



HAL
open science

L'AECG devant le Conseil constitutionnel: much ado about quite nothing!

Xavier Magnon

► **To cite this version:**

Xavier Magnon. L'AECG devant le Conseil constitutionnel: much ado about quite nothing!. *Revue française de droit constitutionnel*, 2018. hal-01725377

HAL Id: hal-01725377

<https://hal.science/hal-01725377v1>

Submitted on 7 Mar 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'AECG devant le Conseil constitutionnel : *much ado about quite nothing* !

Xavier Magnon

Professeur de droit public

Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France

La litanie traditionnelle du contrôle de constitutionnalité des engagements internationaux relatifs à l'Union européenne, selon laquelle, « l'autorisation de ratifier le traité X ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution », s'est tue : « L'accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, signé le 30 octobre 2016 à Bruxelles, ne comporte pas de clause contraire à la Constitution ». Certes, il n'est pas ici question de contrôle d'un traité modificatif des traités sur l'Union européenne, mais d'un traité conclu par l'Union européenne et par les États membres de l'Union. C'est d'ailleurs précisément cette double dimension, européenne et nationale, et, plus précisément, l'exigence de mise en œuvre d'une procédure de ratification nationale, qui a permis l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité sur ce traité en France¹. Il n'en reste pas moins que sa dimension européenne, à savoir le fait que l'Union y soit partie dans un domaine qui relève de sa compétence, colore la décision d'une lumière particulière. Le Conseil constitutionnel fait d'ailleurs état d'un engagement international « en étroite coordination avec » le droit de l'Union européenne². L'apport de la décision réside incontestablement dans l'usage des principes et règles inhérents à l'identité constitutionnelle de la France dans un contrôle de constitutionnalité conduisant à remettre en cause des stipulations des traités sur l'Union européenne déjà en vigueur. Pour le reste, tout un ensemble d'éléments de la décision n'appellent pas de commentaires particuliers et il n'en sera fait état que de manière brève. Sur le fond, le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel est dicté par la saisine des députés et s'articule autour de questions relativement disparates.

La structure de la décision demeure classique. Après avoir exposé l'objet du contrôle, l'accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, les griefs avancés par les requérants, rappelé les normes de référence du contrôle, le Conseil constitutionnel procède à l'examen au fond de la régularité de l'accord au regard de la Constitution, en fonction des stipulations dont la constitutionnalité est dénoncée et des griefs d'inconstitutionnalité soulevés.

¹ De manière quelque peu originale, du moins pour un constitutionnaliste, la déclaration n° 20 du Conseil du 14 janvier 2017, déclaration qui fait partie intégrante de l'accord, envisage l'échec, et même l'échec définitif, de la procédure interne de ratification par l'un des États parties « en raison d'une décision prononcée par une Cour constitutionnelle », voir *infra*.

² Le Conseil constitutionnel a fait, à cette occasion, quelque peu évoluer le considérant de principe formulant les cas d'inconstitutionnalité susceptibles d'être constatés à l'encontre d'un engagement international. Alors qu'il n'était question que des « engagements souscrits à cette fin », sous-entendu la création d'une organisation européenne permanente, s'ajoute désormais ceux qui sont « en étroite coordination avec celle-ci » (comparer CC, n° 2017-749 DC, 31 juillet 2017, *Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*, cons. 11 et CC, n° 2007-560 DC, 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, cons. 9).

Il reste que l'originalité première de la décision réside dans l'objet même du contrôle : il s'agit d'un traité conclu par l'Union et par les Etats membres, autrement dit, il est un accord mixte, selon la terminologie doctrinale³. Cette double signature, Union et Etats, appelle la mise en œuvre de deux procédures de ratification, l'une propre à l'Union européenne, qui exigeait en l'espèce l'approbation du Parlement européen⁴, l'autre, devant être conduite au sein de chaque Etat membre de l'Union européenne. C'est précisément ce volet interne, l'existence d'une procédure interne de ratification, qui a permis de déférer l'accord au Conseil constitutionnel. Dans le prolongement, il convient de souligner, qu'en tant qu'accord mixte, celui-ci intervient dans des domaines de compétences qui sont attribués de manière exclusive à l'Union européenne, dans d'autres, qui relèvent d'une compétence partagée entre l'Union et les Etats et, dans d'autres enfin, qui demeurent des domaines de compétences étatiques. Cette architecture complexe appellera, nous y reviendrons, des modalités de contrôle variables selon les domaines de compétences concernés.

Au regard de son contenu, tel qu'il est rappelé de manière fastidieuse par le Conseil constitutionnel par une énumération des titres de chacun des 30 chapitres dont il est composé⁵, cet accord vise à créer une zone de libre-échange entre le Canada et l'Union européenne mais, au-delà⁶, il contient également des stipulations sur les marchés publics et la propriété intellectuelle et certaines sur le commerce et le travail, le développement durable et l'environnement. Cet accord est extrêmement technique et regroupe tout un ensemble de mesures s'inscrivant dans une logique de libre échange au sein de la zone géographique concernée. D'un point de vue politique, il est apparu comme le symbole d'un libéralisme économique débridé et, par ailleurs, comme étant susceptible de remettre en cause le modèle européen, en particulier en matière agricole.

L'existence d'une saisine parlementaire mérite d'être relevée, tant sur le principe que sur les griefs qui sont soulevés. Une telle saisine n'est certes pas originale, mais la tradition en matière du droit de l'Union européenne faisait du Chef de l'Etat le requérant d'habitude à l'initiative du contrôle de constitutionnalité des lois exercé sur le fondement de l'article 54 de la Constitution. Ce changement de requérants n'est en l'espèce pas sans conséquence sur le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel. Celui-ci n'est plus saisi, comme c'était le cas avec le Président de la

³ Voir sur ces accords : C. Blumann, L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, 6^{ème} édition, 2016, §§ 237-238 et § 812.

⁴ Qui est intervenue le 15 février 2017.

⁵ CC, n° 2017-749 DC, 31 juillet 2017, *Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*, cons. 3. L'indication en note en bas de page des seuls numéros des « considérants »/§, sans autre précision, renvoie aux « considérants » de la décision commentée.

⁶ Reste certes à déterminer ce que « doit » contenir un accord de libre-échange, la protection de la propriété intellectuelle pouvant parfaitement être considérée comme un moyen de garantir le libre-échange. Selon une acception minimale, il est possible de considérer qu'un accord de libre-échange vise à supprimer les barrières douanières et toutes les mesures d'effet équivalent à la libre circulation des biens, des marchandises, des capitaux et/ou des services entre les Etats parties à l'accord. Voir pour une classification des accords commerciaux distinguant les zones de libre-échange, les unions douanières, les marchés communs et l'union économique : N. Quoc Dinh, P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, Lextenso, 2009, 8^{ème} édition, § 656.

République, d'une saisine blanche, mais d'une saisine argumentée, soulevant l'irrégularité de certaines stipulations de l'accord. Le contrôle du Conseil constitutionnel, en raison des conséquences de celui-ci sur le caractère renforcé de la procédure de ratification en cas de déclaration d'inconstitutionnalité, demeure un contrôle intégral, portant sur toutes les stipulations du traité dans leur rapport avec l'ensemble des dispositions constitutionnelles. En l'espèce, toutefois, le Conseil constitutionnel ne soulève ni de conclusion, ni de moyen d'office. Il s'en tient à l'argumentation des requérants.

