

**SAISINE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL
EN VERTU DE L'ARTICLE 54 DE LA CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958**

**RELATIVE A
L'ACCORD ECONOMIQUE ET COMMERCIAL GLOBAL (AECG)
ENTRE LE CANADA, D'UNE PART, ET L'UNION EUROPEENNE ET SES ETATS
MEMBRES, D'AUTRE PART**

22 février 2017

Paris, le 22 février 2017

Monsieur le Président,

Mesdames et Messieurs les membres du Conseil constitutionnel,

En application de l'article 54 de la Constitution, les députés soussignés ont l'honneur de vous demander d'apprécier la conformité à la Constitution de l'Accord Economique et Commercial Global (AECG) (ci-après le « Traité ») entre le Canada, d'une part, et l'Union Européenne et ses Etats Membres, d'autre part, tel qu'il a été approuvé par le Parlement Européen le 15 février 2017.

Ils estiment pour leur part que le Traité porte atteinte à plusieurs principes et libertés constitutionnels.

A l'appui de cette saisine, sont développés les griefs suivants.

*

Le Traité, constitué d'un **ensemble imposant et hétérogène de textes** (l'accord en tant que tel, ses nombreuses annexes, un « instrument interprétatif commun »¹, des « déclarations » de l'Union Européenne et de certains Etats membres² et d'autres accords internationaux incorporés au Traité³) est un **accord dit de « nouvelle génération »** allant bien au-delà des traités de libre-échange classiques et des accords bilatéraux d'investissement du type de ceux que la France a pu conclure par le passé, sans que ceux-ci soient soumis à votre examen.

Il vise en effet non seulement la **libéralisation totale des échanges commerciaux** entre le Canada, d'une part, l'Union européenne et ses Etats membres, d'autre part, mais également la **suppression des mesures** – en ce compris les lois, les règlements et les pratiques nationales – **réputées faire obstacle aux « investissements »** des entreprises et citoyens « du Canada » dans les Etats membres de l'Union Européenne et réciproquement⁴.

Le Traité organise ainsi une **coopération très poussée** entre les Parties au Traité en matière de réglementation dans tous les domaines de la vie économique, à l'exception de quelques domaines expressément listés, conférant un véritable droit de regard du Canada et de ses ressortissants sur les normes en cours d'adoption par l'Etat français.

Le Traité confie en outre à des **organes internationaux** tout à fait **extérieurs** au système juridique de l'Etat français et **dans lesquels l'Etat français n'est pas représenté le pouvoir d'interpréter**, voire de **modifier le Traité**, de manière contraignante à l'égard des Parties. Il transfère enfin à des **tribunaux spéciaux** et **groupes d'arbitrage dont l'Etat français ne concourt pas à désigner les membres**, la compétence de **régler les « différends »** entre les Parties au Traité et de **juger des plaintes des citoyens et entreprises réputés « investisseurs du Canada » contre l'Etat français** pour tout non-respect allégué à de nouvelles obligations à leur égard imposées par le Traité.

Le Traité emporte ainsi clairement un **transfert de souveraineté de l'Etat français vers ces nouveaux organes allant au-delà de celui auquel il a consenti au profit de l'Union Européenne** dans le cadre des traités européens puisque l'Etat français se lie par ce Traité dans des domaines dans lesquels l'Union européenne n'a pas de compétence exclusive. De plus, dans les domaines de sa compétence exclusive, l'Union européenne se lie elle-même d'une manière susceptible de **bouleverser les conditions d'exercice des pouvoirs que les Etats membres lui ont transférés** sur la base des traités européens.

¹ Instrument interprétatif commun concernant l'accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, JOUE du 14 janvier 2017, L11/7 (« **l'Instrument interprétatif commun** »).

² Ces Déclarations contenues dans un document « Déclarations à inscrire au procès-verbal du Conseil » du 27 octobre 2016 ne font pas partie du Traité en tant que tel et ne sont donc pas opposables au Canada et à ses « investisseurs » en cas de différends.

