



HAL
open science

**L’avis 1/17 de la Cour de justice sur le CETA :
autonomie, libéralisme et souveraineté démocratique.
Les dissonances d’un nouvel hermétisme normatif**

Hugo Flavier

► **To cite this version:**

Hugo Flavier. L’avis 1/17 de la Cour de justice sur le CETA : autonomie, libéralisme et souveraineté démocratique. Les dissonances d’un nouvel hermétisme normatif. *Politeia* [Les Cahiers de l’Association française des auditeurs de l’Académie internationale de droit constitutionnel], 2020, 37. hal-04546585

HAL Id: hal-04546585

<https://hal.science/hal-04546585>

Submitted on 15 Apr 2024

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.



Distributed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License

L'avis 1/17 de la Cour de justice sur le CETA : autonomie, libéralisme et souveraineté démocratique. Les dissonances d'un nouvel hermétisme normatif

Hugo Flavier, « L'avis 1/17 du 30 avril 2019 de la Cour de justice sur le CETA :
Autonomie, libéralisme et souveraineté démocratique. Les dissonances d'un nouvel
hermétisme normatif », *Politeia*, n°37, 2020

Introduction	2
I – Une condition existentielle : l'autonomie de l'ordre juridique européen	7
A – Une autonomie constitutionnelle	7
1 – Autonomie constitutionnelle et souveraineté juridique	7
2 – Autonomie constitutionnelle et souveraineté démocratique	10
B – Un hermétisme juridictionnel	12
1 – L'exigence de garanties juridictionnelles à l'autonomie constitutionnelle	12
2 – De l'autonomie à l'hermétisme juridictionnel	14
II – Une condition substantielle : l'intégrité de l'ordre juridique européen	16
A – Le principe d'égalité de traitement	17
B – Le droit d'accès à un tribunal indépendant	20
1 – Des tribunaux arbitraux relativement accessibles	21
2 – Des tribunaux arbitraux relativement indépendants	23
III – Les paradoxes d'une souveraineté démocratique européenne défendue par la Cour	27

Introduction

Le 11 novembre 2016, le Parlement européen a formellement pris la décision de ne pas saisir la Cour de justice pour avis sur le point de savoir si l'Accord économique et commercial global, plus connu sous son acronyme anglo-saxon CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement), était conforme au droit primaire de l'Union européenne¹. Le service juridique du Parlement ayant considéré que cet accord n'engendrerait aucune « *conséquence sur notre cadre légal, sur les compétences de l'UE ou sur nos droits constitutionnels* » et qu'il répondait aux « *craintes concernant la mondialisation sans poser de problème pour la démocratie* »², une saisine n'était plus nécessaire. Rétrospectivement, la Cour de justice, dans son avis du 30 avril 2019, et conformément aux conclusions de l'avocat général Yves Bot rendues le 29 janvier 2019, lui donne raison. Cette décision du Parlement avait toutefois pu surprendre de la part de parlementaires européens qui aiment à se présenter comme les défenseurs des peuples européens, de l'intérêt général européen, et comme les promoteurs d'un commerce international raisonné qui prendrait en compte les aspirations populaires. Il aurait pu, en effet, ne serait-ce que pour jouer pleinement cette fonction d'incarnation, prendre la peine de saisir la Cour, d'autant plus que l'on sait combien le traité CETA fut controversé, a suscité le débat³ et continue de l'être⁴.

On rappellera que cet accord, conclu entre l'Union européenne et ses États membres d'un côté, et le Canada de l'autre, vise, au-delà d'une simple suppression des droits de douane, à établir une zone de libre-échange tout en intégrant, à la différence des accords antérieurs, un certain nombre de garanties dans le domaine de la protection des normes environnementales, sociales ou agricoles. L'une de ses principales critiques était la crainte que le chapitre en matière d'investissement ne remette en cause certaines politiques publiques nationales et européennes dans le domaine de la protection de l'environnement ou de la protection sociale au nom des facilitations accordées aux investisseurs ; critique renforcée par une suspicion à l'égard de l'organisation du règlement des différends, qu'il s'agisse de la composition des tribunaux ou de la rémunération des membres du tribunal. On ne compte plus les réprobations à ce sujet, particulièrement lors d'affaires médiatisées⁵.

¹ Résolution demandant l'avis de la Cour de justice sur la compatibilité avec les traités de l'accord envisagé entre le Canada et l'Union européenne dit accord économique et commercial global (AECG) (2016/2981(RSP)) [B8-1220/2016]

² Tel est le point du député Daniel Caspary en tant que rapporteur (<http://www.europarl.europa.eu/news/fr/press-room/20161117IPR51553/ceta-les-deputes-ouvrent-la-voie-au-vote-sur-l-accord-commercial-avec-le-canada>)

³ Cf., la résolution européenne du 2 février 2017 « Pour un débat démocratique sur l'accord économique et commercial global (CETA) », n°906 (ISSN 1240 – 8468) ; de même, cf., le rapport n° 4392 sur la proposition de résolution européenne n°4335 « Pour un débat démocratique sur l'accord économique et commercial global (CETA) », du 18 janvier 2017.

⁴ Cf., à titre d'exemple, l'article publié par un collectif d'économiste dans *Le Monde*, « CETA : "Il faut suspendre la ratification et renégocier l'accord" », 13 juillet 2019.

⁵ On peut citer certaines affaires médiatiques : tel le cas du contentieux relatif à l'exploitation minière en Roumanie (A. Gadaud, « Exploitations minières : un groupe canadien réclame 4 milliards de dollars à la Roumanie », *La Tribune*, 5 juillet 2017) ; ou encore celui de la taxe mexicaine sur le sirop de maïs afin de lutter contre l'obésité (R. Vivien, « Ceta: le système d'arbitrage bloque toujours la transition sociale et écologique », *Le soir*, 8 mai 2019.

Il aura fallu compter sur la résistance et la pugnacité, non pas d'un petit village gaulois, mais de la Belgique, qui s'était engagée à saisir la Cour à l'issue du « feuilleton CETA » qui avait pris des airs de véritable « épopée », pour reprendre les mots de Florian Couveinhes Matsumoto⁶. On se souvient combien Paul Magnette, bourgmestre de Charleroi et président du gouvernement Wallon, a pu ferrailer contre ce traité. Professeur d'université, spécialiste de l'Union européenne renommé, il est dorénavant une personnalité connue du grand public. Le combat de l'« irréductible Wallon »⁷ contre le CETA a réussi à bloquer, pour un temps seulement, le processus de signature du Royaume de Belgique et donc, de l'Union européenne dans son ensemble.

On peut comprendre que ce blocage ait agacé les institutions européennes et certains États membres, tant il est vrai que le traité CETA apportait en réalité de nombreuses réponses à des critiques qui n'étaient pas nouvelles⁸. Ce blocage aura également révélé une Commission plutôt hostile au dialogue avec le Parlement de la Fédération Wallonie-Bruxelles et le Parlement francophone bruxellois⁹, estimant probablement qu'il s'agissait d'une question purement interne. En réalité, non seulement cette question de droit constitutionnel belge s'est avérée être tout aussi européenne mais en outre, il est possible que la Wallonie, accusée de blocage, ait, elle aussi et à son niveau, promu l'intérêt général européen attestant qu'aucune institution ni aucun État ne peut en revendiquer le monopole. Cette diffusion de la promotion de l'intérêt général européen est d'autant plus opportune qu'elle a été portée par Paul Magnette, un partisan convaincu de l'intégration européenne. Son action, couronnée de succès, a conduit la Commission et le Conseil, ainsi que le Canada, à prendre en compte ses demandes¹⁰. Un compromis a été trouvé et a abouti, non pas à la révision formelle d'un traité qui a nécessité des années de négociation, mais à l'adjonction d'un instrument interprétatif commun qui a été qualifié de contraignant « *pour ce qui concerne l'interprétation* »¹¹ des termes du CETA et qui vise aussi à rassurer les peuples européens sur les intentions des parties. Sont ainsi réaffirmés, dans le préambule de cet instrument interprétatif, « *la capacité des gouvernements à régler dans l'intérêt public* » ainsi qu'un engagement sur « *le développement durable, les droits des travailleurs et la protection de l'environnement* ». De même, les parties se sont engagées à « *tourne[r] résolument le dos à l'approche traditionnelle du règlement des différends en matière d'investissements et institue[r] des tribunaux indépendants, impartiaux et permanents dans le domaine des investissements, inspirés des principes de systèmes judiciaires publics en place dans l'Union européenne et ses États membres ainsi qu'au Canada, ainsi que*

⁶ F. Couveinhes-Matsumoto, « L'épopée de la Wallonie et la signature de l'AECG/CETA », *RGDIP*, 2017, n°1, pp. 69 et s.

⁷ J.-P. Stroobants, « Paul Magnette, l'irréductible Wallon », *Le Monde*, 27 octobre 2016.

⁸ Cf., D. de Béchillon, « Et si nous lisions (calmement) le CETA avant d'en dire tant de mal ? », *JCP*, n° 42, 16 octobre 2017, pp. 1854 et s.

⁹ Cf., F. Couveinhes-Matsumoto, « L'épopée de la Wallonie et la signature de l'AECG/CETA », préc.

¹⁰ Demandes qui n'étaient pas uniquement les siennes mais reflétaient une partie de l'opinion publique européenne. Si l'on se limite à la France, les avis sont assez contradictoires. Le sondage de l'IFOP du 17 juillet 2017 « Les Français et le CETA » (<https://www.lesechos.fr/politique-societe/societe/ceta-mercotur-les-francais-tres-reticents-face-au-libre-echange-1041235>) révèle que 50% des Français ne sont pas opposés au CETA. Alors que dans un sondage OpinionWay postérieur, ils ne sont plus que 29% à y être favorables (I. Ficek, « Ceta, Mercotur : les Français très réticents face au libre-échange », *Les Échos*, 29 juillet 2019. Il y a donc incontestablement une réticence, sans doute une peur, et celle-ci est allée croissant.

¹¹ Déclaration n°38 du Service juridique du Conseil sur la nature juridique de l'instrument interprétatif commun.

de juridictions internationales comme la Cour internationale de justice et la Cour européenne des droits de l'homme ».

Les parties ont donc entrepris de corriger les principales critiques portant sur la protection d'intérêts publics et sur la nature des tribunaux arbitraux. On rappellera que cette ambition figurait déjà dans le CETA et que l'instrument interprétatif n'a fait qu'en renforcer l'impérieuse nécessité. Toutefois, si un accord politique a bien eu lieu, encore fallait-il attendre que la Cour de justice ne se prononce. En application de l'instrument interprétatif commun, la Belgique s'était engagée à saisir la Cour de justice d'un avis sur la compatibilité du CETA avec le droit de l'Union, en particulier pour ce qui concerne la protection des investissements et le règlement des différends¹². L'avis 1/17 est donc l'une des conséquences de cette « épopée ». De façon générale, il est heureux que la Cour ait eu l'occasion d'examiner la compatibilité du CETA aux traités. Il en allait de l'intérêt général européen et de la sécurité juridique. Depuis quelques années en effet, l'Union a entrepris de rénover en profondeur ses accords de libre-échange. Ces accords, dits de « nouvelle génération », sont d'une ampleur inégalée eu égard aux domaines couverts, puisqu'ils ne se limitent plus aux questions tarifaires et non tarifaires, mais s'étendent aux investissements, aux marchés publics, à la concurrence, à la protection de la propriété intellectuelle et intègrent dorénavant des exigences de développement durable ou de protection de l'environnement. La Commission est d'ailleurs en négociation avec le Chili, la Chine, l'Indonésie, le Japon, la Malaisie, la Birmanie, et l'Union vient de signer un accord avec le Mercosur¹³.

La question posée à la Cour par la Belgique portait pour l'essentiel sur la conformité du mécanisme de règlement des différends dans le domaine des investissements prévu par le CETA. La réponse à cette question était d'importance car elle conditionnait indirectement la nouvelle politique commerciale de l'Union dans le domaine des investissements. La prise de position de la Cour, qui valide le mécanisme de règlement des différends, a donc dû rasséréner les fonctionnaires de la Commission qui mènent depuis de longs mois, voire de longues années, ces négociations. Le Royaume de Belgique mettait en avant trois risques d'incompatibilité du mécanisme de règlement des différends relatifs aux investissements entre les investisseurs et les États (RDIE) avec le droit de l'Union : le risque d'atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union¹⁴ ; le risque de violation du principe général d'égalité de traitement et de l'exigence d'effectivité du droit de l'Union¹⁵ ; la compatibilité avec le droit d'accès à un tribunal indépendant¹⁶.

En pratique, ce sont deux séries de questions qui étaient soulevées. En premier lieu, et à titre principal, la Belgique interrogeait la Cour sur les risques d'atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union par la mise en place d'un mécanisme de RDIE. La Belgique

¹² Déclaration n° 37 du Royaume de Belgique relative aux conditions de pleins pouvoirs par l'État fédéral et les entités fédérées pour la signature du CETA.

¹³ Cf., le communiqué de presse de la Commission du 1^{er} juillet 2019 : https://ec.europa.eu/luxembourg/news/lue-et-le-mercosur-ont-conclu-un-accord-commercial_fr

¹⁴ Points 106 et s., de l'avis 1/17.

¹⁵ Points 162 et s., de l'avis 1/17.