Sans entrer encore dans les détails de celle-ci, une dernière attention doit être accordée aux normes de référence du contrôle et aux modalités du contrôle.

Sur le premier point, la décision ne présente aucune originalité au regard des normes de références et de la formulation des considérants, sous réserve, précisément, de la disparition de la rédaction sous forme de considérants. Seul le « considérant », il semble qu'il faille désormais parler de « paragraphe »⁷, ce qui, en l'occurrence, perd en élégance, formalisant les cas d'irrégularité constitutionnelle (contrariété à la Constitution, remise en cause des droits et libertés constitutionnellement garantis ou atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale), fait-il l'objet d'une légère reformulation permettant de couvrir, au-delà des engagements « souscrits » en vue de la participation de la France à l'Union européenne, ceux qui le sont « en étroite coordination avec » cette finalité⁸.

Sur le second, les modalités du contrôle, la décision est d'un apport qui semble décisif, sans pour autant totalement convaincre sur le fond. Le Conseil constitutionnel distingue en effet deux modalités de contrôle selon que les stipulations de l'accord contrôlées relèvent, d'une part, des compétences exclusives de l'Union ou, d'autre part, de compétences partagées entre l'Union et les Etats ou appartenant aux seuls Etats : ces dernières catégories de stipulations appellent l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité normal, au regard des trois « catégories »⁹ de normes constitutionnelles auxquelles sont confrontées les stipulations d'un accord international (Constitution, droit et libertés et conditions essentielles...) ; les premières, un contrôle du seul

⁷ Nous nous autoriserons, de manière transitoire et afin d'absorber psychologiquement de manière progressive le choc de cette révolution, de retenir le terme de « paragraphe » et non plus celui de « considérant » dans le corps de texte, tout en renvoyant encore, en notes en bas de page, aux « considérants » et donc aux « cons. » des décisions du Conseil constitutionnel.

⁸ Cons. 11.

Il faut également noter que le dernier paragraphe de l'exposé des normes de référence ne comprend plus la formule selon laquelle « sont toutefois soustraites au contrôle de conformité à la Constitution celles des stipulations du traité qui reprennent des engagements antérieurement souscrits par la France » (CC, n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, cons. 8 ; n° 2007-560 DC, 20 décembre 2007, *Traité modifiant le traité de l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, cons. 10), ce qui ne se justifiait pas en l'espèce et ne peut donc être considéré comme un changement de formulation des paragraphes de principe.

⁹ Le terme de catégorie est peut-être ici utilisé de manière abusive dans la mesure où la première « catégorie » mentionnée par le Conseil constitutionnel, la Constitution, contient elle-même les deux autres catégories, à savoir les droits et libertés constitutionnellement garantis et les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, même si ce dernier élément apparaît comme une création prétorienne du juge.

respect des règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France. Se retrouve ainsi, pour la première fois de manière explicite, une référence à l'identité constitutionnelle en dehors de la jurisprudence relative aux lois de transposition de directives, que ces dernières soient indirectement des normes objets du contrôle de constitutionnalité¹⁰ ou des normes de référence de la loi qui a pour objet de les transposer¹¹. En l'espèce, l'identité est opposée à des stipulations d'un accord qui traduisent l'exercice d'une compétence déjà reconnue à l'Union européenne dans le cadre d'engagements en vigueur valablement souscrits. Autrement dit, l'identité est opposée, indirectement, à des stipulations en vigueur d'un engagement international. Plus précisément encore, opposer l'identité aux stipulations de l'accord de libre-échange l'identité conduit à remettre en cause potentiellement l'exercice de compétences exclusives reconnues à l'Union par des traités en vigueur. Le contrôle *a priori* aboutit à une remise en cause de l'exercice de compétences dont le fondement juridique résulte d'un traité en vigueur et, plus précisément, d'un traité sur l'Union européenne. *Pacta sunt servanda*, ou plutôt, la simplification de la rédaction des décisions imposant désormais d'éviter les formules latines¹², l'obligation d'application de bonne foi des traités internationaux paraît, pour le moins, affectée par une telle jurisprudence.

Celle-ci est porteuse d'une éventuelle profonde nouvelle orientation de jurisprudence constitutionnelle, même si celle-ci était implicitement en germe dans la jurisprudence *Confiance dans l'économie numérique*, lue par le prisme de la jurisprudence *Droits d'auteur* : le droit de l'Union en vigueur, quelles qu'en soient les expressions formelles (traité, règlement, décision, arrêt de la Cour de justice...), peut se voir opposer les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France devant le Conseil constitutionnel. Même si une telle portée peut être considérée comme couverte par l'article 4 § 2 du traité sur l'Union européenne¹³, elle apparaît, en pratique, d'autant plus problématique qu'un éventuel conflit potentiel serait insusceptible, contrairement à ce qui pourrait se produire dans le cadre de la QPC¹⁴, de donner lieu à un renvoi préjudiciel, potentiellement pacificateur, en interprétation ou en appréciation de validité devant la Cour de justice de l'Union européenne, dans le cadre du contrôle *a priori*, faisant ainsi obstacle à une éventuelle neutralisation européenne du conflit¹⁵.

¹⁰ Décision de principe : CC, n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*.

¹¹ Décision de principe : CC, n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, complétée et précisée par CC, n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*.

¹² Comparer cons. 44 et CC, n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Maastricht I*, cons. 7.

¹³ En vertu duquel : « L'Union respecte l'égalité des Etats membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale ».

¹⁴ Décision de principe sur le renvoi préjudiciel dans le cadre de la QPC : CC, n° 2013-314P, 14 avril 2013, *M. Jeremy F. [Absence de recours en cas d'extension des effets du mandat d'arrêt européen - question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne]*.

Décision ultérieure dans le cadre DC réaffirmant l'incompétence du juge constitutionnel de procéder à un tel renvoi dans le cadre d'un contrôle *a priori* : CC, n° 2014-694 DC, 28 mai 2014, *Loi relative à l'interdiction de la mise en culture des variétés de maïs génétiquement modifié*, cons. 4 ; pour une décision antérieure : CC, n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *précit.*, cons. 20.

¹⁵ Pour une brève synthèse : T. S. Renoux, M. de Villiers, X. Magnon, *Code constitutionnel*, LexisNexis, 8^{ème} édition, 2017, sur le contrôle de constitutionnalité du droit dérivé de l'Union européenne, sous art. 54 C., § 14, pp. 996 et s., sous art. 61-1, § 13, p. 1058 ; sur le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice : sous art. 61 C., §18, pp. 1034 et s., sous art. 61-1 C., § 14, pp. 1059 et s.