³ Il s'agit notamment de l'article III du GATT de 1994 (cf. article 2.3), l'article XI du GATT de 1994 (article 2.11), l'accord OTC (article 4.2), les articles XVII:1 à XVII:3 du GATT de 1994, le Mémoire d'accord sur l'interprétation de l'article XVII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994, les articles VIII:1 et VIII:2 de l'AGCS (article 18.2), de l'article XX du GATT de 1994 (cf. article 28.3)

⁴ Il convient de noter à cet égard que le Traité ne semble pas assurer une pleine réciprocité de la part du Canada vis-à-vis des Etats membres, notamment de la France, au vu du nombre substantiel de réserves émises par le Canada (29 au niveau national et 193 au niveau de ses Provinces) contre 13 pour la France qui s'ajoutent aux 10 réserves émises par l'Union européenne au niveau de l'Union (cf. Annexe I au Traité).

Pour ces raisons, le Traité est considéré par les Etats membres comme un **traité « mixte »** et l'entrée en vigueur définitive de l'ensemble de ses stipulations est soumise à la ratification de l'ensemble des Etats Membres. Néanmoins, la Commission européenne continue d'afficher sa volonté de conclure à l'avenir au nom de l'Union seule – et donc sans la participation ni l'accord de chacun des Etats membres – ces traités de « nouvelle génération »⁵. La procédure retenue pour la conclusion du Traité constitue donc une **opportunité peut-être unique** pour le Conseil constitutionnel de se prononcer sur la compatibilité de ce type de traités, privilégié par l'Union européenne, avec la Constitution française.

Aussi, au regard de **l'impact de ce Traité sur les structures même de l'ordre juridique national et de l'ordre juridique européen** et du fait qu'il préfigure d'autres accords très englobants, les députés soussignés estiment-ils qu'il est indispensable que votre Conseil effectue un examen détaillé de la compatibilité de ces stipulations, en les considérant une à une et par leurs effets combinés, avec la Constitution. Les députés soussignés sont d'avis que de nombreuses stipulations du Traité portent atteinte à des principes constitutionnels, et notamment que :

- Les stipulations du Traité affectant l'élaboration des normes nationales ou conférant à des tiers ou à des organes étrangers à l'ordre juridique français et européen le pouvoir de définir des obligations pesant sur l'Etat français et d'influer sur les normes nationales portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale (1) ;
- La procédure de règlement des différends au bénéfice des « investisseurs étrangers » porte notamment atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, à l'article 88-1 de la Constitution fixant les conditions d'exercice des compétences attribuées par les Etats membres à l'Union européenne et au principe d'indépendance et d'impartialité des juges (2) ;
- Les stipulations du Traité conférant aux « investisseurs du Canada » des droits spéciaux par rapport aux investisseurs français ou d'une autre nationalité, couplées aux stipulations relatives à la procédure de règlement des différends qui leur est réservée, portent atteinte au principe d'égalité devant la loi (3) ;
- Le Traité porte atteinte au principe de précaution, en ce qu'il ne ménage pas la faculté pour les Etats membres et l'Union européenne de se prévaloir de ce principe vis-à-vis du Canada, de ses « investisseurs » et des différents organes institués par le Traité et qu'il ne fait référence qu'à des normes internationales qui ne reconnaissent pas ce principe (4) ;
- Les conditions de dénonciation du Traité et de son application provisoire portent atteinte aux conditions d'exercice de la souveraineté nationale (5).

⁵ La Commission européenne considère que la conclusion de ce type d'accord de libre-échange et d'investissement relève de la compétence exclusive de l'Union européenne et a conclu à ce titre pour l'Union européenne un accord de libre-échange avec la République de Singapour sans la participation des Etats Membres. La compatibilité de cet accord avec les traités européens fait actuellement l'objet d'une procédure d'avis (n°2/15) devant la Cour de l'Union Européenne. Si la Cour confirme la position de la Commission (contre les conclusions de l'Avocat général rendues le 21 décembre 2016), les Etats membres seront par suite exclus de la conclusion de nouveaux accords et ceux-ci pourront entrer en vigueur sans être ratifiés par les Etats membres.