¹⁶ Points 189 et s., de l'avis 1/17.

invoquait principalement trois affaires qui, selon elle, pouvaient faire douter de cette compatibilité. Ont ainsi été invoqués l'avis 2/13 sur l'adhésion de l'UE à la CEDH¹⁷, l'avis 1/09 relatif à l'accord sur la création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets¹⁸ et enfin l'arrêt *Achmea*, qui portait sur la compatibilité d'un règlement des différends investisseur-État devant un tribunal arbitral institué sur la base d'un traité bilatéral en matière d'investissement conclu entre États membres¹⁹. On se souvient que dans cette dernière affaire, rendue sur conclusions contraires de l'avocat général²⁰, la Cour avait estimé que la compétence du tribunal arbitral portait atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE, notamment en ce qu'il violait le monopole de la Cour dans l'interprétation définitive du droit de l'Union, et priverait la Cour de son pouvoir « *d'assurer l'unité d'interprétation du droit de l'Union, permettant ainsi d'assurer sa cohérence, son plein effet et son autonomie ainsi que, en dernière instance, le caractère propre du droit institué par les traités* »²¹. L'une des conséquences directes de la position de la Cour en la matière aura été de contraindre les négociateurs du CETA à rendre l'ordre juridique de l'Union encore un peu plus hermétique à l'égard de l'ordre juridique international. Et effectivement, cette hermétisation des ordres juridiques a joué, dans cet avis, comme une garantie de l'autonomie du droit de l'Union et lui a permis de donner un brevet de compatibilité du RDIE avec le droit de l'Union. La Cour entérine donc un mouvement de cloisonnement de l'ordre juridique de l'Union entamé au début des années 2010 avec l'avis 2/13 notamment²².

En second lieu, la Cour a vérifié si l'intégrité de l'ordre juridique de l'Union pouvait être remise en cause par le CETA. À travers le contrôle de la compatibilité de l'accord à l'égard du principe de l'égalité de traitement, de l'exigence d'effectivité et du droit d'accès à un tribunal indépendant, la Cour réaffirme la primauté des droits fondamentaux de l'Union sur tout accord international. Cette primauté n'est guère une nouveauté puisqu'elle a été l'un des nombreux apports de l'arrêt *Kadi*²³ comme de l'avis 2/13. Elle est cependant réaffirmée dans un contexte différent. D'une part, par-delà la seule protection juridique d'une « *Union de droit* »²⁴, par-delà l'idée même de prééminence du droit et de la garantie des droits fondamentaux, c'est l'intégrité même de l'ordre juridique de l'Union que la Cour entend protéger. D'autre part, cette volonté de protéger l'intégrité européenne trouve un écho particulier au sein même de l'Union. On doit ainsi lire l'avis 1/17 et la réaffirmation des valeurs que l'Union doit promouvoir sur la scène internationale à l'aune des déficiences de l'État de droit en Pologne et en Hongrie, au moment

¹⁷ CJUE, 18 décembre 2014, Ass. plen., Avis 2/13.

¹⁸ CJUE, 8 mars 2011, Ass. plen., Avis 1/09.

¹⁹ CJUE, 6 mars 2018, *Achmea*, aff. C-284/16.

²⁰ Conclusions Wathelet, du 19 septembre 2017.

²¹ Point 37 de l'affaire *Achmea*.

²² Cf., infra III.

²³ CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi I*, aff. C-402/05 P et C-415/05 P (Comm. : J.-P. Jacqué, « Primauté du droit international versus protection des droits fondamentaux », RTDE, 2009, pp. 161 et ; J. Rideau, « Réflexions sur la jurisprudence Kadi et Yusuf / Al Barakaat. Quand le professeur retourne à l'école ... de droit », RAE, 2009, pp. 489 et s.

²⁴ Sur cette expression, cf., notamment, CJUE, 26 juin 2012, *Pologne c/ Commission*, aff. C-335/09 P, point 48 ; CJUE, 18 juillet 2013, *Kadi II*, aff. C-584/10 P, point 66 ; CJUE, 6 octobre 2015, *Schrems*, aff. C-362/14, point 60 ; CJUE, 24 juin 2019, *Commission c/ Pologne*, aff. C-619/18, point 46.

même où la Cour commence à rendre ses arrêts en manquement²⁵. En somme, il n'est guère étonnant de constater que la Cour s'appuie, dans son avis, sur les « valeurs fondatrices énoncées à l'article 2 TUE »²⁶, de même qu'elle a fait référence aux « valeurs communes aux États membres énoncées à l'article 2 TUE » dans l'affaire *A.K.* au sujet de l'abaissement de l'âge du départ à la retraite des juges en Pologne²⁷.

Ces références marquées aux valeurs de l'Union dans l'avis 1/17 soulignent de manière sous-jacente l'importance qu'ont pris les relations extérieures dans le développement constitutionnel de l'Union. Mais elles révèlent aussi les ambiguïtés de la constitutionnalisation de l'ordre juridique de l'UE où la Cour s'efforce de trouver une synthèse, un juste milieu entre des impératifs contradictoires qu'elle a parfois contribué elle-même à créer. La Cour souhaite, en effet, préserver tout à la fois l'autonomie de l'ordre juridique européen en imposant son respect de la manière la plus stricte, protéger la démocratie européenne, défendre les politiques publiques européennes ainsi que, comme l'exige l'article 3, paragraphe 5 TUE, contribuer « *au commerce libre et équitable (...) et au développement du droit international* ». Il semble toutefois que cette quadrature du cercle ne se fasse pas sans déperdition. Au nom de cette autonomie presque hermétique de l'ordre juridique européen – qui semble devenir l'autre mot de la souveraineté juridique européenne²⁸ – et de la défense des politiques publiques européennes qui sont élaborées à l'issue d'un « *processus démocratique* »²⁹, la Cour s'érige en protecteur d'une souveraineté démocratique de l'Union non dénuée de paradoxes. Si l'on peut comprendre le souhait de la Cour de garantir l'autonomie de l'ordre juridique européen (I) ainsi que son intégrité (II), on reste plus sceptique sur certaines implications de son analyse s'agissant de la souveraineté non seulement juridique et démocratique de l'Union européenne et de l'hermétisme auquel elle conduit (III).

²⁵ Cf., CJUE, 24 juin 2019, *Commission c/ Pologne*, aff. C-619/18, préc. ; CJUE, Gde. Ch., 5 novembre 2019, *Commission c/ Pologne*, aff., C-192/18 ; de même, cf., l'affaire en cours C-718/17, *Commission c/ Hongrie* à propos du Mécanisme temporaire de relocalisation de demandeurs de protection internationale ; les conclusions de l'avocat général du 14 janvier 2020 dans l'affaire C-78/18 à propos de la question des dons étrangers offerts aux organisations non gouvernementales exerçant leurs activités dans un État membre ; l'affaire C-66/18, *Commission c/ Hongrie*, sur les conditions d'installation des établissements d'enseignement supérieur étrangers en Hongrie.

De façon générale, sur ces questions, on se rapportera utilement à S. Platon, « Les fonctions du standard de l'État de droit en droit de l'Union européenne », *RTDE*, 2019, pp. 305 et s. ; « Le respect de l'État de droit dans l'Union européenne : La Cour de justice à la rescousse ? », *RDLF*, 2019 chron. n°36 ; L. Pech et P. Wachowiec, « 1460 Days Later: Rule of Law in Poland R.I.P. » (Part. I & II) [VerfBlog, 2020/1/13, <https://verfassungsblog.de/1460-days-later-rule-of-law-in-poland-r-i-p-part-i/> ; VerfBlog, 2020/1/15, <https://verfassungsblog.de/1460-days-later-rule-of-law-in-poland-r-i-p-part-ii/>]. De même, L. Pech et S. Platon, « Judicial independence under threat: The Court of Justice to the rescue in the ASJP case », *CML Rev.*, 2018, pp. 1827 et s.

²⁶ Point 110.

²⁷ CJUE, Gde. Ch., 19 novembre 2019, *A.K.*, aff. C-585/18, C-624/18 et C-625/18.

²⁸ Cf., V. Skouris, « Quelle souveraineté juridique des États et de l'Union ? », *RFDA*, 2016, pp. 411 et s. ; de même, Ch., Maubernard, « L'avis 1/17 ou les contours de l'autonomie procédurale et substantielle de l'ordre juridique de l'Union », *RUE*, 2019, pp. 573 et s. Pour un travail de synthèse : S. Van Raepenbusch, « Quelques réflexions sur l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne par rapport au droit international », *RUE*, 2018, pp. 542 et s.

²⁹ Point 151.

I – Une condition existentielle : l'autonomie de l'ordre juridique européen

L'autonomie de l'ordre juridique européen est un attribut fondamental – existentiel – du cadre constitutionnel instauré par les traités. L'impératif de protection de l'autonomie qui échoit à la Cour lui impose d'en assurer le respect et, à travers lui, de préserver l'identité constitutionnelle de l'Union. Cette autonomie constitutionnelle représente, dans l'avis 1/17, un préalable indispensable à l'examen de la compatibilité du RDIE au système contentieux de l'Union (A). On peut tout à fait louer cette démarche constitutionnalisante, spécialement dans le domaine des relations extérieures. On sera plus circonspect sur le fait que, sous couvert d'un développement constitutionnel de l'Union, la Cour ne transforme la construction européenne en une forteresse juridictionnelle. Car c'est bien au prix d'un – malheureux – hermétisme juridique, que la Cour reconnaît la compatibilité du RDIE instauré par le CETA (B).

A – Une autonomie constitutionnelle

Les parties au CETA ont entendu corriger les critiques traditionnellement adressées aux traités d'investissement et prévenir tout risque d'incompatibilité qui étaient en filigrane dans la jurisprudence de la cour. Malgré ces précautions, il n'était guère évident que la Cour donne un brevet de compatibilité au CETA, notamment au regard de sa compatibilité avec la conception que la Cour se fait de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union. La Cour a donc précisé sa conception de l'ordre constitutionnel de l'Union et la fonction de protection de cet ordre quant à la démocratie et aux politiques publiques européennes. À travers cela, la Cour détaille indirectement le contenu de ce que serait une souveraineté juridique (1) et une souveraineté démocratique (2) de l'Union.

1 – Autonomie constitutionnelle et souveraineté juridique

Le lien, historique, entre l'autonomie constitutionnelle et la souveraineté juridique est connu³⁰. Forgé dans le cadre d'une construction nationale, la souveraineté juridique n'était que l'autre nom de la qualité d'un État qui, en tant que tel, était en mesure de se doter d'une constitution. Cette autonomie constitutionnelle était donc l'expression de la souveraineté nationale – dans son sens le plus français du terme – et impliquait nécessairement la capacité de l'État à monopoliser l'édiction du droit positif pour reprendre l'expression d'Olivier Beaud³¹. Aujourd'hui, cette monopolisation de la production normative par l'État n'est plus une réalité. La production normative doit se conjuguer avec le développement du droit international général, des organisations internationales, et même des entités privées³². Mais si l'État n'a plus le monopole absolu de l'édiction du droit positif, cela ne signifie pas pour autant qu'il existe systématiquement des entités juridique – et politiques – qui soient en capacité d'être

³⁰ Sur cette question, cf., G. Marti, *Le pouvoir constituant européen*, Bruxelles, Bruylant, 2011 ; F. Chaltiel, *La souveraineté de l'État et l'Union européenne, l'exemple français : recherches sur la souveraineté de l'état membre*, LGDJ, Paris, 2000.

³¹ O. Beaud, *La puissance de l'État*, iter la puissance de l'État

³² Cf., le colloque SFDI des 19-21 mai 2016, *L'entreprise multinationale et le droit international*, Paris, Pedone, 2017.

des créateurs systématiques de cette production et des sujets d'imputation. Il s'agit de l'une des originalités de la construction européenne où la création normative s'est en partie autonomisée de celle des États et s'est également centralisée ou du moins, autant centralisé qu'une structure politique internationale peut l'être de nos jours. C'est en ce sens que l'on peut parler, à la manière de V. Skouris³³, de véritable souveraineté juridique, sans que cette souveraineté ne s'accompagne nécessairement d'une souveraineté politique, ou alors d'une souveraineté politique qui serait d'une autre nature³⁴. En affirmant – et donc en construisant – cette autonomie, la Cour participe à la formation de cette souveraineté juridique. Définir l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union doit donc être compris comme un procédé de détermination et de délimitation du cadre constitutionnel de l'Union et de sa souveraineté juridique.

Depuis l'avis 1/09, on sait que la Cour a eu particulièrement à cœur de défendre l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union lorsque le monopole d'interprétation de la Cour était en jeu. Certains arguments peuvent tout à fait s'entendre, comme ceux qui ont précisément été avancés dans l'avis 1/09³⁵, où la juridiction des brevets prévue par la première version de l'accord³⁶ pouvait se substituer aux juridictions nationales dans l'interprétation du droit de l'Union, les privant par là-même de leur faculté de saisir la Cour d'un renvoi préjudiciel. Depuis cette affaire, la Cour n'a eu cesse de se référer et donc, du point de vue discursif, de renforcer la portée de la spécificité de l'ordre juridique de l'Union. Les années 2010 auront marqué une nouvelle vague jurisprudentielle plus militante que dans les années 2000, insistant sur la nature constitutionnelle de l'Union européenne. L'avis 2/13 sur l'adhésion à la CEDH, est ainsi venu préciser les caractéristiques essentielles de l'ordre juridique de l'Union, qui s'est « *dotée d'un ordre juridique d'un genre nouveau, ayant une nature qui lui est spécifique, un cadre constitutionnel et des principes fondateurs qui lui sont propres, une structure institutionnelle particulièrement élaborée ainsi qu'un ensemble complet de règles juridiques qui en assurent le fonctionnement* »³⁷. Parmi ces caractéristiques, outre son originalité constitutionnelle, figurent la répartition des compétences et surtout, la nature du droit de l'Union qui « *se caractérise par le fait d'être issu d'une source autonome, constituée par les traités, par sa primauté par rapport aux droits des États membres* »³⁸ ainsi que son effet direct.