Il faut encore rappeler à cet égard que le Conseil constitutionnel avait déjà refusé l'exercice d'un contrôle *a posteriori* d'un traité à l'occasion de l'examen *a priori* d'un nouvel engagement international¹⁶ et, qu'à l'exception d'une décision ancienne, isolée et marginale¹⁷, jamais il n'a accepté d'exercer un contrôle *a posteriori* sur un traité international en vigueur. La nouveauté ainsi introduite par la décision, du moins si l'on en tire toutes les potentialités, fait de l'identité une *contrelimite* générale au droit de l'Union européenne. Certes, ceux qui voudront tempérer, voire neutraliser la portée de cette jurisprudence, soutiendront que ce contrôle est purement générique, ce que le seul paragraphe formalisant en l'espèce l'exercice de ce contrôle confirme en l'occurrence¹⁸. Il n'en reste pas moins que les potentialités de la décision apparaissent comme lourdes de conséquences pour le respect du droit de l'Union dans l'ordre interne.

Cette distinction entre ces deux catégories de stipulations oblige le Conseil constitutionnel à classer les stipulations de l'accord. Le juge français s'appuie ici sur l'avis n° 2/15 du 16 mai 2017 de la Cour de justice, qui porte sur un autre accord de libre-échange entre l'Union européenne et la République de Singapour, et les critères qui y sont utilisés pour distinguer entre les différentes catégories de compétences affectées par cet accord, compétences exclusives de l'Union européenne, compétences partagées entre l'Union et les Etats et/ou compétences exclusives des Etats. Cet avis de la Cour est mentionné dans les visas et dans les motifs de la décision. En s'appuyant sur cet avis, et les principes qu'il contient, le Conseil conclut, dans un considérant ramassé, « que ne relèvent de la compétence exclusive de l'Union européenne ni les stipulations de l'accord figurant au chapitre 8 relatives aux investissements autres que directs, ni celles qui définissent, à sa section F, la procédure de règlement des différends relatifs aux investissements entre investisseurs et États. Il en va de même des stipulations des chapitres 1er, 21, 26, 27, 28, 29 et 30, pour autant que celles-ci concernent une compétence partagée entre l'Union européenne et ses États membres »¹⁹. Cette affirmation, non motivée, contraste avec les 305 points de l'avis de la Cour de justice, dans lesquels celle-ci procédait à la même opération de classification des différents domaines de compétence couverts par l'accord de libre-échange sur lequel elle se prononçait.

Au-delà de cette seule question, il faut d'ailleurs souligner la pauvreté argumentative de la décision. Et l'on peine d'ailleurs à comprendre l'intérêt de coupler à cette brièveté une tentative de simplification du vocabulaire, qui appauvrit inutilement la motivation, l'abandon de la formule *pacta sunt servanda* en représentant le symbolise le plus fort. Le temps où le Conseil constitutionnel, ou du moins certains de ses anciens membres, défend(ai)ent le fait que les décisions du Conseil

¹⁶ CC, n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Maastricht I*, cons. 5 à 8, telle qu'éclairée par le commentaire du secrétaire général de l'institution alors en fonction : B. Genevois, « Le traité sur l'Union européenne et la Constitution », *RFDA*, 1992, pp. 379-381.

¹⁷ CC, n° 98-399 DC, 5 mai 1998, *Loi Réséda*, cons. 15.

¹⁸ Voir en ce sens : cons. 73.

¹⁹ Cons. 17.

constitutionnel n'avaient pas pour destinataire immédiat les citoyens²⁰ est sans doute révolu²¹. Si l'on ne peut que s'en féliciter, il n'en reste pas moins qu'une simplification du vocabulaire n'a de sens que si est abandonnée, par ailleurs, la brièveté de la motivation. A cet égard, seul le constat de l'indigence de celle-ci s'impose. Une seule illustration générale : sur les 75 considérants de la décision, 25 formalisent un exposé²² ou un résumé des stipulations du traité et 8 un strict rappel du seul énoncé des normes constitutionnelles de référence. Près de la moitié de l'argumentation du Conseil constitutionnel n'est donc que reprise d'énoncés textuels existants. De plus, la motivation dans un paragraphe par renvoi à d'autres paragraphes²³ étonne toujours dans une décision de justice, cette pratique, qui rend déjà complexe la lecture des notices d'appareils électroménagers, déroute ici.

Sur le fond, la décision, guidée par la saisine des requérants qui est ici déterminante, mérite d'être lue autour de deux blocs. Le premier, inédit dans la jurisprudence constitutionnelle française, concerne le recours à un tribunal spécial pour la résolution de litiges liés à l'application de l'accord. Ce dispositif est contesté sous l'angle à la fois de la souveraineté et, plus précisément, des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté, et des droits fondamentaux (§ I). L'examen de ce dispositif par le Conseil constitutionnel mérite d'autant plus d'attention que le recours à de tels modes de résolution des conflits, excluant la compétence des juridictions nationales, se multiplie dans les accords internationaux. Le second volet recouvre, de manière étonnante après plus de 60 ans de processus d'intégration européenne, tout un ensemble de griefs rattachables, plus ou moins directement à la souveraineté, ce qui témoigne d'un retour certain du concept de souveraineté face à un accord de libre-échange (§ II).

§ I – Les modes de résolution spécifiques de litiges dans le cadre d'un accord de libre-échange : entre souveraineté et droits fondamentaux

En quoi la création d'une juridiction spéciale chargée de résoudre les litiges relatifs à certaines questions dans le cadre d'un accord de libre-échange est-elle susceptible de heurter la Constitution ? Formulée de manière aussi générale, la question renvoie, assez naturellement, à l'existence de juridictions obligatoires pour traiter des questions de régularité dans un système supranational de libre échange et même de marché commun, à l'instar... de la Cour de justice de l'Union européenne. La situation en l'espèce présente une dimension plus restreinte. Elle concerne seulement le chapitre 8 de l'accord relatif à l'investissement, dont la section F institue

²⁰ La motivation du Conseil constitutionnel n'est pas considérée comme étant explicative ; c'est un jugement et un texte à interpréter, « elle ne se présente pas sous la forme d'un texte accessible pour un lecteur non informé. Elle ne peut être comprise du citoyen que par des intermédiaires explicatifs » (G. Canivet, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel », in *La motivation en droit public*, sous la direction de S. Caudal, Dalloz, Thèmes & commentaires, 2013, pp. 236-239).

²¹ Pour un commentaire critique sur cette question, voir en particulier : « Plaidoyer pour que le Conseil constitutionnel devienne une cour constitutionnelle », cette *Revue, Numéro spécial : 25 ans de droit constitutionnel*, n° 100, 2014, pp. 999-1009.

²² En particulier, les considérants 32, 45, 47, 56, 59, 62, 65 et 67 ne font que reprendre les stipulations du traité sans aucune valeur ajoutée explicative.

²³ Voir cons. 29, 41 et 57.

un mécanisme de règlement des différends relatifs aux investissements entre investisseurs et Etats. Deux juridictions sont créées, un « Tribunal » (art. 8.27) et un « Tribunal d'appel » (art. 8.28), compétents, selon une procédure particulière, pour régler les litiges entre un investisseur et un Etat d'accueil ou l'Union européenne. Elles ne sont toutefois pas des juridictions obligatoires car l'accord du défendeur est nécessaire pour que le tribunal puisse régler le différend (art. 8.25). Sans entrer dans les détails, il faut encore ajouter que l'exécution des sentences du tribunal ou du tribunal d'appel est régie « par la législation relative à l'exécution des jugements ou des sentences qui est en vigueur là où l'exécution est demandée » (art. 8.41 § 4). Ce mode de règlement des différends est contesté sous deux angles : sur le plan des principes, il est considéré comme portant une atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale (A), en substance, il est dénoncé comme méconnaissant les principes d'indépendance, d'impartialité et d'égalité (B).

