

Le CETA porte atteinte à la Constitution française – Analyse détaillée

Paris, le 13 février 2016

foodwatch, l'Institut Veblen et la Fondation Nicolas Hulot (FNH), ont sollicité l'avis de Dominique Rousseau, professeur de droit constitutionnel et d'Évelyne Lagrange et Laurence Dubin, professeurs de droit international public (1) sur la question de la compatibilité du CETA avec la Constitution française.

Selon leurs analyses, et en dépit des textes annexés *in extremis* au CETA pour assurer son adoption par le Conseil de l'Union européenne le 30 octobre 2016 (2), l'accord économique et commercial global conclu entre l'Union européenne et le Canada (CETA) contient toujours des dispositions qui portent atteinte à la Constitution française. foodwatch, l'Institut Veblen et la FNH mettent l'accent dans cette note sur trois atteintes fondamentales à la Constitution qui ressortent de ces analyses.

A la veille de son examen par le Conseil de l'UE, le CETA a fait l'objet d'intenses discussions pour dépasser les réticences autrichiennes, le « veto » wallon et répondre aux conditions préalables à la signature du CETA posées par les juges constitutionnels allemands. La Cour de Karlsruhe, saisie par foodwatch et plus de 120 000 requérants, avait en effet dit comment le CETA devait se comprendre : a) l'application provisoire ne pouvait concerner que les domaines de compétence incontestés de l'UE ; b) le gouvernement allemand devait avoir son mot à dire sur les travaux du comité mixte du CETA et c) l'application provisoire de l'accord devait être réversible pour un État membre (3).

L'ensemble de ces tractations a conduit à la préparation à la dernière minute d'un instrument interprétatif conjoint annexé au CETA et de 38 déclarations annexées au procès verbal de la décision du Conseil de l'UE pour obtenir un accord sur la signature. Après vote du Conseil de l'UE et signature de l'accord, le texte est désormais entre les mains du Parlement européen. S'il est approuvé le 15 février, l'accord entrera en application provisoire, avant que les Parlements nationaux ne soient consultés à leur tour en vue de la ratification par les États membres.

Ce processus complexe de ratification suit son cours alors même que la Belgique a annoncé, conformément aux négociations internes menées notamment avec la Wallonie, son intention de saisir la Cour de Justice de l'UE pour vérifier la compatibilité du CETA avec les traités européens.

Une première question se pose quant au statut de ces textes additionnels.

Concernant l'instrument interprétatif commun, il n'y a guère de doute : il s'agit d'un texte élaboré conjointement par l'Union européenne et le Canada. Annexé au traité, il fait pleinement partie de l'accord (cf. article 30.1 du CETA) et sa portée juridique est contraignante. Cela signifie que le CETA devra être mis en œuvre et interprété à la lumière de ce texte. Néanmoins, selon les dires de la Commission elle-même, il vise essentiellement dans le cas présent à préciser l'intention des parties. Par conséquent, il ne modifie pas à proprement parler le contenu du CETA – ce n'est pas sa fonction – mais en orientera plus ou moins l'interprétation juridictionnelle (celle des juges - nationaux ou de l'UE - qui seront saisis pendant la phase de ratification ainsi que celle des arbitres saisis après son entrée en vigueur).

L'instrument interprétatif annonce par ailleurs des modifications concernant le mécanisme de règlement des différends Etat (ou UE)/investisseur étranger (cf. analyse, point 1). En effet, l'UE et le Canada ont pris, dans cet instrument, l'engagement additionnel de travailler sur un code de conduite pour mieux garantir l'impartialité des membres des tribunaux, notamment quant à leur rémunération et leur désignation, avant l'entrée en vigueur de ce mécanisme. Si cet engagement confirme le caractère perfectible du contenu du CETA, il signifie aussi que les eurodéputés comme les parlementaires nationaux auront à se prononcer sur un texte dont certaines dispositions cruciales ne sont pas définitives.

Concernant les 38 déclarations annexes, celles-ci ont été préparées par plusieurs institutions européennes ainsi que des États membres (Conseil de l'UE, Commission européenne, Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Grèce, Hongrie, Irlande, Pologne, Portugal, Roumanie, Royaume Uni et Slovaquie). Elles sont annexées au procès verbal du Conseil et engagent uniquement leurs auteurs. Par conséquent, elles ne lient aucunement le Canada et n'auront aucun effet contraignant.

A la lumière du statut juridique et du contenu de ces instruments additionnels, il apparaît donc que plusieurs dispositions du CETA portent toujours atteinte à la Constitution, ce qui pourrait rendre impossible la ratification par la France de l'accord CETA en l'état.

1) Le principe d'égalité

Le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et État ou Union européenne (RDIE) permet aux investisseurs étrangers, et à eux seuls, d'introduire une plainte devant un tribunal international spécialement constitué pour la protection des investissements. Ce tribunal sera à même de juger de la compatibilité des mesures prises par un État membre de l'Union européenne ou l'Union européenne avec les dispositions du CETA et les multiples droits qu'il reconnaît aux investisseurs étrangers afin que ces derniers puissent obtenir réparation de mesures préjudiciables.