L'avis 1/17 confirme et amplifie cette conception constitutionnaliste de l'ordre juridique de l'Union européenne. Il atteste par ailleurs que la constitutionnalisation de l'Union européenne se développe tout autant par les relations extérieures, ou du moins par les questions touchant aux relations extérieures, que par sa seule dynamique interne³⁹. Selon la Cour, en effet,

³³ Cf., V. Skouris, « Quelle souveraineté juridique des États et de l'Union ? », préc.

³⁴ Cf., Chaltiel, *La souveraineté de l'État et l'Union européenne, l'exemple français : recherches sur la souveraineté de l'état membre*, préc., spé. pp. 323 et s.

³⁵ Pour un commentaire de l'avis : Cf., S. Adam, « Le mécanisme préjudiciel, limite fonctionnelle à la compétence externe de l'Union. Note sur l'avis 1/09 de la Cour de justice », *CDE*, 2011, pp. 277 et s.

³⁶ Pour un commentaire du traité révisé, cf. ? J.-F. Delile, « La Juridiction unifiée du brevet, juge de l'Union européenne », *JADE*, mars 2013 [<https://revue-jade.eu/article/view/431>].

³⁷ Point 158 de l'avis 2/13.

³⁸ Point 166 de l'avis 2/13 ; point 109 de l'avis 1/17 ; de même, CJUE, 26 février 2013, *Melloni*, aff. C-399/11 [ECLI:EU:C:2013:107], point 60.

³⁹ Cf., H. Flavier, *La contribution des relations extérieures à la construction de l'ordre constitutionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

l'autonomie de son ordre juridique « *réside ainsi dans la circonstance que l'Union est dotée d'un cadre constitutionnel qui lui est propre* »⁴⁰ ; cadre constitutionnel comprenant les valeurs fondatrices énoncées à l'article 2 TUE, l'organisation des compétences, les règles de fonctionnement des institutions et de son système juridictionnel, « *ainsi que les règles fondamentales dans des domaines spécifiques, structurées de manière à contribuer à la réalisation du processus d'intégration* »⁴¹. Cette constitutionnalisation est finalisée et orientée vers un objectif général d'intégration⁴² que l'avis 2/13 qualifiait de « *raison d'être de l'Union elle-même* »⁴³. Implicitement, toute atteinte à l'ordre constitutionnel de l'Union européenne constituerait, *ipso jure*, une atteinte au processus général d'intégration.

La Cour saisit donc l'occasion de cet avis sur le CETA pour, comme au temps de l'avis 2/13, réaffirmer la nature constitutionnelle de l'Union européenne. Elle tient à rappeler aux institutions, aux États membres ainsi qu'aux partenaires de l'Union qu'elle veille autant à la protection de ses compétences qu'à rappeler le caractère constituant du processus d'intégration européenne. Un processus constituant qui ne se marque pas par un seul et unique moment constitutionnel mais par une progression de nature incrémentale. Le XXI^e siècle étant, plus encore que le précédent, le siècle de la mondialisation et donc de l'international, on ne saurait être surpris que ces questions se posent à propos des relations extérieures. Cette insistance sur la nature constitutionnelle de la construction européenne dans ce domaine si particulier a peut-être été motivée par le fait que les affaires étrangères sont le lieu par excellence du politique et du pouvoir politique. Sans doute la Cour souhaitait-elle réaffirmer les enjeux constitutionnels de l'intégration y compris dans un domaine qui fait cœur avec la souveraineté des États. Si l'on devait cependant émettre une remarque critique, on pourrait dire que le décalage entre la simplicité de la question posée à la Cour – la compatibilité du RDIE au droit de l'Union – et les enjeux avancés par celle-ci est un peu surprenant. On serait bien en peine de trouver une décision d'une Cour constitutionnelle nationale qui, lors de l'examen de la compatibilité à la constitution d'un traité établissant un mécanisme d'arbitrage, se sentirait dans l'obligation de se lancer à ce point dans une harangue sur les origines du pouvoir du gouvernement, les valeurs fondatrices du régime, les objectifs de l'État et ses fondements constitutionnels, historiques et juridiques, afin de défendre, pourquoi pas, son identité ou son intégrité constitutionnelle. Ne serait-on pas tentés de dire qu'il y aurait, en quelque sorte, une disproportion manifeste entre la solennité des arguments invoqués et les enjeux réels⁴⁴ ? Pourtant, la Cour de justice ne procède pas autrement dans cet avis et prolongera indirectement ces considérations par une réflexion sur la souveraineté démocratique de l'Union.

⁴⁰ Point 109 de l'avis.

⁴¹ Point 110 de l'avis, qui reprend en substance l'avis 2/13.

⁴² On ajoutera que l'un des aspects fondamentaux de toute structure démocratique réside en ce que les institutions politiques n'aient pas leur finalité en elles-mêmes. Le but du gouvernement américain est ainsi d'assurer « *la vie, la liberté et la recherche du bonheur* » (déclaration d'indépendance du 4 juillet 1776) ; celui de la République française consiste à assurer le « *maintien de la Constitution et [le] bonheur de tous* » (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) ; ou celui de l'Allemagne qui est « *animé[e] de la volonté de servir la paix du monde* » (préambule de la Loi fondamentale).

⁴³ Avis 2/13 point 172

⁴⁴ Dans un ordre d'idées comparable, l'Avocat général Wathelet dans ses conclusions sur l'affaire *Achmea* (préc.), précisait que « *le risque systémique que les TBI internes à l'Union poseraient, selon la Commission, pour l'uniformité et l'efficacité du droit de l'Union est largement exagéré* » (point 44).

2 – Autonomie constitutionnelle et souveraineté démocratique

L'un des principaux motifs de contestation du CETA fut, et demeure⁴⁵, le risque d'abaissement du niveau de protection de certains buts d'intérêt général, comme la protection de l'environnement ou la protection sociale. S'il est vrai que le droit des investissements peut laisser craindre ce risque, les nouveaux TBI intègrent aujourd'hui de plus en plus explicitement le droit de réglementer⁴⁶. Le CETA s'insère dans ce mouvement qui vise à protéger l'action des pouvoirs publics de tout recours abusif de la part d'un investisseur qui contesterait systématiquement le moindre changement de législation. Toutefois, et dans la logique du droit des investissements, il est resté possible que le tribunal arbitral soit amené à « *mettre en balance l'intérêt constitué par la liberté d'entreprise, invoqué par l'investisseur requérant, avec les intérêts publics, énoncés dans les traités UE et FUE ainsi que dans la Charte* »⁴⁷. Ce même Tribunal pourrait donc interpréter une réglementation européenne et lui donner un sens différent de celui qui prévaut dans l'ordre juridique européen et briser ainsi l'autonomie promue et défendue par la Cour.

Afin de justifier le RDIE, cette dernière s'efforce de minimiser cette compétence interprétative du Tribunal, conséquence pourtant logique et inhérente à toute fonction de juger. À cette fin, elle distingue l'interprétation du droit de l'Union, qui serait soustraite au Tribunal, de l'« *appréciation de la portée* »⁴⁸ du droit de l'Union qui, elle, serait permise. Cependant, et même au titre d'une simple « *appréciation de la portée* » du droit de l'Union, on peut se demander si la compétence du Tribunal arbitral ne risque pas de porter atteinte au droit de réglementer de l'Union. En effet, en matière de la responsabilité, si jamais le Tribunal constatait, par exemple, une violation de l'obligation de traitement juste et équitable de l'Union dans une législation ayant pour objet la protection de l'environnement, l'Union serait indirectement amenée à modifier sa législation pour éviter des condamnations futures et donc à renoncer au niveau de protection de l'intérêt public en cause. La Cour l'a parfaitement saisi et a estimé, dans l'avis 1/17, qu'un accord conclu par l'Union où le Tribunal arbitral institué ferait prévaloir le point de vue de l'entreprise sur un intérêt public européen – et donc sur une politique publique de l'Union – compromettrait « *la capacité de l'Union à fonctionner de manière autonome dans son propre cadre constitutionnel* »⁴⁹.

Eu égard aux considérations précédemment évoquées, on aurait pu s'attendre à un constat d'incompatibilité de l'accord. Pourtant, la Cour va tout de même valider le système RDIE en essayant de démontrer que la démocratie européenne ne sortira pas affaiblie de ce contrôle juridictionnel international. Effectivement, les enjeux sous-jacents sont bien des enjeux démocratiques. Comment peut-on faire prévaloir une décision d'un Tribunal arbitral sur

⁴⁵ Dernièrement encore : M. Rescan, « À l'Assemblée, les opposants au CETA ne désarment pas », *Le Monde*, 10 juillet 2019.

⁴⁶ C. Titi, « Le "droit de réglementer" et les nouveaux accords de l'Union européenne sur l'investissement », *JDI*, 2015, pp. 39 et s.

⁴⁷ Point 137.

⁴⁸ Point 138.

⁴⁹ Point 150.

des actes législatifs de l'Union alors que seul ces derniers ont été adoptés selon un processus démocratique, imparfait certes, mais réel. On serait tenté de dire qu'il n'y a là rien de très original, tant il en va ainsi de la quasi-totalité du droit international⁵⁰. Cette question permet toutefois à la Cour de s'exprimer de nouveau sur l'importance de la démocratisation des relations extérieures⁵¹. Ainsi, estime-t-elle que le fait que « *le législateur de l'Union adopte les réglementations de celle-ci à l'issue du processus démocratique défini dans les traités UE et FUE, et que ces réglementations sont censées, en vertu des principes d'attribution des compétences, de subsidiarité et de proportionnalité édictés à l'article 5 TUE, être à la fois appropriées et nécessaires pour réaliser un objectif légitime de l'Union* »⁵², implique qu'un Tribunal arbitral ne puisse remettre en cause de telles actions et donc de tels actes juridiques. En somme, la Cour de justice s'impose en garant, non seulement de l'ordre constitutionnel de l'Union, mais aussi de son ordre démocratique. C'est à ce titre qu'elle a procédé à l'examen de l'étendu des compétences du Tribunal dans son pouvoir « *d'appréciation de la portée* » du droit de l'Union. Elle constate, notamment, que selon l'article 28.3, paragraphe 2 du CETA, « *aucune disposition du présent accord ne peut être interprétée comme empêchant l'adoption ou l'application par une Partie de mesures nécessaires à la protection* » de la santé publique, la moralité publique, l'ordre public, la santé et la vie des personnes et des animaux ou la préservation des végétaux, etc. Ces garanties étant jugées suffisantes par la Cour dans la mesure où « *le pouvoir d'appréciation du Tribunal et du Tribunal d'appel de l'AECG ne va pas jusqu'à leur permettre de remettre en cause le niveau de protection d'un intérêt public défini par l'Union à l'issue d'un processus démocratique* »⁵³.

La préservation des politiques publiques et de la démocratie européenne s'avère être le réel objectif de la protection affichée des « intérêts publics » définis par l'Union. La Cour ne s'impose pas en seul garant de la souveraineté juridique de l'Union mais aussi en défenseur de d'une souveraineté démocratique, de nature plus substantielle. Il ne s'agit pas, ici, de reprendre la distinction entre aspect formel et matériel de la souveraineté où la souveraineté matérielle serait ici dépeinte à travers le concept de souveraineté démocratique. Si l'on considère que la souveraineté juridique de l'Union consiste en une centralisation – sans monopole – de l'édiction d'un droit positif, la souveraineté démocratique, quant à elle, serait la possibilité d'impulser des politiques publiques selon un processus d'élaboration et d'exécution reposant sur des institutions démocratiques. Dit autrement, il y a souveraineté démocratique lorsqu'il existe une impulsion politique autonomisée et légitimée par des institutions démocratiques. Cette souveraineté démocratique se distingue d'une souveraineté politique qui demeure du ressort des États et qui ne peut être, du moins aujourd'hui, qu'une qualité consubstantielle à la nature étatique de l'État. Cette souveraineté juridique et démocratique de l'Union a ceci de particulier que, à la différence de la souveraineté politique, elle ne repose pas sur le principe du monopole, qu'il soit réel, supposé, présumé, admis ou fictionnel⁵⁴. Point n'est question ici de

⁵⁰ Cf., *infra*, III.

⁵¹ H. Flavier, « Parlement européen et relations extérieures : une révolution démocratique en marche ? », *RTD Eur.*, 2016, pp. 293 et s.

⁵² Point 151.

⁵³ Point 156.

⁵⁴ À ce propos, cf., C. Cerda-Guzman, « Repenser les constitutions internationalisées », *RDP*, 2015, pp. 1567 et s.

monopoliser *le* politique et *la* politique comme dans un cadre étatique classique. Il n'en demeure pas moins que cette souveraineté démocratique de l'Union est réelle et qu'elle est l'une des caractéristiques de sa nature constitutionnelle. Toutefois, ces belles réflexions proposées par la Cour aux fins de constater la compatibilité du mécanisme RDIE aux traités se font à un prix : celui de l'hermétisme juridictionnel.