A – Les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale

L'atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale est constituée pour les requérants par la possibilité pour les investisseurs du Canada d'échapper, à leur convenance, à la compétence des juridictions françaises. Les députés arguaient également du fait que l'attribution de cette compétence aux tribunaux portait atteinte à la compétence exclusive de la Cour de justice de l'Union européenne, ce qui, combiné à l'affirmation précédente, s'avère quelque peu contradictoire. Sur ce dernier point, ce grief fournit une nouvelle fois l'occasion au Conseil constitutionnel de rappeler que, saisi en application de l'article 54 de la Constitution, il ne lui appartient pas d'apprécier la régularité d'un engagement international par rapport à un autre engagement international et qu'il ne tient pas, non plus, de l'article 88-1 de la Constitution une telle compétence.

Concernant l'exclusion de la compétence des juridictions internes, le Conseil constitutionnel ne propose aucune grille générale de lecture, aucune formalisation de la grille d'appréciation qu'il met en œuvre dans l'exercice du contrôle du respect des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Seuls les différents points successivement relevés par le Conseil constitutionnel pour conclure à l'absence d'irrégularité permettent de dessiner en creux les éléments pris en compte dans l'exercice du contrôle. Six éléments sont mentionnés, sans que la plupart d'entre eux n'appelle de commentaires particuliers. L'ensemble du raisonnement conduit par le Conseil constitutionnel vise à minorer l'importance de cette justice spécifique.

Le *domaine* dans lequel intervient le tribunal est d'abord précisé. En substance, ce domaine est réduit puisqu'il ne concerne que le chapitre 8 de l'accord qui a, selon les termes du juge constitutionnel, « pour objet de contribuer à la protection des investissements réalisés dans les États parties par des investisseurs couverts par l'accord, sans faire obstacle à toute mesure que les

États sont susceptibles de prendre en matière de contrôle des investissements étrangers »²⁴. Autrement dit, le domaine couvert par la compétence du tribunal ne concerne que l'un des domaines de l'accord, l'investissement, sans que l'accord, dans ce seul domaine, n'affecte la compétence de l'Etat en dehors de cet accord. L'accord sur l'investissement et son mode particulier de résolution des conflits ne concernent que les parties à l'accord ; chaque Etat demeurant libre de régir ce domaine avec des Etats tiers. Le domaine d'intervention de cette justice spécifique est doublement limité, en interne, au sein de l'accord, et vis-à-vis de l'extérieur, il ne concerne pas les Etats tiers.

Les *pouvoirs* accordés au tribunal sont envisagés sous différents angles²⁵. Quant à leur *étendue*, le tribunal ne peut accorder que le versement de dommages pécuniaires et de tout intérêt applicable et/ou la restitution de biens, lorsqu'il prononce des mesures provisoires, aucune saisie ou interdiction d'application de la mesure ne peut être ordonnée, il ne dispose d'aucun pouvoir d'interprétation ou d'annulation des actes des organes de l'Union européenne ou de ses Etats membres. Quant à l'exécution des décisions rendues, celle-ci demeure régie par la législation relative à l'exécution des jugements ou des sentences qui est en vigueur là où l'exécution est demandée.

La *compétence du tribunal* dans le domaine de l'investissement est explicitée : « en cas de méconnaissance d'une obligation prévue, en matière de traitement non discriminatoire, « à la section C, en ce qui concerne l'expansion, la direction, l'exploitation, la gestion, le maintien, l'utilisation, la jouissance et la vente ou disposition » de son investissement ou, en matière de protection des investissements, « à la section D, si l'investisseur affirme avoir subi une perte ou un dommage en raison de la violation alléguée »²⁶.

La *composition* du tribunal est évoquée et, en particulier, la composition paritaire réunissant autant de membres nommés par l'Union européenne que de membres nommés par le Canada, la désignation par « consentement mutuel » des membres par un comité mixte dont le fonctionnement nécessite, en particulier pour cette désignation, le commun accord entre l'Union européenne et les Etats membres²⁷.

La *compétence exigée des membres* de ce tribunal est rappelée : les « membres du Tribunal possèdent les qualifications requises dans leurs pays respectifs pour la nomination à des fonctions judiciaires, ou sont des juristes possédant des compétences reconnues. Ils auront fait la preuve de leurs connaissances spécialisées en droit international public. Il est souhaitable qu'ils possèdent des connaissances spécialisées plus particulièrement dans les domaines du droit de l'investissement international, du droit commercial international et du règlement des différends

²⁴ Cons. 22.

²⁵ Cons. 23.

²⁶ Cons. 24.

²⁷ Cons. 25.

découlant d'accords internationaux en matière d'investissement ou d'accords commerciaux internationaux »²⁸.

Les *conflits* ou *divergences* potentiels entre les tribunaux institués par l'accord et les *juridictions de droit interne* sont envisagés par l'accord. Ainsi, si les tribunaux sont saisis, l'investisseur requérant doit renoncer à introduire une procédure devant une juridiction interne ou internationale en présence d'une mesure qui constitue une violation visée par sa plainte ou se retirer ou se désister d'une telle procédure si elle est en cours. De plus, il est précisé que toute interprétation adoptée par le comité mixte lie le tribunal, ce qui garantit la mainmise de la représentation de l'Union et du Canada sur l'interprétation de l'accord face aux juges²⁹.

Enfin, l'absence d'exclusion générale de la *compétence des juridictions nationales* est mentionnée : « le fait de relever du champ d'application de l'accord n'interdit pas aux investisseurs étrangers de porter par préférence, s'ils le souhaitent, le différend devant le juge national plutôt que devant le tribunal institué par l'accord »³⁰.

Le Conseil constitutionnel a ainsi explicité les garanties conventionnelles au respect des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale (domaine d'application, pouvoirs de la juridiction, compétence de la juridiction, sa composition, la compétence exigée de ses membres, rapports avec les juridictions nationales), dont certaines ne sauraient, en l'occurrence, être réunies face à une juridiction obligatoire disposant d'une compétence générale pour apprécier la régularité des comportements nationaux au regard des exigences posées par les normes du système d'intégration dans lequel cette juridiction prend place. Cette méthode garantit la plasticité de l'appréciation du juge constitutionnel, sans que celui-ci ne soit véritablement lié par l'un ou l'autre des éléments soulevés. Elle inscrit également la motivation dans l'espèce dans laquelle elle s'insère, sans poser de cadre général d'appréciation au-delà de l'espèce. En dehors de l'atteinte à la souveraineté, la création de ces tribunaux soulève des questions plus substantielles au regard du respect des droits fondamentaux et, plus précisément, au regard des griefs soulevés par les requérants, du respect des principes d'indépendance, d'impartialité et d'égalité.

