitoring (évaluations synthétiques et globales à intervalles réguliers) incluant les dimensions économiques, environnementales, sanitaires et sociales.
Refuser toute approche par liste négative³ et exclure les services d'intérêt général (l'ancienne majorité politique allait plus loin en proposant d'exclure les services d'intérêt général mais aussi les services d'intérêt économique général tels que services postaux, réseaux de transport, d'énergie, de communications).

³ Un accord de libre-échange par liste positive ne met en concurrence et/ou ne privatise que les activités et secteurs spécifiquement nommés dans les annexes du traité. Un accord de libre-échange par liste négative met en concurrence et/ou privatise toutes les activités et secteurs qui ne sont pas spécifiquement nommés dans les annexes.

Cour multilatérale des investissements : elle devra respecter des garanties juridictionnelles et être munie d'un mécanisme de veto empêchant les recours abusifs des investisseurs contre les Etats (notons que le mandat de négociation confié à la Commission européenne cite l'objectif de lutte contre les recours abusifs, mais sans mentionner explicitement un mécanisme de veto).

Prévoir des dispositions pour coopérer en faveur de la transparence fiscale et la lutte contre les délits fiscaux tels que le blanchiment d'argent, l'évasion et la fraude fiscales (la précédente majorité mentionnait également un objectif de prévention contre les crises financières « oublié » par l'actuelle majorité).

L'ancienne majorité politique ajoutait également des exigences quant à la **nature mixte des traités**, **le refus de toute mise en œuvre provisoire** ou encore l'existence de clauses sociales, écologiques et circuits courts pour les **marchés publics**. A l'inverse, le texte de **l'actuelle majorité** revient à plusieurs reprises sur l'importance de défendre les intérêts en matière d'**exportations wallonnes**.

Les nouvelles balises wallonnes constituent un recul par rapport à celles défendues par l'ancienne majorité. Néanmoins, certaines balises restent pertinentes à condition, toutefois, qu'elles constituent des lignes rouges « solides » et « infranchissables » au moment de voter pour ou contre un traité de libre-échange.

Sur le plan **social**, voici les principales balises wallonnes à retenir :

Balises wallonnes Résolution du 28 février 2018
Volet social
Clauses sociales : il faut encourager l'application des conventions fondamentales de l'OIT et prévoir un niveau minimum en matière de normes sociales, environnementales et de sécurité (l'ancienne majorité précisait que ces clauses devaient être contraignantes et transversales, ce que l'actuelle majorité ne fait pas).
Travaux de l'ONU visant à mieux contrôler l'impact des multinationales sur les droits humains : la Belgique devrait participer de façon constructive à ces travaux (l'ancienne majorité politique réclamait une clause juridiquement contraignante et suspensive en matière de droits de l'homme).
Clause de sauvegarde agricole à activer en cas de déstabilisation du secteur par des importations trop massives et chapitre en faveur des PME (il s'agit, grosso modo, des mêmes demandes que l'ancienne majorité).

Si une participation constructive de la Belgique aux travaux de l'ONU pour contrôler l'activité des multinationales est assurément un bon point (à condition toutefois que la Belgique participe à ces travaux, boudés par l'ensemble des pays développés, de façon réellement constructive et non pas pour les « torpiller »), le principal recul de l'actuelle majorité consiste dans l'abandon du terme « contraignant » eu égard aux clauses sociales. Or, c'est précisément sur ce point que les accords de libre-échange sont le plus contestables : ceux-ci accordent des droits juridiquement contraignants aux investisseurs (notamment contre les Etats) et n'offrent, en retour, pour les enjeux sociaux ou environnementaux, que des mécanismes dialogue ou de coopération internationale reposant sur la « bonne volonté » sans aucune obligation de résultat, ni contrainte juridique, ni sanction judiciaire possible. Bref, les nouvelles balises sociales wallonnes ne sont certainement pas de taille à enrayer le dumping social ou fiscal légalisé et encouragé par les accords de libre-échange.

Passons enfin aux balises **environnementales** :

Balises wallonnes Résolution du 28 février 2018
Volet environnemental
Accords multilatéraux en matière d'environnement : encourager leur ratification et leur application.
Normes environnementales ou de sécurité : prévoir un niveau normatif minimum avec une clause de statut quo (l'ancienne majorité précisait que ces clauses devaient être contraignantes et respecter le principe de précaution).
Développement durable : des mesures dissuasives, assorties de mécanismes de plainte et d'enquête, doivent être prévues en cas de viol grave et démontré du développement durable (c'est le seul thème « citoyen » sur lequel l'actuelle majorité réclame des procédures d'enquête et de plainte, sans toutefois préciser si cela peut déboucher sur des décisions de justice réellement contraignantes).

A nouveau, il est essentiellement question « d'encourager » ou « d'inciter » mais nullement de contraindre les futurs accords de libre-échange à s'inscrire dans le cadre d'un meilleur respect de l'environnement. Or, en boostant le développement du commerce international selon le bon vouloir et les intérêts cupides des investisseurs, il est évident que les accords de libre-échange ont un impact fortement négatif sur l'environnement, notamment en matière de réchauffement climatique. Ici encore, les nouvelles balises wallonnes restent loin en-deçà des attentes de la société civile.

| A quand de nouvelles mobilisations ?

On le constate : le libre-échange reste un sujet plus que problématique. C'est d'autant plus vrai qu'une vingtaine d'accords de libre-échange sont sur le point d'être adoptés, finalisés ou lancés sans qu'aucun changement majeur de cap politique n'apparaisse au sein des pouvoirs exécutifs (gouvernements nationaux, Commission européenne).

De nouvelles mobilisations seront donc nécessaires pour marquer des points dans ce dossier crucial. Rappelons que les traités de libre-échange constituent un gros caillou dans la chaussure du monde syndical et qu'ils pèsent lourd dans les mutations juridiques en cours (flexibilisation du travail, austérité, recul des pensions, gel ou modération salariale). En effet, le libre-échange échafaude et renforce un système juridique contraignant qui orchestre une compétitivité internationale de plus en plus rude et de plus en plus injuste, où les législations (sociales, environnementales, fiscales...) sont livrées en pâture au libre-choix des investisseurs. Disposant d'un capital de plus en plus mobile au fur et à mesure que les freins politiques/législatifs/institutionnels sont démantelés par les accords de libre-échange, ceux-ci se jouent alors de plus en plus facilement des « contraintes » démocratiques locales.

Si certaines associations sont restées actives contre le libre-échange, leur action n'a toutefois donné lieu à aucune mobilisation ou manifestation importante. D'une part, une certaine « phase de récupération » a été nécessaire après trois ans ininterrompus d'investissement (souvent militant) et d'énergie dépensée sans compter dans les mobilisations passées. D'autre part, pour mobiliser massivement, un nouvel (et solide) argumentaire est sans doute nécessaire sur ce dossier. C'est pourquoi un ouvrage de vulgarisation sur le libre-échange est en cours de rédaction (au sein du CEPAG), dont la publication sous forme de livre est prévue à l'automne prochain.