B – Un hermétisme juridictionnel

Pour la Cour, la garantie de « *la préservation de l'autonomie de l'ordre juridique* » passe par la mise en place d'un « *système juridictionnel destiné à assurer la cohérence et l'unité dans l'interprétation du droit de l'Union* »⁵⁵. Une autonomie réelle et effective de l'ordre constitutionnel de l'Union ne saurait donc exister sans garanties juridictionnelles (1). On ne peut que difficilement critiquer la *ratio legis* de ce raisonnement. Toutefois, si le principe même d'une protection de l'autonomie du droit de l'Union par la Cour de justice est tout à fait louable, il semblerait que la Cour ait transformé cette autonomie en un véritable hermétisme juridictionnel (2).

1 – L'exigence de garanties juridictionnelles à l'autonomie constitutionnelle

Selon la Cour de justice, l'une des institutions les plus fondamentales dans la protection de l'ordre constitutionnel de l'Union n'est rien d'autre qu'elle-même. On ne peut effet que souscrire à l'idée selon laquelle l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union, tant à l'égard des ordres juridiques nationaux que de l'ordre juridique international, n'aurait jamais été une réalité sans l'activisme judiciaire de la Cour de justice. De façon plus générale, un ordre juridique, dans un État de droit, ne saurait être complet sans une garantie juridictionnelle effective, et, « *conformément à l'article 19 TUE, c'est aux juridictions nationales et à la Cour* »⁵⁶ que cette mission échoit. Dans ce système juridictionnel européen, la Cour rappelle donc, dans son avis, qu'elle détient « *une compétence exclusive pour fournir l'interprétation définitive* »⁵⁷ du droit de l'Union. En cette qualité, la Cour se réserve un monopole de la garantie juridictionnelle de l'autonomie de l'ordre juridique européen tant en ce qui concerne sa souveraineté juridique que démocratique. À ce titre, la procédure préjudicielle constitue la pièce maîtresse de l'exercice de ce contrôle.

La maîtrise du processus préjudiciel par la Cour de justice et son corollaire, sa « *compétence exclusive pour fournir l'interprétation définitive dudit droit* »⁵⁸, ont été la cause de plusieurs constatations d'incompatibilité d'accords internationaux avec l'ordre juridique européen. Outre les cas, connus et déjà cités des avis 1/09 et 2/13, l'affaire *Achmea* constitue le dernier point de référence en date. Rappelons que dans cette affaire, la Cour était interrogée sur le point de savoir si le droit de l'Union, et notamment les articles 267 et 344 TFUE, s'opposaient à une disposition contenue dans un accord international conclu entre États

⁵⁵ Point 111 de l'avis 1/17.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.* De même, cf., l'avis 2/13, point 246.

⁵⁸ Point 111 de l'avis 1/17.

membres aux termes de laquelle un investisseur de l'une des parties pouvait, en cas de litige, saisir un tribunal arbitral compétent en matière d'investissements et dont la compétence était obligatoire s'il était saisi. Dans un raisonnement qui a été repris par la Cour dans l'avis 1/17, la Cour répondit en deux temps. D'une part, après avoir jugé que le Tribunal arbitral n'était pas une juridiction au sens du droit de l'Union et ne pouvait donc, par voie de conséquence, la saisir d'une question préjudicielle, la Cour a, d'autre part, considéré que le fait qu'elle ne puisse être saisie d'une question préjudicielle, alors même que le tribunal pourrait être indirectement amené à interpréter le droit de l'Union, constituait une atteinte à ce monopole interprétatif. Cette position, critiquée⁵⁹, rendue sur conclusions contraires de l'avocat général, a suscité l'étonnement même si elle n'était pas totalement imprévisible compte tenu de la susceptibilité de la Cour lorsque ses compétences sont en jeu. En outre, le fait que, dans l'affaire *Achmea*, l'accord était conclu entre États membres constitue un élément qui rendait le compromis juridictionnel du TBI encore moins acceptable pour la Cour car il briserait, selon elle, le principe de confiance mutuelle. On ajoutera que cette intransigeance du point de vue du monopole interprétatif de la Cour laisse en suspens de nombreuses questions et notamment celle du devenir de la Charte de l'énergie. 53 États en sont partie, dont la quasi-totalité des États membres, ainsi que l'Union elle-même. Si la question d'une révision de la Charte n'est pas nouvelle⁶⁰, les difficultés générées par la position de la Cour en matière de règlement des différends ont conduit la Commission à demander au Conseil⁶¹, dès le 14 mai 2019⁶², l'autorisation d'entamer des négociations sur la modernisation du traité sur la Charte de l'énergie. Ce qui a été fait le 2 juillet 2019⁶³.

Les exigences de la Cour du point de vue de la préservation de son monopole aboutissent à une situation pour le moins curieuse. Un tribunal arbitral ne verra sa compétence compatible avec le droit de l'Union que dans deux situations. Soit il est instauré un mécanisme préjudiciel organisé presque à l'identique de l'article 267 TFUE⁶⁴, ce qui est peu probable. Soit le traité l'instituant doit procéder à un cloisonnement hermétique de ses compétences avec la Cour de justice et, par-là même, à un cloisonnement des ordres juridiques pour éviter tout risque d'interprétation du droit de l'Union par une juridiction autre que la Cour de justice. Dès lors, la moindre bonne volonté de coopération juridictionnelle, comme celle prévue initialement avec la Cour EDH, risquerait, selon la Cour, d'entrer en concurrence avec sa compétence interprétative car elle sera soit trop importante au regard de son exigence de cloisonnement, soit trop limitée au regard du mécanisme préjudiciel de l'article 267 TFUE. Pour satisfaire à ces

⁵⁹ E. Gaillard, « L'affaire *Achmea* ou les conflits de logiques », *RCDIP*, 2018, pp. 616 et s ; J. Cazala, « L'incompatibilité avec le droit de l'Union européenne du système d'arbitrage investisseur-État contenu dans un traité bilatéral d'investissement intra-UE », *RTD Eur.*, 2018, pp. 597 et s ; L. Coutron, « Haro sur les tribunaux arbitraux établis par un traité bilatéral d'investissement conclu entre États membres de l'Union ? » *Chronique contentieuse de l'UE*, *RTD Eur.*, 2019, pp. 464 et s.

⁶⁰ Cf., le rapport du Parlement européen de juillet 2017, *La charte de l'énergie. Une procédure multilatérale de gestion des relations commerciales dans le domaine de l'énergie* [doi:10.2861/624165].

⁶¹ Cf., à ce sujet, S. Hindelang, « The Limited Immediate Effects of CJEU's *Achmea* Judgement », *VerfBlog*, 2018/3/09 [DOI: <https://dx.doi.org/10.17176/20180309-092343>].

⁶² Cf., la décision du Conseil du 14 mai 2019 (COM (2019) 231 final), autorisant l'entrée en négociation aux fins de moderniser la charte de l'énergie.

⁶³ Document du Conseil n°9305/19 + ADD 1.

⁶⁴ Cf., avis 2/13, points 184 et s.

exigences, les auteurs du CETA ont donc été contraints de choisir la voie d'un cloisonnement juridique et juridictionnel qui confine à l'hermétisme.

2 – De l'autonomie à l'hermétisme juridictionnel

La Cour a tenté de justifier la rigidité de sa position en commençant par donner des gages à son ouverture en matière de règlement juridictionnel des différends internationaux. Elle débute sa démonstration par son leitmotiv bien connu où elle considère qu'un « *accord international prévoyant la création d'une juridiction chargée de l'interprétation de ses dispositions et dont les décisions lient l'Union est, en principe, compatible avec le droit de cette dernière* »⁶⁵. La Cour accepte donc, formellement, qu'un accord conclu par l'Union ait des conséquences sur les institutions et le fonctionnement de l'Union. En réalité, cette ouverture n'est que de façade et n'a été couchée sur le papier que pour mieux en restreindre la portée. La compatibilité du RDIE instauré par le CETA n'a été approuvée qu'au prix d'un hermétisme juridique. Cet hermétisme et cette pugnacité juridictionnelle doivent sans doute être recherchés dans la crainte viscérale de la Cour à l'égard de l'atteinte à ses propres compétences, crainte qu'elle masque derrière le voile de la garantie juridictionnelle de l'autonomie constitutionnelle.

Conscients de ces réticences, les auteurs du CETA avaient donc drastiquement limité la compétence interprétative du Tribunal arbitral. La disposition essentielle en la matière est celle de l'article 8.31 de l'accord qui dispose que :

1. Lorsqu'il rend sa décision, le Tribunal institué en vertu de la présente section applique le présent accord tel qu'il est interprété en conformité avec la Convention de Vienne sur le droit des traités, et les autres règles et principes de droit international applicables entre les Parties.
2. Le Tribunal n'a pas compétence pour statuer sur la légalité d'une mesure dont il est allégué qu'elle constitue une violation du présent accord en se fondant sur le droit interne d'une Partie. Il est entendu qu'en statuant sur la conformité d'une mesure au présent accord, le Tribunal peut tenir compte, s'il y a lieu, du droit interne d'une Partie en tant que question de fait. Dans un tel cas, le Tribunal suit l'interprétation dominante donnée au droit interne par les juridictions ou les autorités de cette Partie, et le sens donné au droit interne par le Tribunal ne lie pas les juridictions et les autorités de cette Partie.
3. Lorsque des questions d'interprétation susceptibles d'avoir une incidence sur l'investissement suscitent de graves préoccupations, le Comité des services et de l'investissement peut, en vertu de l'article 8.44.3 a), recommander au Comité mixte de l'AECG d'adopter des interprétations du présent accord. Une interprétation adoptée par le Comité mixte de l'AECG lie le Tribunal institué en vertu de la présente section. Le Comité mixte de l'AECG peut décider qu'une interprétation a force obligatoire à partir d'une date déterminée.

Il résulte des termes de cette disposition que le Tribunal ne sera pas compétent « *pour statuer sur la légalité d'une mesure dont il est allégué qu'elle constitue une violation du présent accord en se fondant sur le droit interne d'une Partie* ». Il ne peut donc qu'interpréter, et donc appliquer, le traité CETA sans prétendument avoir de compétence pour interpréter le droit canadien ou européen. Ce cloisonnement est on ne peut plus clairement inscrit au paragraphe 2 qui prévoit que « *le Tribunal peut tenir compte, s'il y a lieu, du droit interne d'une Partie en*

⁶⁵ Point 106.

tant que question de fait ». Dans cette situation, le « fait juridique » sera constitué par « l'interprétation dominante donnée au droit interne par les juridictions ou les autorités de cette Partie, et le sens donné au droit interne par le Tribunal ne lie pas les juridictions et les autorités de cette Partie ». De cela, la Cour en déduit que seule l'Union sera en mesure de déterminer le sens et la portée de son propre droit. On sait combien la distinction du fait et du droit est artificielle et qu'en réalité, elle renseigne surtout sur la conception que le juge de l'Union se fait de son propre office, de sa fonction dans l'espace juridictionnel européen et de son rapport aux autres pouvoirs⁶⁶. La Cour se satisfait donc d'une garantie qui n'est qu'apparente. Elle ne le nie d'ailleurs pas, puisqu'elle convient que si le Tribunal d'appel du CETA pourra contrôler les « erreurs manifestes dans l'appréciation des faits, y compris l'appréciation du droit interne pertinent » (art. 8.28 CETA), « il ne relève pas de l'intention des Parties de conférer au Tribunal d'appel une compétence d'interprétation du droit interne »⁶⁷. La référence, pour le moins expéditive, à l'intention des parties semble excessivement commode. Elle fait ainsi l'impasse sur la signification des termes « *appréciation du droit interne pertinent* » qui impliquent nécessairement que le Tribunal d'appel pourra être amené à donner un sens particulier au droit interne. À trop vouloir séparer les ordres juridiques, à s'obstiner à les cloisonner, on en arrive parfois à des apories dont on ne sort que par des arguments d'autorité⁶⁸.

Cet hermétisme interprétatif est également renforcé par deux autres dispositions du traité CETA. D'une part, l'article 8.21 du CETA prévoit qu'il revient à l'Union seule de déterminer si la mesure contestée par un investisseur relève de la compétence de l'Union ou d'un État membre. Ainsi, l'office de la Cour pour déterminer, en dernière instance, « *la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres est [...] préservée* »⁶⁹. D'autre part, et même si cela ne figure pas explicitement dans les motifs de l'avis mais dans la présentation de l'accord, on peut penser que l'absence d'effet direct du CETA dans les ordres juridiques internes contribue à renforcer ce cloisonnement⁷⁰. L'article 30.6, paragraphe 1, dispose ainsi qu'« *aucune disposition du présent accord n'est interprétée comme conférant des droits ou imposant des obligations à des personnes autres que ceux créés entre les Parties en vertu du droit international public, ni comme permettant d'invoquer directement le présent accord dans les systèmes juridiques internes des Parties* ». Cette tendance qui vise à limiter les effets, dans l'ordre juridique interne, des accords conclus par l'Union, est une tendance lourde de ces dernières années et s'inscrit dans un dualisme renforcé. Certes, la Cour n'évoque pas explicitement le fait que l'absence d'effet direct, en cloisonnant les ordres, empêche toute forme de non-réciprocité dans l'application juridictionnelle (interne) de l'accord, mais ce point de vue a été largement abordé par l'avocat général. Ce dernier insiste particulièrement sur l'importance

⁶⁶ À ce sujet, cf., F.-V. Guiot, *La distinction du fait et du droit par la Cour de justice de l'Union européenne. Recherche sur le pouvoir juridictionnel*, Paris, Institut universitaire Varennes, collection des thèses n°127, 2016.