B – Les principes d'indépendance, d'impartialité et d'égalité

Exiger le respect d'exigences constitutionnelles substantielles de la part de tribunaux institués par un ordre juridique extérieur revient à imposer un certain fonctionnement de ces tribunaux conforme à celles-ci. La France ne saurait ratifier un traité instituant des juridictions que si ces dernières respectent les exigences constitutionnelles qui s'imposent aux juridictions nationales. Tel est, en tout état de cause, le sens qu'il convient de donner à l'opposition de griefs constitutionnels substantiels à des organes créés au sein d'ordres juridiques internationaux

²⁸ Cons. 26.

²⁹ Cons. 27.

³⁰ Cons. 28.

partiels. Un mimétisme constitutionnel est ainsi imposé dans des proportions qu'il convient toutefois de mesurer.

Des griefs relatifs aux droits fondamentaux invoqués, il convient de distinguer, d'une part, le respect des principes d'indépendance et d'impartialité et, d'autre part, celui du principe d'égalité.

En acceptant d'examiner le grief tiré de la violation des principes d'indépendance et d'impartialité, déduits de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, le Conseil constitutionnel exige que ces principes soient respectés par un ordre normatif international partiel instituant une juridiction. Il faut voir ici une translation et une projection du respect des exigences constitutionnelles nationales sur un ordre juridique externe³¹. La motivation proposée pour parvenir au constat du respect de ces principes est pour le moins réduite. Le Conseil reprend le contenu des paragraphes 1, 2 et 4 de l'article 8.30, qui garantit l'indépendance des membres, en posant notamment l'interdiction de suivre des instructions d'une organisation ou d'un gouvernement sur des questions liées aux différends, l'interdiction des conflits d'intérêt direct ou indirect, et en prévoyant la possibilité de révocation d'un juge, est repris dans un premier paragraphe³². Il précise encore, qu'en vertu de l'article 8.27 § 5, les membres du tribunal sont nommés pour un mandat de 5 ans renouvelable une fois, dans un second paragraphe³³. Le Conseil constitutionnel conclut, « qu'il résulte de ce qui précède »³⁴ - la qualité de la motivation est une nouvelle fois appréciable - qu'il n'y a pas de méconnaissance des principes invoqués. Il ne formalise ainsi pas de manière explicite et précise ce qui permet de garantir le respect de ces principes, mais se contente de relever les garanties conventionnelles qui permettent de le faire.

L'indépendance et l'impartialité des juridictions semblent toutefois être implicitement appréciées de concert lorsqu'il s'agit de constater l'autonomie des membres du tribunal vis-à-vis des gouvernements ou de toute organisation et de l'existence de moyens pour les parties aux litiges de révoquer l'un des membres du tribunal. Tant l'affirmation de principe de l'indépendance et de l'impartialité que l'existence d'un mécanisme permettant de le sanctionner garantissent le respect des principes constitutionnels. L'indépendance demeure une garantie de l'impartialité. La durée du mandat renforce également ce mouvement, moins sans doute le caractère renouvelable du mandat, même s'il n'est renouvelable qu'une seule fois.

Concernant le principe d'égalité, les requérants dénonçaient le privilège de juridiction reconnu aux investisseurs canadiens, et non pas aux investisseurs provenant d'Etats tiers, qui ne serait

³¹ Voir plus généralement sur cette question : « L'exigence d'un standard de protection des droits fondamentaux : un moyen de pacification des rapports entre les cours suprêmes ? », in *Existe-t-il une exception française en matière de droits fondamentaux ?*, sous la direction de M. Fatin-Rouge Stéphanini et G. Scoffoni, *Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu*, n° 2, PUAM, 2013, pp. 61-69.

³² Cons. 32.

³³ Cons. 33.

³⁴ Cons. 34.

justifié ni par une différence de traitement ni par un motif d'intérêt général. Deux points sont successivement examinés par le Conseil constitutionnel.

Le premier concerne les droits accordés en vertu de l'accord au profit des investisseurs non ressortissants de l'Etat d'accueil de l'investissement, à savoir les investisseurs provenant, soit des Etats membres de l'Union européenne, soit du Canada, qui bénéficient en effet du traitement national, du traitement de la nation la plus favorisée, du traitement juste et équitable et de la protection contre les expropriations directes ou indirectes. L'alignement des droits de l'investisseur étranger sur les droits reconnus à l'investisseur national, au sein de chaque partie à l'accord, ne révèle aucune méconnaissance du principe d'égalité, au contraire, il en renforce le respect, même si cette égalité est garantie entre investisseurs nationaux et investisseurs étrangers. Le Conseil prend toutefois soin de préciser que le « a du paragraphe 6 de l'instrument interprétatif commun prévoit que l'accord « ne conduira pas à accorder un traitement plus favorable aux investisseurs étrangers qu'aux investisseurs nationaux »³⁵. Autrement dit, l'égalité est garantie entre les deux catégories d'investisseurs, mais aucun traitement privilégié ne saurait être accordé à l'investisseur étranger.

Le second est relatif au régime spécifique accordé par la section F du chapitre 8 aux investisseurs canadiens qui peuvent seuls bénéficier de l'accès aux tribunaux et non pas les autres investisseurs. Le grief ainsi présenté est pour le moins étonnant. Il consiste en substance à remettre en cause le domaine d'application du traité, qui, par définition, concerne précisément les investisseurs des Etats parties au traité et qui ne saurait donc, concerner les investisseurs d'autres Etats. Un tel grief aurait pu être opposé au traité de l'Union européenne qui réserve, qui peut s'en étonner, des droits... aux ressortissants des Etats membres de l'Union, et non pas à ceux des Etats tiers, ce qui est, en l'occurrence, précisément l'objet même du traité. Le raisonnement est proche de l'absurde. La réponse du Conseil constitutionnel s'inscrit d'ailleurs parfaitement dans cette perspective : ce traitement préférentiel des investisseurs canadiens (parce que le Canada est partie à l'accord qui accorde ce traitement) « répond toutefois au double motif d'intérêt général tenant, d'un côté, à créer, de manière réciproque, un cadre protecteur pour les investisseurs français au Canada et, de l'autre, à attirer les investissements canadiens en France », ce qui constitue à l'évidence l'objet même du traité. Pour le dire autrement, les droits reconnus aux investisseurs canadiens ne méconnaissent pas le principe d'égalité parce que de tels droits résultent du traité qui les instituent... Aussi, comme ne manque d'insister le Conseil constitutionnel, ce motif d'intérêt général, à savoir l'objet même du traité, « est en rapport direct avec l'objet de l'accord », ce dont personne ne pouvait en effet douter.

§ II – Le retour des griefs liés à la souveraineté face à un accord de libre-échange

³⁵ Cons. 36.

Certains pourraient y voir une conséquence du renouvellement profond des membres de l'Assemblée nationale, mais un ensemble de griefs soulevés par les requérants apparaît quelque peu anachronique aujourd'hui, après plus de 60 ans d'intégration européenne. Sans doute, le contexte politique anxieux autour d'un accord de « libre-échange » avec le Canada n'est-il pas étranger à la présence de ces griefs. Certains d'entre eux renvoient à une lapalissade, comme la perte de pouvoir normatif consécutif à la conclusion de l'accord, d'autres à une question qui n'en est pas une, à savoir l'absence de clause de dénonciation, d'autres encore apparaissent pour le moins étonnants, l'omission de l'accord dans la préservation du principe de précaution, un dernier, enfin, témoigne d'une inquiétude quant à l'application provisoire de l'accord. Ils renvoient tous, plus ou moins directement, à la souveraineté dans son sens premier, de puissance suprême de l'Etat. Sans doute peut-on encore les classer selon les éléments qui ne sont pas prévus par l'accord, et donc ceux qui témoignent des carences de celui-ci (le respect du principe de précaution et l'absence de clause de dénonciation) (A), et ceux qui révèlent des incertitudes quant à son application (la perte de pouvoir normatif et l'application provisoire de l'accord) (B).