Ce mécanisme introduit donc une inégalité devant la loi entre *investisseurs nationaux* et *investisseurs étrangers*. Or, en dépit des éléments ajoutés dans l'instrument interprétatif commun (« *CETA will not result in foreign investors being treated more favourably than domestic investors* »), une inégalité de traitement procédural subsiste. En cas de contestation d'une décision de politique publique prise par la France, les investisseurs étrangers bénéficieront d'une voie de droit spéciale pour protéger leurs intérêts, contrairement aux investisseurs nationaux. N'étant toujours pas tenus d'épuiser les voies de recours nationales, les investisseurs étrangers pourront donc les contourner et décider de saisir directement le tribunal international parallèle créé par le CETA.

2) « Les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale »

Le CETA était et demeure susceptible de porter atteinte aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté » telles que le Conseil constitutionnel les comprend. D'une part, il dépouille les juridictions nationales de leur compétence ordinaire au bénéfice du tribunal international au gré des investisseurs étrangers (voir *le principe d'égalité* ci-dessus) ; d'autre part, il modifie les conditions d'exercice des pouvoirs du parlement – pouvoir normatif et pouvoir de contrôle –, mais aussi des autorités administratives.

Le CETA crée plus d'une dizaine de comités (le Comité mixte, les comités spécialisés comme le comité de gestion mixte des mesures sanitaires et phytosanitaires, le comité sur les services et les investissements, *etc.*), dont certains pourront exercer leurs fonctions dès le début de l'application provisoire. Parmi ces comités, le Comité mixte joue un rôle prépondérant. Il réunit des représentants du Canada et de l'Union européenne mais ne compte aucun représentant des États membres malgré

l'important pouvoir de décision et d'interprétation dont il est doté. Collaborant avec les comités spécialisés, le Comité mixte interfère dans l'exercice du pouvoir des États membres et des instances de l'Union européenne en matière législative et réglementaire.

Le Conseil et les États membres de l'UE ont précisé dans la déclaration 19 que sur les sujets relevant de la compétence des États membres, les positions européennes seraient prises conjointement avec ces derniers. Il reste que, faute de clarté sur la délimitation précise des compétences respectives ainsi que de détails sur sa mise en œuvre effective, cet engagement, bienvenu, doit être précisé. Or la question de la répartition des compétences entre l'UE et les États membres est délicate. Ainsi, les institutions de l'UE ont à ce jour accepté de considérer le CETA comme un accord mixte ; pour autant, il n'est pas certain que les dispositions retenues par l'UE pour une entrée en vigueur provisoire du CETA ne couvrent que des compétences exclusives et indiscutées de l'Union.

De plus, le CETA prévoit que les parties mettent en place des mécanismes de coopération réglementaire afin de réduire les barrières non tarifaires au commerce, par l'harmonisation ou la reconnaissance mutuelle de leurs normes. Ces mécanismes, notamment prévus au chapitre 21 de l'accord, créent de nouvelles contraintes par rapport à la fonction de « faire la loi ». Ces contraintes risquent de porter atteinte aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale », telles que définies dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel. S'il est rappelé explicitement dans l'instrument interprétatif commun que ces mécanismes sont volontaires, le risque qu'encourt l'État de devoir payer des indemnités très importantes en cas de plainte devant le tribunal international par des investisseurs privés ou tout simplement d'être entraîné dans une procédure longue et coûteuse est susceptible de dissuader les autorités nationales de se soustraire aux mécanismes de coopération réglementaire.

Indépendamment de la coopération réglementaire, la faculté donnée aux investisseurs étrangers de saisir le tribunal international contre l'État pourrait produire un effet dissuasif au moment d'adopter de nouvelles législations qui pourraient être jugées incompatibles avec les exigences du CETA. C'est d'autant plus vrai que l'État est aussi exposé à d'autres recours, réservés cette fois aux parties à l'accord (concrètement ici : le Canada), soit devant l'Organe de règlement des différends de l'OMC (l'ORD), soit devant le mécanisme de règlement des différends entre parties prévu par le CETA (voir son article 29.3).

Le CETA opère ainsi des transferts de compétences vers des organes (Comités mixte, comités spécialisés, tribunal compétent pour le règlement des différends entre autorités publiques et investisseurs) qui ne se rattachent ni à l'ordre juridique de l'Union européenne, ni à celui de ses États membres mais dont les pouvoirs peuvent les contraindre directement ou indirectement.

Il convient d'autant plus de vérifier la compatibilité de ces transferts de compétences normatives ou juridictionnelles (v. l'analyse sous 1) avec la Constitution que les conditions de dénonciation d'un accord aussi contraignant dans des domaines intéressant « les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » ne sont pas clairement définies. En particulier, la faculté pour un État membre de dénoncer unilatéralement l'accord n'est pas certaine.