1. Les stipulations du Traité affectant l'élaboration des normes nationales sur des sujets relevant de la compétence de l'Etat français portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale

Au titre du Traité, l'Etat français s'engage non seulement à limiter le champ de sa liberté normative pour faciliter l'accès à son marché (1.1) mais également à associer étroitement le Canada et ses entreprises dans le processus d'élaboration des normes nationales (1.2).

Le Traité confère en outre à des organes étrangers à l'ordre juridique français et européen et dans lesquels l'Etat français n'est pas représenté le pouvoir de lui imposer des obligations (1.3) et d'influer sur les normes nationales (1.4).

Dans la mesure où ces stipulations limitant les compétences normatives de l'Etat français concernent au moins en partie des domaines relevant de la compétence partagée ou exclusive de l'Etat français, celles-ci portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale.

1.1 L'Etat français s'engage à limiter le champ de sa liberté normative pour faciliter l'accès à son marché aux investisseurs étrangers

Au titre du Traité, les Etats signataires s'interdisent d'adopter toute une série de mesures réputées faire obstacle à l'accès au marché des marchandises et des services.

A titre d'illustration, l'article 8.4 (dans le cadre de la protection des investisseurs et des investissements) et l'article 9.6 (dans le cadre du commerce transfrontalier de service) posent un principe général d'interdiction des mesures (au niveau national et local) imposant des limitations concernant :

- « le nombre d'entreprises pouvant mener une activité économique spécifique »,
- « la valeur totale des transactions ou des actifs »,
- « le nombre total d'opérations ou la quantité totale produite », « la participation de capital étranger »,
- « le nombre total de personnes physiques qui peuvent être employées dans un secteur particulier ».

L'Etat français limite donc sa liberté normative dans un champ d'application qui semble très large⁶ et concerne par défaut tous les secteurs économiques en dehors des services aériens et

⁶ En application de l'article 9.2, l'article 9.6 s'applique en particulier à toute « mesure qui affecte : a) la production, la distribution, la commercialisation, la vente et la livraison d'un service; b) l'achat, l'utilisation ou le paiement d'un service; c) l'accès et le recours, à l'occasion de la fourniture d'un service, à des services dont il est exigé qu'ils soient offerts au public en général. ». L'article 8.4 s'applique à toute « mesure adoptée ou maintenue par une Partie sur son territoire concernant a) un investisseur de l'autre Partie; b) un investissement visé; et c) s'agissant de l'article 8.5, tout investissement sur son territoire. » (article 8.2). Ce champ d'application paraît particulièrement large au vu de la définition extensive du terme « investissement » (qui, d'après l'article 8.1 peut prendre la forme d'une entreprise, d'actions, d'obligations, d'un prêt accordé à une entreprise ou de tout autre type d'intérêt dans une entreprise).

audiovisuels (article 8.2), et des quelques activités pour lesquelles l'Etat français ou l'Union européenne ont émis des réserves expresses.

1.2 L'Etat français s'engage à associer étroitement le Canada et ses entreprises au processus d'élaboration des normes nationales

Le Traité institue à son Chapitre 21 une coopération en matière de réglementation portant sur « *les mesures réglementaires prises par les autorités de réglementation des Parties qui sont visées, entre autres, par l'Accord OTC, l'Accord SPS, le GATT de 1994, l'AGCS et les chapitres Quatre (Obstacles techniques au commerce), Cinq (Mesures sanitaires et phytosanitaires), Neuf (Commerce transfrontières des services), Vingt-deux (Commerce et développement durable), Vingt-trois (Commerce et travail) et Vingt-quatre (Commerce et environnement)* » (article 21.1).