A – La dénonciation des carences de l'accord

Sur les deux griefs ici rangés, il en est un qui n'est pas original, celui de l'absence de clause de dénonciation, et l'autre qui l'est plus, du moins en tant que grief opposé à un engagement international, mais dont la logique interne sur laquelle il repose est pour le moins surprenante, la carence de l'accord en ce qui concerne le respect du principe de précaution.

L'absence de clause de dénonciation dans un traité ne devrait, en réalité, pas poser de difficulté. Si une telle clause n'existe pas, les règles du droit international général, formalisées dans l'article 56 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969, demeurent en principe applicables pour la dénonciation ou le retrait d'un traité³⁶. Le silence de l'accord sur la dénonciation ne signifie donc pas que celle-ci est exclue, mais seulement qu'elle pourra se faire en application des règles générales du droit international public sur la dénonciation. Malgré cela, le Conseil constitutionnel examine le grief, qui n'est d'ailleurs pas original dans sa jurisprudence. Dans la décision du 22 mai 1985, *Protocole n° 6*, le Conseil constitutionnel relève, avant de constater la conformité à la Constitution du traité dont il était saisi, que celui-ci contient une clause de dénonciation³⁷. Un moyen en ce sens a ensuite été explicitement invoqué devant le Conseil constitutionnel à propos de la Convention d'application des Accords de Schengen. Les requérants relevaient qu'en l'absence de clause de dénonciation prévue par cette Convention, « la France ne pourrait se désengager même si elle estimait que le système mis en place ne correspondait plus à ses vues et intérêts »³⁸. Dans la décision du 25 juillet 1991, *Accord de Schengen*, le Conseil constitutionnel

³⁶ Voir sur cette question : N. Quoc Dinh, P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public, op. cit.*, § 195. Voir également : F. Luchaire, « Le Conseil constitutionnel et la souveraineté nationale », *RDP*, 1991, pp. 1509-1511.

³⁷ CC, n° 85-188 DC, 22 mai 1985, *Protocole n° 6*, cons. 1.

³⁸ Saisine du Conseil constitutionnel du 28 juin 1991 par plus de soixante députés, *JORF*, Lois et règlements, 27 juillet 1991, p. 10008.

examine le moyen pour le rejeter au fond. L'argumentation retenue n'est toutefois pas dépourvue d'ambiguïté dans la mesure où, à l'appui de la solution retenue – « l'absence de référence à une clause de retrait ne saurait constituer en elle-même un abandon de souveraineté »³⁹ –, le juge examine les clauses de la Convention relatives à sa modification⁴⁰. Le Conseil constitutionnel relève que l'accord de la France, formalisé par le recours à une procédure interne de ratification ou d'approbation, est exigé pour l'adhésion de nouveaux membres et la modification de la Convention. Il semble ainsi subordonner la constitutionnalité d'un traité ne comportant pas de clause de dénonciation à l'exigence d'un accord préalable de l'Etat à toute modification de ce traité concernant ses signataires ou son contenu. La modification du traité est ainsi indirectement assimilée à la possibilité de retrait. S'il est vrai qu'un retrait peut constituer un cas de modification d'un traité, dans l'espèce soumise au Conseil constitutionnel, aucune stipulation de la Convention n'envisageait ce cas particulier de modification. L'appréciation souple⁴¹ à laquelle procède le Conseil constitutionnel tend à éloigner en pratique toute éventuelle censure d'un traité sur ce point. Enfin, la décision du 13 octobre 2005, *Engagements internationaux relatifs à la peine de mort*, marque une position plus radicale dans la mesure où, désormais : « porte atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale l'adhésion irrévocable à un engagement international touchant à un domaine inhérent à celle-ci »⁴².

La décision commentée reprend cette dernière solution, tout en adaptant la formule : « l'adhésion irrévocable à un engagement international touchant à un domaine inhérent à la souveraineté nationale porte atteinte aux conditions essentielles de son exercice »⁴³. Si l'on excepte le fait que l'adhésion irrévocable à un engagement international est une situation qui n'existe pas, en principe, en droit international public, le juge constitutionnel formalise un seuil explicite d'atteinte aux conditions essentielles lorsqu'il existe une adhésion irrévocable à un engagement international intervenant dans un domaine inhérent à la souveraineté nationale. Ce choix soulève une difficulté, qui existe plus généralement avec la formalisation du seuil d'inconstitutionnalité au travers des « conditions essentielles d'exercice... »⁴⁴. A supposer le seuil franchi, et donc du constat d'une atteinte à un domaine inhérent à la souveraineté nationale, la révision constitutionnelle éventuelle préalable, exigée avant toute ratification, aboutira à inscrire dans la Constitution, en substance, une autorisation d'atteinte à un domaine inhérent... Le pouvoir de révision constitutionnelle permettrait l'impensable : la renonciation au cœur de la souveraineté. La souveraineté du

³⁹ CC, n° 91-294 DC, 25 juillet 1991, *Accord de Schengen*, cons. 58.

⁴⁰ Pour une critique sous cet angle : J. Rideau, « Aspects constitutionnels comparés de l'évolution vers l'Union européenne », in *La Constitution et l'Europe*, Journées d'étude du 25 mars 1992 au Sénat, Université Panthéon-Assas, Montchrestien, 1992, p. 152.

⁴¹ Voir en ce sens : P. Gaïa, « Chronique constitutionnelle », *RFDC*, 1991, n° 8, p. 711.

⁴² CC, n° 2005-524/525 DC, 13 octobre 2005, *Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort*, cons. 5. Voir pour une lecture critique de cette décision sur ce point : cette *Revue*, n° 66, 2006, pp. 330-334.

⁴³ Cons. 69.

⁴⁴ Voir : « Souveraineté, identité, et Europe : autour des articles 1, 2 et 3 de la Constitution. De l'échec d'une formalisation d'une souveraineté interne à une reconnaissance inévitable d'une souveraineté internationale de l'Etat », in *La Constitution européenne de la France*, sous la direction de H. Gaudin, Dalloz, Thèmes & commentaires, 2017, pp. 53-71.

« pouvoir constituant », selon la formule du Conseil constitutionnel⁴⁵, préférons l'expression de « pouvoir de révision constitutionnelle », lui permet de renoncer à la souveraineté. De plus, une révision constitutionnelle intervenant pour lever l'obstacle d'inconstitutionnalité aboutirait à rendre le retrait d'une convention internationale constitutionnellement impossible, alors pourtant qu'un tel retrait est possible en vertu des règles du droit international public.