⁶⁷ Point 133.

⁶⁸ Pour un point de vue similaire, cf., Ch. Maubernard, « L'avis 1/17 ou les contours de l'autonomie procédurale et substantielle de l'ordre juridique de l'Union », *Rev. UE*, 2019, pp. 573 et s.

⁶⁹ Point 132.

⁷⁰ Ce rappel de l'absence d'effet direct de l'accord ne figure que dans le point « H » de l'avis 1/17, c'est-à-dire dans la présentation de l'accord et non dans sa prise de position. En outre, lorsqu'elle cite l'affaire *FIAMM* (CJCE, 9 septembre 2008, aff. C-120/06 P et C-121/06 P (ECLI:EU:C:2008:476), ce n'est que pour souligner les spécificités de l'ORD dans le système OMC, plus que pour se prononcer sur l'effet direct.

du principe de réciprocité dans les relations internationales de l'Union. En somme, si dans les relations entre États membres, le principe de confiance mutuelle joue un rôle cardinal⁷¹, dans les relations avec les tiers ce serait le principe de réciprocité⁷². Sans développer outre mesure ce point de vue, on se permettra de relever que l'avocat général donne une portée sans doute démesurée au principe de réciprocité – qui n'est d'ailleurs pas nouveau en lui-même – et qui lui permet de trouver une justification théorique à l'hermétisme prôné par la Cour et intégré par l'accord. Il est exagéré de dire que l'exigence de réciprocité est « *l'un des principes directeurs des rapports externes de l'Union* »⁷³, car il ne l'est pas plus qu'à l'égard de n'importe quel autre sujet de droit international. Ce n'est pas non plus l'exigence de réciprocité qui justifie cet hermétisme, mais une lecture tout à fait particulière que la Cour fait du droit international et de sa propre compétence⁷⁴.

Les circonvolutions argumentatives de la Cour lui ont permis de valider le mécanisme de RDIE, point essentiel de l'accord qui fut l'une des causes de l'hostilité wallonne. Le cloisonnement des ordres juridique conçu dans le CETA étant une conséquence de la position radicale de la Cour, il lui était difficile de remettre en cause sa compatibilité, au risque de contraindre l'ensemble des institutions européennes et des États membres à revenir sur une bonne partie de l'actuelle politique commerciale de l'Union. Ce satisfecit ne s'est toutefois réalisé qu'au prix d'un hermétisme juridictionnel dont on peut penser qu'il n'est pas en phase avec le développement naturel du droit international qui a court depuis l'après-guerre. Il n'en demeure pas moins que la condition existentielle tenant à l'autonomie de l'ordre constitutionnel de l'Union étant validée, il était plus aisé pour la Cour de se prononcer sur les questions posées par la Belgique portant sur l'intégrité de l'ordre juridique européen.

II – Une condition substantielle : l'intégrité de l'ordre juridique européen

La procédure d'avis de l'article 218 TFUE a pour raison d'être de permettre à la Cour d'assurer la cohérence de l'ordre juridique européen et le principe de la hiérarchie des normes ainsi que d'éviter ou de limiter les risques de conflits normatifs qui pourraient surgir à l'issue de l'entrée en vigueur subjective de l'accord⁷⁵. Cette exigence de compatibilité porte tant sur le cadre constitutionnel formel que sur l'ordre juridique de l'Union entendu comme un contenu normatif. La protection de son intégrité relève pleinement des attributions de la Cour et c'est ainsi qu'il faut entendre le paragraphe 165, selon lequel « *les accords internationaux conclus par l'Union doivent être pleinement compatibles avec les traités ainsi qu'avec les principes constitutionnels qui en découlent* ».

⁷¹ Cf, l'arrêt *Achmea*, points 34 et 58.

⁷² Point 82 des conclusions.

⁷³ Point 77 des conclusions d'Y. Bot.

⁷⁴ D'ailleurs, la Cour ne dit pas, ou pas encore et hormis dans le contentieux spécifique de l'OMC, que l'exigence de réciprocité d'application juridictionnelle est nécessaire à la consécration d'un effet direct.

⁷⁵ Cf., par exemple, CJUE, 27 février 2018, *Western Sahara Campaign UK*, aff. C-266/16 [ECLI:EU:C:2018:118], spé. points 42 et s.

Dans le cadre de sa fonction de protection de l'intégrité de l'ordre juridique de l'Union, la Cour a passé en revue trois arguments soulevés par la Belgique. Outre l'examen du motif tiré de l'effectivité dont la force de persuasion n'était que relative, il lui était demandé si le CETA et le RDIE qu'il instaure ne risqueraient pas de porter atteinte au principe général d'égalité de traitement (A) et au droit d'accès à un tribunal indépendant (B).

A – Le principe d'égalité de traitement

La protection de l'intégrité de l'ordre juridique de l'Union concerne l'ensemble des normes de référence relevant du cadre constitutionnel de l'Union. Il s'agit de « *la validité matérielle [et] formelle de l'accord au regard des traités* »⁷⁶. La compétence de la Cour s'étend donc aux questions de répartition des compétences⁷⁷, de procédure⁷⁸ et de respect des attributions des institutions⁷⁹, mais aussi de fond. À ce sujet, la garantie juridictionnelle des dispositions matérielles du droit de l'Union porte d'abord et avant tout sur les principes généraux du droit et sur les droits fondamentaux, y compris ceux consacrés par la Charte⁸⁰. C'est au regard de l'ensemble de ce socle normatif que la Cour va exercer son contrôle.

La Belgique interrogeait la Cour sur le point de savoir si le fait que les investisseurs canadiens puissent porter leurs différends en matière d'investissement en Europe devant le Tribunal arbitral, alors que les investisseurs européens investissant dans l'Union en seraient privés, ne violait pas le principe d'égalité de traitement. En effet, il suffit qu'un investisseur canadien agisse au nom d'une entreprise établie dans l'Union pour que, si jamais il obtenait gain de cause, il perçoive les dommages-intérêts ordonnés par le Tribunal, alors même qu'une entreprise européenne opérant sur le même marché en Europe, ne pourrait accéder à ce même Tribunal. Cette inégalité procédurale serait confirmée et amplifiée dans le cas d'une amende infligée par la Commission ou un État membre pour violation des règles européennes de concurrence et dont il aura été établi par le Tribunal qu'elle méconnaîtrait le CETA. En particulier, dans le cas où la Commission infligerait une amende à un investisseur canadien pour entente ou abus de position dominante, les effets de celle-ci pourraient être remis en cause par le constat de son incompatibilité par le Tribunal au regard des exigences du CETA s'il venait à condamner l'Union à verser audit investisseur un montant équivalent à l'amende qui lui avait été initialement infligée. Cette conjecture serait d'autant plus plausible que le CETA n'a explicitement exclu ce phénomène de compensation qu'à l'égard des aides d'État, en

⁷⁶ Point 167.

⁷⁷ Par exemple, cf., CJUE, Avis 2/15, 16 mai 2017, *Accord de libre-échange UE – Singapour* [ECLI:EU:C:2017:376].

⁷⁸ Par exemple, cf., CJUE, 7 octobre 2014, *Allemagne c/ Conseil*, aff. C-399/12 [ECLI:EU:C:2014:2258], affaire de l'Organisation internationale de la vigne et du vin.

⁷⁹ On se référera au contentieux, nourri, de l'accès aux informations. Pour une synthèse générale de la question de l'accès à l'information dans le domaine des relations extérieures, cf., H. Flavier, « Réflexions sur la démocratisation des relations extérieures à l'aune du contentieux de l'accès aux documents », in E. Neframi et M. Gatti, *Constitutional Issues of EU External Relations Law*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2018 ; « Parlement européen et relations extérieures : une révolution démocratique en marche ? », *RTDE*, 2016, pp. 293 et s.

⁸⁰ Point 167. De même, cf., Avis 2/13, préc ; CJUE, 28 mars 2017, *Rosneft*, aff. C-72/15 [ECLI:EU:C:2017:236].

application de l'article 8.9, paragraphe 4 du CETA, et non à l'égard des ententes et des abus de position dominante. En somme, si cette compensation indirecte des amendes européennes par le Tribunal arbitral est possible, elle ne pourrait se faire qu'au bénéfice des investisseurs canadiens investissant en Europe. En s'engageant ainsi via la conclusion du CETA, l'Union aurait indirectement accepté d'instaurer une discrimination à rebours, où seuls les investisseurs canadiens pourraient bénéficier de la garantie procédurale ayant potentiellement pour effet de leur permettre d'échapper aux conséquences financières d'une condamnation européenne. Cette discrimination à rebours irait, selon la Belgique, à l'encontre des articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux, en vertu desquels, respectivement, « *toutes les personnes sont égales en droit* » et que « *dans le domaine d'application du traité instituant la Communauté européenne et du traité sur l'Union européenne, et sans préjudice des dispositions particulières desdits traités, toute discrimination fondée sur la nationalité est interdite* ».

À ce raisonnement subtil, la Cour commence par rappeler sa position en matière d'égalité de traitement. S'il est vrai que dans la hiérarchie des normes au sein de l'Union, les accords conclus par l'Union doivent être compatibles avec le droit primaire et plus généralement avec « *les principes constitutionnels qui en découlent* »⁸¹, ce contrôle exercé au titre de l'article 218, paragraphe 11 TFUE ne se limite pas à la compatibilité formelle des accords envisagés mais s'étend à leur « *validité matérielle* »⁸², qui se vérifie également à l'égard de la Charte des droits fondamentaux. Le Royaume de Belgique s'étant opportunément abstenu de toute précision s'agissant du champ d'application des droits invoqués, la Cour s'est chargée de le lui rappeler. Selon un raisonnement analogique, la Cour estime que le champ d'application de l'article 21, paragraphe 2 de la Charte est le même que celui de l'article 18 TFUE, leur substance étant identique. Le champ d'application de l'article 18 TFUE se limitant aux citoyens européens⁸³, les deux dispositions ne sauraient s'appliquer à l'égard des ressortissants tiers. Ce raisonnement permet à la Cour d'exclure tout risque de contournement des prescriptions du traité par l'invocation de dispositions de la Charte et, tout simplement, de suivre les explications de la Charte comme l'a d'ailleurs souligné l'avocat général⁸⁴.

Tel n'est pas le cas, en revanche, de l'article 20 de la Charte, selon lequel « *toutes les personnes sont égales en droit* ». Son champ d'application n'est, en effet, limité par aucune disposition de la Charte ou des traités et ne peut donc être restreint aux situations juridiques impliquant exclusivement les ressortissants des États membres⁸⁵. Le principe général d'égalité reposant sur l'universalité, on ne saurait voir son champ limité à la seule communauté des citoyens européens. Cette différence des champs d'application selon qu'il s'agisse du principe de non-discrimination ou du principe d'égalité donne l'occasion à la Cour d'examiner les

⁸¹ Point 165. Un parallèle est également fait avec l'avis 1/15 relatif à l'accord PNR UE-Canada du 26 juillet 2017, [ECLI:EU:C:2017:592], point 67, et l'arrêt du 27 février 2018, *Western Sahara Campaign UK*, préc., point 46.

⁸² Point 167.

⁸³ La Cour se réfère à l'arrêt CJUE, 4 juin 2009, *Vatsouras et Koupatantze*, aff. C-22/08 et C-23/08 [ECLI:EU:C:2009:344], point 52. Sur cette affaire, cf., J.-Y. Carlier, « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne », *Journal de droit européen*, 2016, pp. 153 et s.

⁸⁴ Point 196 des conclusions.

⁸⁵ Pour un rappel de la doctrine de la Cour en matière de champ d'application croisé de la Charte et du droit de l'Union, cf., CJUE, 26 février 2013, *Fransson Åkerberg*, aff. C-617/10 [ECLI:EU:C:2013:105].

arguments de la Belgique dans un contexte où le CETA n'est pas directement invocable devant les juridictions internes⁸⁶. Dans cet esprit, la Cour a considéré que si l'Union n'était pas par principe dans l'obligation de consentir à un traitement égal entre ses ressortissants et ceux des tiers⁸⁷, encore fallait-il que les exigences du principe général d'égalité soient respectées. Elle reprend ainsi une conception classique du principe d'égalité, en vertu duquel des « *situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié* »⁸⁸. En l'espèce, la limitation aux investisseurs canadiens de la faculté de contester devant les tribunaux CETA des mesures européennes constituerait, selon la Belgique, une différence de traitement injustifiable. Cet argument, dont on perçoit assez aisément le caractère fallacieux, n'a, logiquement, pas été accepté par la Cour. Si l'on peut comprendre qu'économiquement, le fait que l'investisseur soit canadien ou européen puisse dépendre d'un habillage juridique et comptable⁸⁹, formellement et juridiquement, on ne peut pas ne pas faire abstraction de cette différence. Certes, on dira que le droit pêche par excès de formalisme et que par-là, il est en décalage avec la réalité, avec la « vraie vie » comme aiment à le dire les contempteurs du droit. Il apparaît toutefois difficile de faire fi de cette limitation de la protection aux étrangers, car convenir du contraire reviendrait à remettre en cause la logique même de ces accords qui ont pour objet essentiel de protéger les investisseurs étrangers contre des mesures qui porteraient atteinte à leur investissement.