Au vu de l'étendue du champ d'application de cette coopération, il ne fait pas de doute qu'elle intervient au moins en partie dans des domaines qui intéressent la souveraineté nationale⁷ et qu'elle impose de nombreuses contraintes pour les Etats signataires dans l'exercice de leur fonction normative. En particulier :

- Les Etats signataires s'engagent à s'efforcer « *chaque fois que cela sera possible et mutuellement bénéfique, d'aborder la coopération en matière de réglementation de manière à **permettre l'ouverture à la participation d'autres partenaires commerciaux internationaux.*** » (article 21.2.3) et à « *développer davantage leur coopération en matière de réglementation **en tenant compte de leur intérêt mutuel*** » (article 21.2.4).
- L'article 21.3 précise que les activités de coopération en matière de réglementation peuvent notamment consister à **échanger des informations, y compris non publiques, tout au long du processus d'élaboration de la réglementation** et ce « *au stade le plus précoce possible, de sorte que les observations et les propositions de modification puissent être prises en compte* » ; à fournir des projets de règlements, à « **accorder aux parties intéressées un délai suffisant pour leur permettre de soumettre leurs observations** » et à « *réduire au minimum les différences inutiles entre les réglementations* » ;
- Au titre de cette coopération, les Etats signataires doivent notamment « **prendre en considération, s'il y a lieu, les mesures ou initiatives réglementaires de l'autre Partie portant sur des sujets connexes ou identiques** » (article 21.5).
- Le Traité établit en outre un Forum de coopération en matière de réglementation (FCR), co-présidé par un haut représentant du Canada et un haut représentant de la Commission européenne, dont la mission est de faciliter et de promouvoir la coopération en matière de réglementation (article 21.6).
- L'article 21.8 prévoit enfin que « *les Parties peuvent consulter, s'il y a lieu, les parties prenantes et les parties intéressées, y compris des représentants du milieu*

⁷ On peut noter à cet égard, que le Conseil de l'Union européenne affirme au point 4 du document « *Déclarations à inscrire au procès-verbal du Conseil* » du 27 octobre 2016, que les domaines visés par les Chapitres 22, 23 et 24 relèvent de compétences partagées entre l'Union européenne et les Etats membres.

universitaire, de groupes de réflexion, d'organisations non gouvernementales, des milieux d'affaires, des consommateurs et d'autres organisations ».

En sus de la collaboration instituée par le chapitre 21, plusieurs stipulations du Traité imposent aux Etats signataires de consulter l'autre Partie ou des « personnes de l'autre Partie » dans le processus d'élaboration des normes :

- L'article 4.6 stipule que « *lorsqu'un processus de consultation concernant l'élaboration de règlements techniques ou de procédures d'évaluation de la conformité est ouvert au public, chaque Partie **permet aux personnes de l'autre Partie d'y participer** à des conditions non moins favorables que celles accordées à ses propres personnes* ».
- De la même manière, l'article 27.1 relatif à la transparence, impose aux Etats signataires de faire en sorte « *que ses **lois, règlements, procédures et décisions administratives d'application générale** concernant toute question visée par le présent accord soient promptement publiés ou rendus accessibles d'une manière permettant aux personnes intéressées et à l'autre Partie d'en prendre connaissance* ». L'article 27.2 prévoit que dans la mesure du possible, chaque Partie « ***ménage aux personnes intéressées et à l'autre Partie une possibilité raisonnable de présenter des observations sur les mesures de cette nature qu'elle projette d'adopter*** ».

La mise en place de cet arsenal inédit d'obligations de coopération, de consultation et de transparence dans l'élaboration des normes nationales interfère de manière significative dans le processus d'élaboration de ces normes en exerçant une forte pression sur l'activité normative de l'Etat français :