La carence de l'accord se manifeste ensuite avec l'invocation du principe de précaution. Ce principe est invoqué en tant que grief classique : l'engagement international méconnaît ce grief. Il l'est également de manière plus originale : l'engagement international ne fait aucune référence à ce principe et n'impose aucune obligation aux parties en la matière. C'est ici la carence de l'accord qui est dénoncée en ce qu'il ne consacrerait pas un principe, ni ne prévoirait des obligations à la charge des Etats pour en garantir le respect. Le Conseil constitutionnel distingue en l'occurrence les deux situations : « l'absence de mention expresse du principe de précaution dans les stipulations de l'accord qui relèvent d'une compétence partagée entre l'Union européenne et les Etats membres n'emporte pas de méconnaissance de ce principe »⁴⁶. Cette omission conventionnelle n'est pas sans soulever de redoutables difficultés si l'on pense aux conséquences qu'il faudrait tirer d'une déclaration d'inconstitutionnalité. La renégociation du traité pour qu'une telle protection soit intégrée paraît possible, mais, en pratique, elle est pour le moins complexe à mettre en œuvre. Il faudrait, ce qui serait plus simple, modifier la Constitution pour permettre à l'accord de déroger au principe de précaution, ce qui se passe en pratique à chaque fois qu'une révision constitutionnelle intervient pour lever l'obstacle d'inconstitutionnalité constaté par le Conseil constitutionnel à propos d'un engagement international. Il n'en demeure pas moins que le résultat, face à ce grief de carence, demeure le même : le principe de précaution n'est pas respecté. Ces difficultés ne sont sans doute qu'élucubrations doctrinales car le Conseil constitutionnel relève plusieurs stipulations de l'accord qui « sont propres à garantir le respect du principe de précaution »⁴⁷. En outre, le 2 de l'article 24.8 de l'accord stipule : « Les parties reconnaissent que, en cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne sert pas de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures économiquement efficaces visant à prévenir la dégradation de l'environnement ». Ces stipulations autorisent les parties à prendre des mesures économiquement efficaces visant à prévenir la dégradation de l'environnement en cas de risque de dommages graves ou irréversibles.

Il n'est toutefois pas si évident qu'il ne paraît au Conseil constitutionnel que les stipulations en question garantissent le principe de précaution ; la protection de l'environnement en général, sans aucun doute, pour le respect du principe de précaution, les doutes sont permis. Dans les stipulations de l'accord mentionnées, il est question de protection de l'environnement, couplée au développement économique et au développement social, de développement durable, de l'amélioration de l'application du droit en matière d'environnement, de consultation du public

⁴⁵ Voir par exemple : CC, n° 92-312 DC, 2 septembre 1992, *Maastricht II*, cons. 19.

⁴⁶ Cons. 57.

⁴⁷ Cons. 60.

dans la discussion des questions de développement durable, de développement d'un haut niveau de protection de l'environnement grâce à la législation et aux politiques. Certes, le Conseil constitutionnel relève, qu'indirectement, à travers les décisions du comité mixte dans certains domaines qui exigent que la position défendue par les représentants de l'Union européenne en son sein soit établie par le Conseil (des ministres de l'union européenne) – du moins s'agit-il d'une interprétation possible du paragraphe de la décision qui renvoie à d'autres paragraphes pour motiver cette question⁴⁸ -, le principe de précaution tel qu'il est consacré en droit de l'Union européenne, notamment avec l'article 191 du TFUE, s'imposera.

Il faut constater que cette « motivation » ne concerne cependant que le grief d'omission et non pas celui de violation directe, alors pourtant que le Conseil constitutionnel distingue effectivement les deux. Aucune motivation n'existe pour écarter l'argumentation des requérants sur la violation directe du principe. Sans doute faut-il considérer, même si l'absence de protection du principe de précaution n'est pas une violation de ce principe, que les éléments contenus dans l'accord qui permettent la protection de l'environnement et qui, même si l'on peut discuter, « garantissent » le principe de précaution témoignent de ce que le principe de précaution n'est pas violé. La protection indirecte du principe contribue à ce que le principe n'est pas méconnu.

B – Les incertitudes sur l'application de l'accord

Deux griefs seront ici étudiés : celui de la perte de pouvoir normatif de la France et celui renvoyant à l'application provisoire.

Non sans naïveté, les députés requérants dénoncent le fait que la conclusion d'un engagement international limite le pouvoir normatif de l'Etat et, plus précisément, pour reprendre les mots du Conseil constitutionnel, que « l'accord comporte des règles contraignantes pour l'élaboration des normes de droit interne dans une mesure qui affecte les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». Certes, l'on pourra toujours retenir que ce qui pose problème ce n'est pas tant la limitation du pouvoir normatif en elle-même, mais une limitation de ce pouvoir dans une mesure qui affecte les conditions essentielles..., il n'en reste pas moins que le grief est susceptible d'être invoqué à l'encontre de n'importe quel engagement international. Surtout, cette limitation est la conséquence de l'usage de la compétence de l'Etat de conclure des engagements internationaux et, alors que chaque engagement international limite le pouvoir normatif de l'Etat, s'il faut, à chaque fois, réviser la Constitution, c'est la capacité même de l'Etat à conclure des engagements internationaux qui se trouve affectée. De manière plus précise, pour les requérants, le pouvoir de décision du comité mixte, organe central de décision dans le cadre de l'accord pose problème : « Les attributions conférées par l'accord au comité mixte constitueraient un autre empiètement sur la compétence normative nationale de nature à faire obstacle à la ratification du traité sans révision constitutionnelle préalable »⁴⁹. En outre, le « dispositif de règlement des

⁴⁸ Le § 57 renvoie en effet à la lecture des § 48 à 50 de la décision.

⁴⁹ Cons. 43.

différends portant sur l'interprétation ou l'application des stipulations de l'accord prévu à son chapitre 29 » produirait la même difficulté⁵⁰.

La naïveté du grief appelle, du moins dans un premier temps, une affirmation du Conseil constitutionnel qu'il l'est tout autant : « dès lors que la France aura ratifié l'accord et que celui-ci sera entré en vigueur, les règles qui y figurent s'imposeront à elle. La France sera liée par ces stipulations qu'elle devra appliquer de bonne foi en application des « règles du droit public international ». L'accord aura, en application de l'article 55 de la Constitution, une autorité supérieure à celle des lois. Il appartiendra aux divers organes de l'État de veiller à l'application de cet accord dans le cadre de leurs compétences respectives. Ainsi, l'ordre juridique interne défini par la Constitution impose au législateur de respecter les stipulations des traités et accords internationaux régulièrement ratifiés ou approuvés »⁵¹.

Ce premier constat est, dans un second temps, renforcé par tout un ensemble d'autres considérations. La première d'entre elles consiste à soutenir que « l'accord comporte des stipulations qui rappellent la capacité des parties à légiférer et à réglementer »⁵².

Concernant l'interdiction des mesures de limitation ou de restriction de nature à entraver l'accès aux marchés couverts par l'accord en matière d'investissements directs, le Conseil constitutionnel rappelle que ce domaine relève de la compétence exclusive de l'Union européenne et que sont par ailleurs exclues de cette interdiction les « mesures « restreignant la concentration de la propriété dans le but d'assurer une concurrence loyale » ou « visant à assurer la conservation et la protection des ressources naturelles et de l'environnement »⁵³. La coopération en matière de réglementation entre les parties en vue de poursuivre plusieurs objectifs est également favorisée par l'accord et cette coopération est volontaire.