Toutefois, malgré cette logique implacable tirée de la raison d'être du droit des investissements et du champ d'application du droit de l'Union, la Cour a été plus en peine de justifier l'argument belge tiré de la compensation d'une amende infligée par la Commission en matière de droit de la concurrence par l'octroi d'une indemnité par les Tribunaux CETA qui estimerait cette amende contraire à l'accord, compensation qui ne bénéficieraient qu'aux investisseurs canadiens. Deux arguments principaux sont mis en avant par la Cour pour rejeter la demande belge. D'une part, elle estime que la similarité matérielle entre le CETA et le droit de l'Union en matière de concurrence ne devrait pas survenir « *lorsqu'il a été fait une application régulière des règles de concurrence par la Commission ou par une autorité de concurrence d'un État membre* »⁹⁰. D'autre part, la Cour admet, à demi-mot, que le point de vue de la Belgique n'est pas totalement infondé. En effet, elle ajoute qu'il « *ne peut être exclu que, dans des circonstances exceptionnelles, une sentence du Tribunal de l'AECG telle que décrite dans la demande d'avis puisse avoir pour conséquence de neutraliser les effets d'une*

⁸⁶ Art. 30.6 CETA.

⁸⁷ La Cour se réfère à l'arrêt *Swiss International Air Lines* du 21 décembre 2016, aff. C-272/15 [ECLI:EU:C:2016:993], dans lequel elle a précisé fort justement que « *la conduite des relations extérieures implique nécessairement des choix de nature politique. L'Union doit, donc, être en mesure de faire ses choix politiques et d'opérer, en fonction des objectifs qu'elle poursuit, une distinction entre les pays tiers, sans être tenue d'accorder un traitement égal à tous ces pays. L'exercice des prérogatives de politique extérieure par les institutions et les organes de l'Union peut, ainsi, avoir pour conséquence qu'un pays tiers soit traité différemment par rapport à d'autres pays tiers* ».

⁸⁸ Point 176.

⁸⁹ Il s'agit de l'épineuse question des sociétés boîte aux lettres. La définition de l'investisseur (art. 8.1 CETA) tout comme le champ d'application du RDIE (art. 8.18 CETA). La Cour y fait également référence au point 141 de l'avis.

⁹⁰ Point 185.

amende infligée en raison d'une violation de l'article 101 TFUE ou de l'article 102 TFUE »⁹¹. La conséquence logique d'une telle affirmation aurait pu être de constater l'incompatibilité. Ce n'est pourtant pas ce que fit la Cour qui s'est bornée à constater que cette neutralisation des effets d'une amende infligée par la Commission « *n'aura cependant pas pour effet de créer une inégalité de traitement au détriment d'un investisseur de l'Union auquel serait infligée une amende entachée d'un vice similaire* »⁹². On se limitera à deux observations sur ces arguments. Premièrement, il semblerait que la Cour conditionne la compatibilité de l'accord à son application régulière par les autorités de concurrence. Mais, que l'on sache, il est de l'objet même des autorités de concurrence d'appliquer régulièrement le droit de la concurrence. Tout comme il est de l'objet même d'un juge de contrôler que ces autorités l'aient appliqué correctement. Cette conformité au motif qu'il existerait une présomption d'application régulière des autorités publiques en charge de la mise en œuvre effective des dispositions du CETA revient indirectement à constater l'inutilité d'un contrôle juridictionnel, ce qui, venant de la Cour de justice, ne cesse de surprendre. Deuxièmement, s'agissant du second argument mobilisé par la Cour, s'il est formellement surprenant, il a le mérite de l'honnêteté. Elle ne nie pas, en effet, le bienfondé du point de vue belge. La Cour estime cependant que cette seule entorse au droit primaire ne doit pas empêcher l'entrée en vigueur définitive de l'ensemble de l'accord à l'égard des parties. La Cour a donc fait prévaloir un contrôle pragmatique et en ce sens, on peut la comprendre. Il lui aurait été difficile d'assumer une décision d'incompatibilité pour cette petite entorse, purement virtuelle qui plus est. En somme, le sens des responsabilités des juges européens les a conduits à détourner le regard de cette incompatibilité. Sur ce point, faire prévaloir les impératifs d'une bonne administration des relations internationales est sans doute de bonne politique. C'est d'ailleurs dans le même sens des responsabilités, mais selon d'autres modalités, que la Cour examinera si le droit d'accès à un tribunal indépendant n'est pas méconnu par le CETA.

B – Le droit d'accès à un tribunal indépendant

L'accessibilité et l'indépendance des tribunaux du CETA ont été l'objet d'intenses discussions au sein de l'opinion publique européenne. Ce débat a également animé le prétoire de la Cour qui a dû répondre aux arguments de la Belgique tenant à l'accessibilité des tribunaux arbitraux du CETA et à leur indépendance. La Cour s'est donc engagée à vérifier si les règles de composition et de traitement des affaires devant ces tribunaux étaient *a priori* conformes aux principes posés par l'article 47 de la Charte. Encore fallait-il qualifier ces tribunaux de juridiction au sens de la Charte. C'est ce à quoi elle s'emploie au préalable, d'autant plus que la qualité de juridiction en droit international est peut-être parfois moins établie qu'en droit interne⁹³. Sont considérés comme des juridictions, selon la Cour, les « *organes ayant des caractéristiques juridictionnelles prédominantes* »⁹⁴. La définition de la juridiction établie par la Cour est donc suffisamment large pour s'appliquer à un nombre important de situations et

⁹¹ Point 186.

⁹² *Ibid.*

⁹³ À ce sujet, cf., P.-F. Laval, *La compétence ratione temporis des juridictions internationales*, thèse, dactyl., Université Montesquieu-Bordeaux IV.

⁹⁴ Point 190.

c'est sans difficulté qu'elle considère que les tribunaux CETA sont des « *tribunaux compétents pour rendre des sentences obligatoires à l'égard de l'Union et pour traiter des différends portés devant eux par des justiciables de l'Union* »⁹⁵. Que le mécanisme RDIE impose un système arbitral classique, novateur, hybride, qu'il crée une véritable juridiction internationale permanente importe peu : il suffit qu'il ait des « *caractéristiques juridictionnelles prédominantes* » pour que la Cour examine si les règles de composition et de traitement des affaires sont conformes aux principes posés par l'article 47 de la Charte. Tel est effectivement le cas, dans la mesure où ces tribunaux seront « *permanents et auront une origine légale résidant dans les actes d'approbation de l'AECG adoptés par les Parties. Ils appliqueront, à l'issue d'une procédure contradictoire, des règles de droit, devront exercer leurs fonctions en toute autonomie et rendront des décisions définitives et obligatoires* ».

Il restait donc à la Cour de vérifier concrètement si les Tribunaux CETA, leur fonctionnement et leur constitution, est compatible avec les prescriptions de l'article 47. À ce sujet, la réponse de la cour n'est pas dénuée d'ambiguïtés : si elle valide l'essentiel du dispositif, elle en souligne les fragilités, tant du point de vue de l'accessibilité (1) que de l'indépendance (2).

1 – Des tribunaux arbitraux relativement accessibles

L'accessibilité d'un tribunal indépendant est aujourd'hui l'un des indicateurs majeurs du bon fonctionnement d'un État de droit. Ce n'est pourtant pas à travers le prisme de l'État de droit que la Cour a développé ses arguments, malgré une timide référence à l'affaire polonaise sur les défaillances du système judiciaire⁹⁶. L'accessibilité aux Tribunaux est essentiellement analysée comme un moyen de « *donner pleine confiance aux entreprises et aux personnes physiques d'une Partie* »⁹⁷ ainsi que d'assurer « *l'objectif du commerce libre et équitable énoncé à l'article 3, paragraphe 5, TUE et poursuivi par l'AECG* »⁹⁸. Partant de cette prémisse, on aurait pu croire que la Cour allait valider sans difficulté le dispositif instauré par le CETA. Il n'en est rien et son examen, minutieux, peut se découper en trois temps. Premièrement, ce que l'on peut appeler le *temps du constat*, la Cour observe qu'en l'absence d'effet direct, les tribunaux internes, nationaux ou de l'Union, ne sont pas accessibles aux requérants. Ce verrou, constitue en lui-même une difficulté du point de vue de l'impératif de justice qui sied habituellement aux États de droit modernes et cette tendance à limitation de l'effet direct par la voie jurisprudentielle ou conventionnelle a déjà fait l'objet de critiques⁹⁹. Cette absence d'effet direct est d'autant plus préjudiciable à l'accès à un tribunal que le champ d'application du CETA dans le domaine des investissements est assez large. On remarque ainsi un décalage entre l'attribution généreuse de droits subjectifs à l'égard de personnes physiques et morales par un traité qui, reprenant d'une main ce qu'il donne de l'autre, interdit à ces mêmes

⁹⁵ Point 192.

⁹⁶ CJUE, 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality*, aff. C-216/18 PPU [ECLI:EU:C:2018:586].

⁹⁷ Point 199.

⁹⁸ Point 200.

⁹⁹ À ce sujet, cf., J.-F. Delile, *L'invocabilité des accords internationaux devant la CJUE et le Conseil d'État français*, Bruxelles, Bruylant, 2016.

bénéficiaires de pouvoir invoquer directement ces prescriptions conventionnelles devant le juge national ou le juge de l'Union. Cet impact de l'absence d'effet direct sur les garanties liées à l'État de droit a été indirectement souligné par la Cour¹⁰⁰ et justifie, par voie de conséquence, un contrôle exigeant de l'accessibilité des justiciables aux Tribunaux CETA, bien plus exigeant que ce à quoi l'on était habitué s'agissant de l'arbitrage international en matière d'investissement.

Ce temps du constat laisse place ensuite au *temps des doutes*. S'il est vrai que le principe d'accessibilité de la justice n'est pas sans limites, celles-ci doivent cependant être proportionnées, poursuivre un but légitime et ne pas porter atteinte à la substance de ce droit y compris pour les questions touchant aux frais de justice¹⁰¹. En d'autres termes, les contraintes et les risques financiers supportés par le requérant ne doivent pas être tels, qu'ils seraient de nature à le dissuader de saisir les Tribunaux CETA. Or, en la matière, s'il est vrai que certaines dispositions du CETA envisageaient directement cette question, force est d'admettre qu'elles demeuraient peu contraignantes. On en veut pour preuve l'article 8.27 qui prévoit une série de mécanismes facultatifs visant à rendre le coût des procédures non réshibitoire. Le paragraphe 9 stipule, par exemple, que le défendeur devra examiner « *avec une attention bienveillante* » les plaintes visant à un examen par un seul membre du Tribunal, « *en particulier lorsque le demandeur est une petite ou moyenne entreprise, ou lorsque l'indemnité ou les dommages-intérêts réclamés sont relativement peu élevés* ». Dans un état d'esprit comparable, le paragraphe 15 prévoit que « *le Comité mixte de l'AECG peut, par décision, transformer la rétribution mensuelle et les autres honoraires et frais en salaire régulier, et fixer les modalités et conditions applicables* »¹⁰². Si la question de l'accessibilité financière aux Tribunaux CETA a bien été abordée par les parties, il n'en est résulté aucune espèce d'obligation de résultat pour ces dernières¹⁰³. La prise en compte, réelle et effective, de l'accessibilité financière des Tribunaux était donc encore aléatoire à la lecture du seul CETA, ce qui a pu générer un certain doute à la Cour sur sa compatibilité aux prescriptions de l'article 47. Ceci d'autant plus que le seul véritable engagement figure dans la déclaration n°36 qui prévoit que le comité mixte issu de l'accord adoptera des « *règles complémentaires (...) destinées à réduire le fardeau financier pesant sur les demandeurs qui sont des personnes physiques ou des petites et moyennes entreprises* ». De façon parallèle, l'instrument interprétatif, dont la « *portée juridique peut soulever des questions* »¹⁰⁴, disposait que les parties au CETA s'engageaient à rédiger un code de conduite qui aborderait la question du mode et du niveau de rémunération des membres du tribunal¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Point 213.

¹⁰¹ Point 201. De même, cf., CJUE, 30 juin 2016, *Vasile Toma*, C-205/15 [ECLI:EU:C:2016:499], point 44 ; CEDH, 8 juin 2006, *V. M. c/ Bulgarie*, req. n°45723/99 [CE:ECHR:2006:0608JUD004572399], paragraphe 42.

¹⁰² Souligné par nos soins.

¹⁰³ De même, cf., art. 8.39, § 6 : « *Le Comité mixte de l'AECG envisage des règles complémentaires destinées à réduire le fardeau financier pesant sur les demandeurs qui sont des personnes physiques ou des petites et moyennes entreprises. Ces règles complémentaires peuvent notamment tenir compte des ressources financières de ces demandeurs et du montant de l'indemnité réclamée* ».

¹⁰⁴ Rapport du 7 septembre 2017 remis au Premier ministre sur *L'impact de l'Accord Économique et Commercial Global entre l'Union européenne et le Canada (AECG/CETA) sur l'environnement, le climat et la santé*, p. 5.

¹⁰⁵ Instrument interprétatif, § 6, point f).