- Le Traité institue un véritable **droit de regard** du Canada sur les normes en cours d'adoption par l'Etat français grâce à des échanges d'informations précoces qui se prolongent tout au long du processus d'élaboration des normes et donne au Canada ainsi qu'à ses citoyens et entreprises la possibilité de faire valoir leurs observations sur les projets de mesures françaises.
- Si l'Etat français peut refuser de participer à la coopération réglementaire instituée par le Chapitre 21 du Traité puisque celle-ci est en principe « *volontaire* »⁸, un tel refus semble difficile à exercer puisque le Traité prévoit que « *la Partie qui refuse d'entamer la coopération en matière de réglementation ou qui se retire d'une telle coopération **devrait être prête à expliquer les motifs de sa décision à l'autre Partie.*** » (Article 21.2 point 6). L'Etat français encourt ainsi le risque qu'un refus non suffisamment justifié constitue un élément à charge dans le cadre d'une procédure de règlement de différend au titre de l'article 29 (cf. section 2.b ci-dessous).
- Enfin, au titre de l'article 27.2 (qui figure dans le chapitre sur la « Transparence » et non pas sur la « Coopération réglementaire »), l'Etat français est contraint de fournir « *dans les moindres délais, à la demande de l'autre Partie et dans la mesure du possible, des informations et des réponses aux questions concernant toute mesure*

⁸ Voir à cet égard l'article 3 de l'Instrument interprétatif commun qui stipule « *Cette coopération s'effectuera sur une base volontaire, les autorités de réglementation pouvant choisir librement de coopérer, sans y être contraintes ou sans devoir mettre en œuvre les résultats de leur coopération.* ».

existante ou projetée qui affecte substantiellement l'application du présent accord », et ce « sans préjudice de la question de savoir si la mesure est compatible avec le présent accord ». Il s'agit donc clairement ici d'une obligation et non d'une démarche volontaire. Son non-respect peut faire l'objet d'une procédure de règlement de différend au titre de l'article 29 du Traité (cf. section 2.b ci-dessous).

L'ampleur de ces interférences doit aussi s'apprécier au regard des mécanismes de règlement des différends entre les Parties au Traité (au titre de l'article 29) et entre les investisseurs et les Etats (au titre de l'article 8) qui exposent l'Etat français à des risques financiers significatifs en cas d'adoption d'une mesure jugée non conforme au Traité et qui sont donc susceptibles de peser sur les processus législatif ou réglementaire en France.

Ainsi, les stipulations du Traité visées (notamment les Chapitres 4, 21 et 27) modifient substantiellement les conditions d'exercice des pouvoirs du Parlement et des autorités administratives.

1.3 Le Traité confère à des organes étrangers à l'ordre juridique français et européen le pouvoir de définir des obligations pesant sur l'Etat français dans des domaines relevant de sa compétence

Le Traité institue plus d'une dizaine de **comités**⁹ (article 26.2) dont le **Comité mixte de l'AECG** (le « Comité mixte ») qui joue un rôle prépondérant et central dans la mise en œuvre du Traité puisqu'il a la « *responsabilité de toutes les questions concernant le commerce et l'investissement entre les Parties ainsi que de la mise en œuvre et de l'application du* » Traité (article 26.1 point 3).

Le Comité mixte est un **organe international** étranger à l'ordre juridique français, **composé exclusivement de représentants de l'Union européenne et du Canada**, et dans lequel la France n'est pas assurée d'être représentée. Il est « *coprésidé par le ministre du Commerce international du Canada et le membre de la Commission européenne chargé du commerce, ou leurs suppléants respectifs* » (article 26.2 du Traité). Il adopte « *ses décisions et ses recommandations par consentement mutuel* ».

Au titre du Traité, le Comité mixte dispose de pouvoirs extrêmement étendus à l'égard des Parties au Traité :

- Il peut adopter des « **interprétations** » du Traité qui lient les tribunaux institués par le Traité. Le Comité mixte peut décider qu'une interprétation a force obligatoire à partir d'une date déterminée (article 8.31.3).

⁹ L'article 26.2 du Traité établit les comités suivants : Comité des services et de l'investissement, Comité du commerce des marchandises, Comité de l'agriculture, Comité des vins et des spiritueux, Groupe sectoriel mixte sur les produits pharmaceutiques, Comité mixte de la reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles, le Comité de gestion mixte pour les mesures sanitaires et phytosanitaires, le Comité des marchés publics, le Comité des services financiers, le Comité du commerce et du développement durable, le Forum de coopération en matière de réglementation, le Comité des indications géographiques. Enfin, le Comité mixte de coopération douanière, déjà institué, se voit accorder le pouvoir d'agir sous les auspices du Comité mixte de l'AECG.