De manière plus précise et plus directe, les pouvoirs du comité mixte sont exposés : « en particulier celles de superviser et faciliter la mise en œuvre et l'application de l'accord, promouvoir ses objectifs généraux, superviser les travaux des comités spécialisés et résoudre les différends pouvant survenir quant à l'interprétation ou l'application de l'accord dans certains domaines »⁵⁴. Le comité peut encore « adopter des interprétations des stipulations de l'accord qui lient les tribunaux » institués par l'accord en matière d'investissement. Il dispose enfin, en vue d'atteindre les objectifs de l'accord, « du pouvoir décisionnel pour toute question » dans les cas prévus par l'accord », étant entendu, qu'« en vertu du 2 de ce même article, les décisions prises par le comité mixte « lient les Parties »⁵⁵. Le Conseil précise également que, si le comité a la capacité d'amender les protocoles et annexes, cette compétence ne s'applique pas en matière

⁵⁰ Cons. 43.

⁵¹ Cons. 44.

⁵² Cons. 45.

⁵³ Cons. 46.

⁵⁴ Cons. 48.

⁵⁵ Cons. 48.

d'expropriation et de dette publique⁵⁶. Il semble ainsi ne considérer que cette compétence – de modifier les protocoles et annexes de l'accord⁵⁷ – ne pose problème que dans ces derniers domaines. Enfin et surtout, les décisions du comité qui lient les parties sont adoptées « par consentement mutuel » entre les membres qui le compose, à savoir les représentants de l'Union européenne et ceux du Canada. Dans cette situation, la position de l'Union européenne doit être établie par le Conseil (des ministres de l'Union européenne), en application de l'article 218 § 9 du TFUE⁵⁸. En outre, dans cette situation, en vertu de la déclaration n° 19 du Conseil et des Etats membres du 14 janvier 2017, lorsqu'une décision du comité mixte relève de la compétence des Etats membres, la position commune en son sein « est adoptée d'un commun accord » au Conseil.

Le caractère obligatoire des interprétations de l'accord par le comité vis-à-vis du tribunal garantit l'assentiment des parties à l'accord sur ces interprétations. Enfin, la procédure spécifique de règlement des différends portant sur l'interprétation et l'application de l'accord prévue par le chapitre 29 de l'accord n'intervient que pour assurer la bonne application de l'accord et n'affecte pas, pour le Conseil constitutionnel, l'élaboration des normes de droit interne. Deux éléments sont invoqués par le juge constitutionnel à l'appui du rejet du grief. En premier lieu, seules les compétences exclusives de l'Union européenne sont susceptibles de recevoir une application provisoire ; en second lieu, que, si la ratification de l'accord échoue définitivement, l'application provisoire devra et sera dénoncée.

Concernant l'application provisoire de l'accord, les requérants dénoncent l'incertitude qu'elle génère. Elle est couverte par l'article 30.7 de l'accord qui prévoit la possibilité d'appliquer provisoirement l'accord selon certaines conditions, tout en laissant une place déterminante aux Etats et qui permet, par ailleurs et surtout, à l'un d'entre eux, de mettre fin à cette application provisoire. En d'autres termes, les Etats gardent la maîtrise de l'application provisoire du traité. La difficulté mise en évidence par les requérants réside dans le fait qu'un Etat, et, en l'occurrence, un Etat autre que la France, peut seul mettre fin à l'application provisoire et ainsi générer une incertitude quant à l'application de l'accord. Les députés dénoncent également, sans que cette question ne soit reprise ni évoquée ensuite par le Conseil constitutionnel, l'incertitude autour de la signification du terme « Partie » dans l'accord⁵⁹.

⁵⁶ Cons. 49.

⁵⁷ Ce qui en l'occurrence apparaît comme un pouvoir considérable confié au comité, dénoncé d'ailleurs en introduction de la lettre de saisine de députés.

⁵⁸ Le Conseil, sur proposition de la Commission ou du haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité, adopte une décision sur la suspension de l'application d'un accord et établissant les positions à prendre au nom de l'Union dans une instance créée par un accord, lorsque cette instance est appelée à adopter des actes ayant des effets juridiques, à l'exception des actes complétant ou modifiant le cadre institutionnel de l'accord.

⁵⁹ Voir la lettre de saisine § 5.1.

Le Conseil souligne que l'application provisoire ne concerne ni les compétences partagées entre l'Union et les Etats membres ni les compétences exclusives des Etats. De plus, en vertu de la déclaration n° 20 du Conseil du 14 janvier 2017, si la ratification de l'accord « échoue de façon définitive en raison d'une décision prononcée par une Cour constitutionnelle, ou à la suite de l'aboutissement d'un autre processus constitutionnel et d'une notification officielle par le gouvernement de l'État concerné, l'application provisoire devra être et sera dénoncée. Les dispositions nécessaires seront prises conformément aux procédures de l'Union européenne ». L'échec d'une procédure de ratification permet ainsi d'interrompre l'application provisoire. Ces deux éléments suffisent au Conseil constitutionnel pour rejeter le grief tiré de l'atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale.

Le premier d'entre eux appelle un commentaire. Selon les principes d'exercice du contrôle posés par le Conseil constitutionnel, seuls les règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France sont opposables aux stipulations de l'accord renvoyant aux compétences exclusives de l'Union. Si l'application provisoire ne concerne que ce type de compétences, alors l'atteinte aux conditions essentielles n'était pas un grief valable, à moins que ces conditions ne soient elles-mêmes considérées comme relevant de l'identité de la France, ce qui n'est pas déductible de l'exposé des normes de référence du contrôle comme de l'usage des conditions essentielles dans le reste de la décision. Il est donc pour le moins surprenant que les conditions essentielles soient retenues comme norme de référence de contrôle de ces stipulations.

Sur le second argument, la fin de l'application provisoire en cas d'échec définitif de la procédure de ratification, il convient de savoir si cette situation est celle qui est envisagée plus généralement par le C du 3 de l'article 30.7 qui prévoit qu'une partie peut mettre fin à l'application provisoire. Autrement dit, la déclaration illustre-t-elle de manière exhaustive tous les cas susceptibles d'entrer dans la catégorie générale ouverte par la stipulation de l'accord ? Il ne semble pas que ce soit le cas alors que cette stipulation prévoit une compétence générique pour une partie de mettre fin à l'application provisoire quand la déclaration renvoie à un échec définitif de la procédure de ratification. Aussi, arguer de la déclaration pour écarter le grief opposé à l'encontre de la stipulation, n'est-il pas totalement convaincant. En dehors de l'échec définitif d'une procédure de ratification, un Etat peut toujours mettre fin à l'application provisoire de l'accord. Il n'y a pas plus de certitude dans la déclaration qu'il n'y en a de la stipulation de l'accord.

L'apport de la décision ne se révèle incontestablement pas dans ce qui aura occupé ici la majorité du commentaire. La portée de la décision se situe dans le détail. Quel avenir désormais pour les règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France ?