En deuxième lieu, le *temps des doutes* sera suivi par le *temps des réserves*, même si ces dernières paraissent en réalité peu exigeantes. La Cour, en effet, fonde sa foi en l'engagement de la Commission et du Conseil à prendre à bras-le-corps la question de l'accessibilité financière des Tribunaux CETA sur la seule déclaration n°36. Pour la Cour, c'est précisément l'engagement à régler cette question figurant dans la déclaration n°36 qui rend l'ensemble du système compatible au droit primaire. Il n'y a pas pour autant de blanc-seing, mais une compatibilité conditionnelle. La Cour estime que « *l'engagement susvisé de l'Union de garantir l'accès réel aux tribunaux envisagés pour l'ensemble des investisseurs de l'Union visés par l'AECG conditionne (...) l'approbation de cet accord par l'Union* »¹⁰⁶. Si l'on se plaisait à reprendre la distinction élaborée par Louis Favoreu à propos des réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel¹⁰⁷, on pourrait dire que la Cour recourt à la technique des réserves directives. Mais cette proximité n'est qu'une apparence. S'il est vrai qu'une réserve directive a « *pour objet de tracer une ligne de conduite à ceux qui auront à appliquer la loi déclarée conforme sous réserve* »¹⁰⁸, elle a également, dans l'avis 1/17, une finalité communicationnelle. En effet, il est fort probable que le Conseil et la Commission discutaient d'ores et déjà de ces questions au moment de l'adoption de l'avis, comme ils l'ont fait au sujet de l'organisation du tribunal d'appel¹⁰⁹ ou de l'adoption de la liste des membres du tribunal¹¹⁰. Cette réserve d'interprétation peut donc se comprendre comme un moyen de montrer à la société européenne que la Cour tient compte des critiques qui ont été émises notamment par les militants anti-CETA. Si l'on résume ce que l'on vient de dire, il nous semble que la compatibilité conditionnelle du CETA à l'égard du droit d'accès à un tribunal est en réalité assez peu conditionnelle. En revanche, cette réserve d'interprétation demeure un signe, et en cela elle doit être saluée, pour les traités ultérieurs prévoyant des chapitres en matière d'investissement¹¹¹.

2 – Des tribunaux arbitraux relativement indépendants

Suivant une présentation assez similaire à l'examen de l'exigence d'accessibilité, la Cour va concrètement vérifier la compatibilité du CETA avec le principe d'indépendance après en avoir établi les principes généraux. Au titre des principes généraux, la Cour a repris à son compte les deux caractéristiques principales attachées à la notion d'indépendance. D'une part, le principe de l'indépendance d'un tribunal, suppose que « *l'instance concernée exerce ses fonctions en toute autonomie, sans être soumise à aucun lien hiérarchique ou de subordination à l'égard de quiconque et sans recevoir d'ordres ou d'instructions de quelque origine que ce*

¹⁰⁶ Point 221.

¹⁰⁷ L. Favoreu, « La décision de constitutionnalité », *RIDC*, 1986, p. 611 et s. Il y distinguait entre les réserves d'interprétation constructives, neutralisantes et directives (pp. 622 et s.).

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 623.

¹⁰⁹ Proposition de décision du Conseil, du 11 octobre 2019 réglant les questions de nature administrative et organisationnelle concernant le fonctionnement du Tribunal d'appel (COM 2019(457 Final)).

¹¹⁰ Proposition de décision du Conseil du 9 janvier 2020 relative à la position à prendre, au nom de l'Union européenne, au sein du Comité mixte de l'AECG en ce qui concerne l'adoption de la liste d'arbitres conformément à l'article 29.8 de l'accord (COM (2019) 614 final/2).

¹¹¹ Par exemple, le traité établissant les relations futures entre le Royaume-Uni et l'Union, s'il devait comporter un tel chapitre accompagné d'un mécanisme de RDIE, ne pourra pas en faire l'économie.

soit »¹¹². Cette absence de lien hiérarchique est garantie, notamment, par une condition d'inamovibilité et par un « *niveau de rémunération en adéquation avec l'importance des fonctions qu'ils exercent* »¹¹³. D'autre part, l'indépendance postule l'impartialité d'un tribunal et vise à préserver « *l'égalité de distance par rapport aux parties au litige* » et donc à assurer « *le respect de l'objectivité et l'absence de tout intérêt dans la solution du litige en dehors de la stricte application de la règle de droit* »¹¹⁴. C'est donc l'ensemble des règles applicable à la formation et au fonctionnement des tribunaux CETA qui doivent être étudiées par la Cour, ainsi que les modalités de traitement des affaires. Ceci implique une analyse de leur composition, de la nomination des membres du tribunal, de leur rémunération et de leur statut, tant du point de vue de l'indépendance formelle (aspect externe) que de leur impartialité (aspect interne).

S'agissant de l'aspect externe de l'indépendance, la Cour, en substance, valide l'ensemble du dispositif mais non sans y ajouter, là encore, une réserve d'interprétation. Les critiques ayant le plus de portée se concentraient sur la nomination des membres du tribunal par le comité mixte et sur le rôle de ce dernier dans l'interprétation du CETA. En premier lieu, le traité prévoit que la nomination des quinze premiers membres du Tribunal se fasse par le comité mixte et que ce dernier peut tout à fait en modifier le nombre au fil de la pratique et au fil des années¹¹⁵. Cette nomination ne pourra se faire, en application de l'article 8.27, paragraphe 4, qu'en tenant compte des « *qualifications requises [par les membres du Tribunal] dans leurs pays respectifs* » et 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 découlant d'accords internationaux en matière d'investissement ou d'accords commerciaux internationaux* ». Ces garanties constituent, tant pour l'avocat général que pour la Cour, une garantie de l'indépendance future des Tribunaux CETA¹¹⁶. De même, l'encadrement de leurs honoraires, même si ceux-ci pourraient être amenés à évoluer, ne remet pas en cause leur indépendance financière à l'égard des parties à l'accord, quand bien même ce seront celles-ci qui en décideront, au sein du comité mixte. Ce caractère évolutif de la rémunération qui dépendra notamment de l'activité du Tribunal est, somme toute, logique et ne générera pas de véritable conflit d'intérêt. En effet, avant de savoir s'il convient de leur octroyer une rémunération fixe et non à concurrence du nombre d'affaires traitées, encore faut-il s'assurer qu'ils en auront suffisamment. Or, en matière d'investissement, et même si certaines affaires ont pu avoir un certain retentissement médiatique, le contentieux demeure largement moins fourni que devant la Cour de justice par exemple ou devant la Cour EDH¹¹⁷. Et il est probable que le développement du contentieux CETA soit, en pratique, tout à fait mesuré et partant, qu'il ne nécessite pas la présence de membres permanents au Tribunal.

¹¹² Point 202.

¹¹³ *ibid.* On ajoutera que des montants élevés permettent aussi et d'éviter toute forme de corruption. Ceci est particulièrement nécessaire dans le contentieux en matière d'investissement où les tentations peuvent être grandes.

¹¹⁴ Point 202.

¹¹⁵ Art. 8.27, § 2 et 3.

¹¹⁶ Cour, points 228 et 229 ; Conclusions Y. Bot, point 267.

¹¹⁷ À titre de comparaison, on rappellera que le CIRDI, depuis 10 ans, a eu à connaître environ 50 affaires par an, ce qui représente un peu plus de 4 cas par mois. La Cour de justice, quant à elle, a connu, dans le même laps de temps, environ 1500 affaires par an, et la Cour EDH, 2500...

En second lieu, toujours s'agissant de l'aspect externe de l'indépendance, la Belgique pointait du doigt le fait que le comité mixte, en application de l'article 8.31, paragraphe 3, peut fournir, sur demande du comité des services, des interprétations de l'accord qui lieront le Tribunal, lorsque des questions d'interprétation sont « *susceptibles d'avoir une incidence sur l'investissement* » et qu'elles « *suscitent de graves préoccupations* ». On retrouve en filigrane la critique de la Belgique relative à la violation de la séparation des pouvoirs¹¹⁸. En effet, si l'on considère que le comité mixte est un organe d'exécution de l'accord et qu'il relève, dès lors, du pouvoir exécutif, le fait que ses interprétations puissent lier le Tribunal devrait logiquement violer le principe de la séparation des pouvoirs. Cette interprétation est astucieuse, mais fallacieuse. Le rôle du comité mixte n'est pas comparable à celui du pouvoir exécutif que l'on connaît dans un système parlementaire. Il n'a qu'une fonction technique d'exécution, comme on en rencontre bien des formes en droit international. La Cour ne s'y est pas trompée en soulignant qu'il était tout à fait habituel que les parties à un traité se laissent la possibilité « *de préciser, au fur et à mesure que leur volonté commune concernant la portée de cet accord évolue, l'interprétation de celui-ci* »¹¹⁹, que cette volonté commune s'exprime directement ou par l'entremise d'un organe institué par le traité lui-même. L'article 31, paragraphe 3 de la convention de Vienne sur le droit des traités, prévoyant d'ailleurs que, aux fins de l'interprétation d'un traité, pourront être également pris en compte « *tout accord ultérieur intervenu entre les parties* »¹²⁰. Peu importe que ladite interprétation soit le résultat d'un accord direct entre parties ou qu'il provienne d'un organe institué par les parties, l'essentiel étant, du point de vue du droit de l'Union, que cette dernière ne remette pas en cause la hiérarchie des normes internes à l'Union, et notamment la Charte. En revanche, la Cour veillera à ce que les décisions prises par le comité mixte, qu'elles concernent l'interprétation de l'accord ou toute autre question, ne portent pas atteinte aux règles et principes posés par le droit primaire de l'Union. Surtout, la Cour va plus loin en imposant une nouvelle réserve d'interprétation qui conditionnera la pratique future : les décisions d'interprétation du comité mixte ne pourront avoir d'effet rétroactif sur la teneur des droits et obligations du CETA pour ce qui concerne les affaires qui ont été tranchées ou celles qui ont été introduites antérieurement auxdites décisions¹²¹. Ce risque de distorsion interprétative n'avait été soulevé ni par la Belgique, ni par l'avocat général, et constitue effectivement une difficulté sérieuse dont le règlement par la Cour est bienvenu. En d'autres termes, le principe de l'indépendance d'un tribunal, tel qu'il résulte du droit primaire et notamment de l'article 47 de la Charte, interdit à l'Union de conclure un accord dans lequel les décisions d'interprétation contraignantes de l'accord par les parties pourraient avoir un effet sur le traitement des affaires tranchées ou en cours. Il s'agit peut-être d'une question d'indépendance eu égard aux prérogatives du comité mixte. Il s'agit peut-être

¹¹⁸ Argument soulevé par la Belgique à propos de la rémunération, point 60 de l'avis.

¹¹⁹ Point 233.

¹²⁰ On rappellera qu'il s'agit du mode normal d'exécution des accords d'association. À ce propos, cf., C. Mazille, *L'institutionnalisation de la relation entre l'Union européenne et la Suisse : recherche sur une construction européenne*, thèse, dactyl., Université de Bordeaux, 2018 ; C. Rapoport, *Les partenariats entre l'Union européenne et les États tiers européens : étude de la contribution de l'Union européenne à la structuration juridique de l'espace européen*, Bruxelles, Bruylant, 2011 ; I. Bosse-Platière et C. Rapoport (Dir.), *L'État tiers en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

¹²¹ Points 236 et 237.

tout autant de sécurité juridique et de stabilité de l'ordre conventionnel conclu par l'UE et de sa compatibilité avec les principes constitutionnels de l'ordre juridique européen.

S'agissant de l'aspect interne de l'indépendance, *i.e* de l'impartialité, la Cour ne prononcera pas de réserve d'interprétation. Elle se limitera à analyser les divers arguments invoqués par la Belgique, pour les rejeter compte tenu des garanties apportées par le CETA. Ainsi, les modalités de nomination des membres du tribunal reposant sur un choix aléatoire et aboutissant à ce que les affaires seront traitées par trois membres dont l'un sera ressortissant d'un État membre de l'Union, un du Canada et un d'un État tiers, préserve une certaine distance avec les parties. La rétribution des membres du tribunal obéira, elle aussi, aux règles éthiques prescrites par l'International Bar Association (IBA) sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, approuvées le 22 mai 2004. En cas de violation des règles de nomination, de rétribution ou des règles d'éthiques, l'article 8.30 CETA prévoit une procédure qui peut conduire à la révocation du membre qui a failli, par décision du comité mixte et après intervention du président de la Cour internationale de justice. Cette impartialité, enfin, n'est pas remise en cause par le fait que, au moins dans un premier temps, les membres du tribunal seront rémunérés par leur gouvernement. En effet, d'une part cette situation est transitoire et dépendra du niveau d'activité future du tribunal¹²² et d'autre part, le simple fait d'être rémunéré par un État ne constitue pas en tant que tel une violation du principe d'indépendance de la justice. Sinon, que dire des juges administratifs en France, pour se limiter à ce seul exemple ? D'ailleurs, signe que le cordon ombilical entre les membres du tribunal et leur État d'origine est rompu malgré la perception d'une rémunération, l'article 8.30, paragraphe 1 CETA prévoit que ceux-ci « *ne suivent les instructions d'aucune organisation ou d'aucun gouvernement en ce qui concerne les questions liées au différend* ».

La Cour a donc rempli son office en garantissant l'intégrité de l'ordre juridique de l'Union. Les deux principales critiques à l'encontre du traité CETA, à savoir la prétendue violation du principe d'égalité de traitement et de l'indépendance des tribunaux, ont été *in fine* écartés. Ces critiques de fonds ont donc été rejetées, non sans que la Cour y adjoigne quelques réserves d'interprétation. Si la position de la Cour semble parfaitement convaincante, sa volonté de préserver tant l'autonomie de l'ordre constitutionnel de l'Union que son intégrité juridique, a pour conséquence fâcheuse de cloisonner à l'excès les ordres juridiques interne de l'ordre international. L'une des matrices les plus fondamentales du développement du droit international a été précisément d'internationaliser ce qui relevait jusqu'alors de la sphère interne. Ce décroisement, cette ouverture qui participe aujourd'hui à la globalisation du droit, voit sa portée entravée par cet avis 1/17 au nom de la défense de l'autonomie de l'Union européenne. La souveraineté démocratique et juridique telles que défendues par la Cour ne nous paraissent pas justifier l'hermétisme normatif et juridictionnel défendu par la Cour.