Certaines déclarations intra-européennes prétendent certes clarifier le processus pour arrêter l'application provisoire à la suite d'une éventuelle décision d'inconstitutionnalité d'une cour constitutionnelle ou d'un échec définitif d'un processus national de ratification. Toutefois, elles ne précisent pas ce que recouvre précisément cette notion d'échec définitif. Après notification par l'État membre concerné, il reviendra à l'Union européenne de proposer au Conseil de voter la fin de l'application provisoire de l'accord. Cette décision devrait vraisemblablement être prise à l'unanimité, ce qui ne garantit donc pas à l'État concerné que l'application provisoire cessera parce qu'il ne peut ratifier l'accord.

Enfin, la procédure de dénonciation par un État membre de l'accord après son entrée en vigueur pleine et définitive n'a jamais été évoquée. Si l'article 30.9 du CETA sur l'extinction de l'accord prévoit les modalités de dénonciation de l'accord par une partie, il ne contient aucune précision quant à ce que signifie exactement le terme « partie ». Désigne-t-il ici l'UE et/ou les États membres (cf. art. 1.1 du CETA) ? En outre, quelle que soit la procédure de dénonciation, l'accord contient une clause de survie selon laquelle l'ensemble du chapitre huit sur les investissements et l'arbitrage restera en vigueur pendant 20 ans après une éventuelle dénonciation du CETA afin de protéger les investissements effectués avant cette date. Là encore, les « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » peuvent s'en trouver affectées.

3) Le principe de précaution

Le principe de précaution permet de prendre des mesures visant à protéger les citoyens face à des risques potentiels, particulièrement dans le domaine de la santé ou de l'alimentation.

En France, le principe de précaution est inscrit dans la Constitution depuis 2005. L'article 5 de la Charte de l'environnement dispose en effet : « Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ». L'article 10 de la Charte énonce qu'elle inspire l'action européenne et internationale de la France.

De fait, l'article 191 TFUE contraint l'UE à fonder son action sur « les principes de précaution et d'action préventive » dans le domaine de l'environnement – et en pratique également dans le domaine de l'alimentation et la santé humaine, animale et végétale.

Or, l'accord CETA, intervenant dans de nombreux domaines relatifs à l'environnement, ne prévoit aucune « mesure propre à garantir le respect du principe de précaution », selon la formule utilisée par le Conseil constitutionnel en 2008. Dans l'accord interprétatif commun, l'UE, ses membres et le Canada, « réaffirment les engagements qu'ils ont pris en matière de précaution dans le cadre d'accords internationaux ». Il reste que la portée de cet engagement est limitée dans la mesure où seule la « précaution » est évoquée dans l'instrument interprétatif – et non le principe de précaution. Or, la consistance et la portée, sinon du principe, du moins de la précaution requise, sont sujettes à variations selon les systèmes juridiques. Elles diffèrent par exemple en droit de l'OMC, en droit de l'UE ou en droit constitutionnel français. Si certaines déclarations, comme celles rédigées par la Commission, la Slovénie et la Belgique, sont plus précises, elles n'engagent de toute façon pas le Canada.

Les difficultés soulevées par le CETA concernant le principe de précaution et analysées dans l'étude publiée par foodwatch en juin 2016 réalisée par quatre juristes européens sont ainsi confirmées et restent d'actualité (4).

En définitive, les instruments interprétatifs communs ou particuliers n'altèrent pas la nécessité de soumettre le CETA tant à la CJUE qu'au Conseil constitutionnel avant ratification (5).

Notes :

(1) Dominique Rousseau est professeur de droit constitutionnel à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, ancien membre du Conseil supérieur de la magistrature de 2002 à 2006. Ses recherches portent principalement sur le contentieux constitutionnel et la notion de démocratie.

Évelyne Lagrange est professeure de droit public à l'école de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et directrice du Master recherche Droit international public et organisations internationales dans cette université. Ses recherches portent notamment sur les organisations internationales et les rapports entre droit interne et droit international. Elle est l'auteur d'une étude sur l'application des accords relatifs aux investissements dans les ordres juridiques internes à paraître dans l'ouvrage dirigé par S. Cuendet, *Droit des investissements étrangers*, Larcier, 2017.

Laurence Dubin est professeure de droit public à l'Université Paris 8 Saint-Denis et directrice du laboratoire de recherche juridique Forces du droit. Ses recherches portent notamment sur le droit international des échanges.

(2) Instrument interprétatif commun concernant l'accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part :

<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13541-2016-INIT/en/pdf>

Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part - Déclarations à inscrire au procès-verbal du Conseil :

<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13463-2016-REV-1/fr/pdf>

(3) Jugement du 13 octobre 2016 CETA – Provisional Measures (Case reference 2 BvR 1368/16 et al.)

<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2016/bvg16-071.html>

(4) TAFTA et CETA : l'Europe prête à brader le principe de précaution (28/06/2016) :

<http://bit.ly/2egdtUH> (résumé de l'avis juridique en quatre points clés et cinq exemples, et analyse juridique complète)

(5) Les accords internationaux de commerce et d'investissement : Ne sacrifions pas les droits de l'homme aux intérêts commerciaux - L'exemple de l'accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada (CETA)

<http://www.cncdh.fr/fr/publications/ne-sacrifions-pas-les-droits-de-lhomme-aux-interets-commerciaux-avis-sur-le-ceta-et-les>