¹²² Il est évident que les membres ne seront pas employés à temps plein dès l'entrée en fonction du tribunal. Si certains juges sont également fonctionnaires, comme les professeurs de droit, ils percevront bien évidemment une rémunération de l'État, « *sans toutefois être impliqués, directement ou indirectement, dans la définition de la politique gouvernementale* » (point 240).

III – Les paradoxes d’une souveraineté démocratique européenne défendue par la Cour

S’il est vrai que « *la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l’État* »¹²³ et non « *un abandon de sa souveraineté* »¹²⁴, cette formulation n’est aujourd’hui plus suffisante pour saisir les rapports complexes qu’entretiennent la souveraineté de l’État, la démocratie et le développement du droit international. La dialectique des relations entre ces trois éléments n’est pas nouvelle et à cet égard, l’Union européenne a constitué un laboratoire unique. La nouveauté avec l’avis 1/17 consiste en ce que les questions de souveraineté, de démocratie et leurs rapports avec le droit international sont explicitement abordées. La Cour fait face, dans cette affaire, à un quadruple paradoxe. Premièrement, l’idée même d’une souveraineté de l’Union européenne est historiquement contre-intuitive : l’Union se construit progressivement une souveraineté juridique et démocratique alors même qu’elle a été conçue en réaction aux excès de la souveraineté et du pouvoir politique des États qui ont, en partie, conduit aux horreurs de la 2^e guerre mondiale. Deuxièmement, le principe de souveraineté repose sur le cloisonnement. Mère de l’égalité en droit international, elle implique un dualisme minimal des ordres juridiques et donc leur séparation. Or, depuis la fin de la 2^e guerre mondiale, le droit international général et la multiplication des organisations internationales ont pris une orientation strictement opposée. On assiste en effet à une « internisation » du droit international, c’est-à-dire à ce que l’interpénétration et l’interdépendance des ordres juridiques et politiques tendent à effacer les frontières normatives et juridictionnelles. Dorénavant, peu de domaines échappent en totalité au droit international, soit qu’il les régleme, soit qu’il les prend en compte, le droit international devenant de plus en plus un droit « interne » et réciproquement, le droit interne étant de plus en plus internationalisé¹²⁵. Troisièmement, l’idée même de souveraineté démocratique apparaît comme difficilement compatible avec cette ligne de force du droit international. La démocratie étant inséparable du peuple ou de la nation, elle suppose non seulement que celui-ci existe, mais surtout que ce peuple ou cette nation se distingue des autres. Un droit international démocratique supposerait l’existence d’une démocratie transnationale – au sens de démocratie politique – ce qui n’existe pas encore, et sans doute même jamais, hormis dans des cadres tout à fait particuliers comme celui de l’Union européenne où commence à apparaître des éléments tangibles d’un ordre politique démocratique. Quatrièmement, le dernier paradoxe est plus global et n’est pas propre à l’Union ni au CETA, mais il s’exprime assez nettement dans les désaccords générés autour de l’opportunité ou non de conclure ce traité. Il s’agit de la discordance entre le libéralisme prôné par les accords de libre-échange et les exigences démocratiques. Il n’y a là, rien de nouveau, et l’on sait combien la libéralisation de l’économie a pour conséquence une perte de contrôle public sur celle-ci. En libéralisant les échanges, les pouvoirs publics, qu’ils soient nationaux ou européens, se privent d’une part de

¹²³ CPJI, 17 août 1923, *Affaire du Vapeur « Wimbledon »*, série A n°1, p. 25.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ Cela concerne y compris les questions de démocratie, de choix démocratiques qui sont normalement du ressort du peuple ou du moins, à défaut de l’intervention du peuple, de la souveraineté de l’État. Cf., C. Cerda-Guzman, « Repenser les constitutions internationalisées », préc. C’est dans cet état d’esprit que l’on peut comprendre la résolution adoptée par l’Assemblée générale des Nations Unies le 27 mars 2014 (68/262), relative à l’intégrité territoriale de l’Ukraine et qui estime que le référendum organisé en Crimée le 16 mars 2014, n’a « aucune validité ».

leur capacité d'action, et donc de leur souveraineté, et amplifie la tendance à la domination de l'économique sur le politique¹²⁶. Cette privation volontaire ne se réalise pas uniquement dans un but sacrificiel ou exclusivement idéologique afin de répondre aux canons libéraux. Il s'agit aussi, par cette libéralisation, de recueillir les fruits d'une croissance économique et de construire ou de maintenir une puissance économique permettant de rester dans la compétition mondiale et de conserver au niveau national ou européen une partie de ce pouvoir, de ce contrôle, même s'il est plus diffus et surtout, incertain. En somme, cette perte de contrôle actuelle permettrait de conserver un contrôle futur. Il s'agit d'un pari risqué et il ne peut qu'entrer en conflit avec le principe démocratique qui repose sur le temps court et ne se satisfait pas de la seule promesse de l'avenir. Ce n'est pas un simple accord, fût-il le CETA, qui peut compromettre « *la capacité de l'Union à fonctionner de manière autonome dans son propre cadre constitutionnel* »¹²⁷ comme le dit la Cour, mais la logique libérale elle-même qui est en décalage avec la dialectique réalité du présent / promesse de l'avenir.

Dans l'avis 1/17, la Cour s'est employée à dépasser ces quatre paradoxes, sans y parvenir pleinement (mais était-ce possible ?). En décrivant – et donc en construisant – l'autonomie constitutionnelle de l'Union à travers sa souveraineté juridique et démocratique, elle donne des éléments de réflexions à ce qui serait une souveraineté politique de l'Union. En liant l'autonomie de l'ordre juridique européen, essentiellement formelle, à la démocratie, essentiellement substantielle, la Cour fait donc la jonction de ce qui pourrait être le creuset de sa conception de la souveraineté politique de l'Union. La résolution de l'ensemble de ces paradoxes aurait pu prendre plusieurs chemins. La Cour en a privilégié un seul, celui de l'hermétisme juridique. C'est de cela dont il convient de discuter.

En premier lieu, il faut affirmer sans détour que l'on doit se féliciter des développements que la Cour consacre à la protection de la démocratie européenne. Ils témoignent de ce qu'elle prend dorénavant en compte la question démocratique dans le champ des relations extérieures. Cet activisme juridictionnel est la résultante de plusieurs facteurs. D'une part, elle est une réponse à une demande des peuples européens qui voient dans ces nouveaux accords une atteinte, ou du moins une limitation des garanties démocratiques du système politique européen. Ces attentes sont tout à fait légitimes. Lorsque des accords internationaux ne se contentent plus d'organiser des coopérations sur des questions limitées mais organisent un rapprochement des législations dans des domaines de plus en plus étendus, ils posent une question politique. Ces accords ont ainsi une incidence significative sur la vie économique et sociale des citoyens européens et par ce seul fait, ils deviennent des accords politiques, non pas au sens de la *high policy*, mais en ce qu'ils concernent l'ensemble des citoyens et la vie de la cité. Or, dans un système démocratique, les demandes économiques et sociales exigent une réponse politique et donc, démocratique. Une réflexion sur les liens entre démocratie et relations extérieures se distille progressivement au sein des institutions européennes et la Cour apporte sa pierre à l'édifice dans cet avis 1/17. D'autre part, la protection de la démocratie européenne est la conséquence des objectifs des relations extérieures inscrits

¹²⁶ Sur une réflexion sur les relations entre l'économique et le politique dans le cadre onusien, on se rapportera à l'article de P.-F. Laval, « Les Nations Unies et l'idée de gouvernance », RGDIP, 2019, pp. 849 et s.

¹²⁷ Avis 1/17, point 150.

dans les traités eux-mêmes. On rappellera en effet, que, selon l'article 21 TUE, « *l'action de l'Union sur la scène internationale repose sur les principes qui ont présidé à sa création, à son développement et à son élargissement et qu'elle vise à promouvoir dans le reste du monde* » et que parmi ces principes on trouve le principe démocratique. Il serait mal venu que l'Union se soit donnée pour mission de promouvoir la démocratie dans le monde et qu'elle ne l'intègre pas dans les accords qu'elle conclut.

En deuxième lieu, si cette rhétorique démocratique constitue sans doute une prise de conscience par les institutions européennes – et donc par la Cour de justice – de ce qu'elles s'obligent devant les peuples européens en négociant de tels accords, elle n'est pas sans danger. En effet, la rhétorique démocratique a toujours été un argument – qui n'est certes pas sans consistance – utilisé pour limiter les effets et l'importance du droit international. L'idée selon laquelle on ne saurait faire prévaloir une norme internationale, peu ou pas démocratique, sur une norme interne qui a été adoptée suivant un processus démocratique et transparent, n'est peut-être pas aussi vieille que le droit international mais commence à avoir quelques décennies derrière elle. Assurément, une démocratie se constitue et repose sur une société, composée de citoyens et se forge au fil des années en se cloisonnant. Une société, une citoyenneté, un État, suppose une part incompressible de séparation entre ce qui en relève et ce qui est étranger. Simplement, à la lecture de la position de la Cour, il semblerait que cet irréductible et naturel cloisonnement de la démocratie européenne ne s'avère être qu'un trompe-l'œil et que les véritables intentions de la Cour ne soient de préserver jalousement sa propre compétence. Pour continuer en ce sens, sa volonté de protéger le cadre constitutionnel et démocratique de l'Union est d'une telle rigueur, qu'elle risque de le sacrifier et à terme, de le scléroser. Or, le droit constitutionnel n'est devenu un droit vivant qu'à partir du moment où il a été l'objet d'une interprétation juridictionnelle mais aussi depuis qu'il s'est internationalisé. En somme, l'un des plus puissants facteurs de développement des droits constitutionnels nationaux, particulièrement en Europe, a été son ouverture au droit international et européen. La position de la Cour de justice laisse malheureusement craindre, par son hermétisme, un mouvement inverse et partant, une fermeture de l'ordre constitutionnel de l'Union à l'égard de ce qui lui est extérieur, quoi qu'elle s'en défende.

En troisième et dernier lieu, cette défense d'un dualisme intransigeant que la Cour impose aux institutions de l'Union – et au monde – suscite de lourdes interrogations sur la conception qu'elle se fait du droit international et de la place que l'ordre juridique international doit occuper dans le système juridique et politique de l'Union. Rappelons le paragraphe 150 de l'avis 1/17 qui semble tout à fait révélateur :

Si l'Union concluait un accord international susceptible d'avoir pour effet que l'Union – ou un État membre dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'Union – doive modifier ou retirer une réglementation en raison d'une appréciation faite par un tribunal extérieur à son système juridictionnel du niveau de protection d'un intérêt public fixé, conformément au cadre constitutionnel de l'Union, par les institutions de celle-ci, force serait de conclure qu'un tel accord compromet la capacité de l'Union à fonctionner de manière autonome dans son propre cadre constitutionnel

Cette formulation a de quoi déconcerter. L'histoire du droit international a été celle de sa juridictionnalisation et le développement du contentieux international fut un moyen de civiliser, ou du moins de tenter de civiliser, les relations internationales. Or, la Cour semble soutenir qu'une décision d'une juridiction internationale qui aurait pour effet de contraindre l'Union à se mettre en conformité avec le droit international compromettrait son ordre constitutionnel. Cette affirmation surprend : quel serait le but du droit international si ce n'est de contraindre ses sujets, ou du moins de les inciter fortement grâce aux vertus de la responsabilité internationale, à se mettre en conformité avec les obligations qu'il impose ? Cette défense de l'intégrité constitutionnelle de l'ordre juridique de l'Union peut ainsi apparaître comme un retour en arrière après un siècle de progression du droit international. Retour en arrière paradoxal s'il en est, tant il résulte de l'article 21 TUE que l'action de l'Union sur la scène internationale « *vise à promouvoir (...) [le] droit international* ».

L'avis 1/17 est décidément un avis très politique. En souhaitant prouver aux citoyens européens qu'elle ne vit pas dans une tour d'ivoire, la Cour a tenté de répondre aux critiques d'une politique étrangère européenne qui ferait fi de l'impératif démocratique. Cette avancée démocratique a cependant eu pour conséquence un renforcement du cloisonnement des ordres juridiques et n'a pas pu dépasser le paradoxe d'une souveraineté démocratique internationalisée. De ce fait, en voulant préserver les acquis de la démocratie européenne et une liberté de choix en termes de politique publique, elle limite l'une des contributions majeures du droit international à la civilisation, à savoir supplanter la force brutale du politique par le droit. Ce que la Cour gagne du point de vue de la constitutionnalisation de l'ordre juridique de l'Union, elle le perd en un cloisonnement indétachable de tout processus de construction démocratique. On terminera donc par un vœu : que la décennie à venir soit celle de l'ouverture. Une ouverture apaisée au droit international, une conception plus sereine de l'intégrité constitutionnelle de l'Union, sans que la Cour ne se sente dans l'obligation d'invoquer des principes aussi chargés de sens et de dramatiser les enjeux d'une décision d'une juridiction internationale, que celle-ci opère dans le domaine des investissements ou non. En ces temps de nervosité sociale, d'inquiétude sur le monde qui se construit et de tendance à l'hystérisation des débats amplifiée par les réseaux sociaux, un peu de sagesse et de sérénité judiciaires ne serait guère superflu.