- Il peut adopter – par consentement mutuel – des « **décisions** » qui lient les Parties, lesquelles doivent les mettre en œuvre (« *sous réserve de l'accomplissement de toute exigence et procédure internes nécessaires* » - cf. ci-après) (article 26.3).
- Il nomme les quinze membres du Tribunal institué par le Traité (article 8.27 point 2) et ceux du tribunal d'appel (article 8.28 point 3) dont il décide notamment du fonctionnement (article 8.28.8).
- Il établit la liste des personnes habilitées à participer à un groupe spécial d'arbitrage (article 29.6).
- Il peut examiner toute question d'intérêt dans une des sphères visées par le Traité (article 26.1 4).
- Il peut communiquer avec toutes les parties intéressées, y compris des organisations du secteur privé et de la société civile (article 26.1.5).
- Il « *peut décider d'amender certains protocoles et annexes* » du Traité (article 30.2.2) qui pourront être approuvées par les Parties « *conformément à leurs obligations et procédures internes respectives qui sont nécessaires à l'entrée en vigueur de l'amendement* » (cf. ci-après).

Ainsi, le **Comité mixte peut modifier le contenu des obligations pesant sur l'Etat français** au titre du Traité soit par le biais de ses décisions ou interprétations (qui lient le Tribunal et les Parties), soit en amendant directement le Traité¹⁰.

Or, les **prérogatives du Comité mixte sont particulièrement étendues**, que l'on considère ses **pouvoirs d'interprétation et de décision**¹¹ ou son **champ de compétences** qui s'étend à toutes les questions visées par le Traité et qui touche donc des domaines relevant de compétences partagées entre l'Union européenne et les Etats membres¹², voire des compétences exclusives des Etats membres.

¹⁰ La Commission a reconnu que le Comité mixte dispose bien de cette faculté dans sa déclaration 18 du document « Déclarations à inscrire au procès-verbal du Conseil » du 27 octobre 2016 selon laquelle « *Il est noté qu'il est peu probable qu'une décision modifiant l'AECG et une interprétation contraignante de l'AECG adoptées par le comité mixte de l'AECG soient requises dans un avenir proche.* ».

¹¹ En l'absence de précision dans le Traité sur la distinction entre les décisions et les interprétations du Comité mixte, ce dernier semble disposer d'une **grande marge de manœuvre pour définir lui-même la nature de ses actes**.

¹² A cet égard, dans le document « Déclarations à inscrire au procès-verbal du Conseil » du 27 octobre 2016, le Conseil et/ou les Etats membres ont affirmé que les domaines suivants relèvent des compétences partagées : le domaine des services de transport, les domaines visés par les Chapitre 22, 23 et 24 (c'est-à-dire le développement durable, le travail et l'environnement), la reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles, la protection des travailleurs. La Cour constitutionnelle fédérale allemande a indiqué dans sa décision du 13 octobre 2016 que relevaient de la compétence de la République fédérale d'Allemagne les stipulations sur la protection des investissements y compris sur le système de règlement des différends (Chapitres 8 et 13 du Traité), sur les portefeuilles d'investissements (Chapitres 8 et 13 du Traité), sur le droit maritime international (Chapitre 14 du Traité), sur la reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles (Chapitre 11 du Traité) et sur la protection des travailleurs (Chapitre 23 du Traité) : Voir communiqué de presse (en anglais) de la Cour (disponible au lien suivant : <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2016/bvg16-071.html>).

A cet égard, au titre du Traité, **les Etats membres ne sont pas assurés d'avoir la faculté d'approuver les décisions du Comité mixte même dans des domaines relevant de leur compétence :**

- Dans sa décision du 13 octobre 2016, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a soulevé le risque que les décisions du Comité mixte – y compris dans le cadre de l'application provisoire du Traité - empiètent sur les compétences de la République Fédérale d'Allemagne. Elle a toutefois considéré que ce risque pouvait être contré par la mise en place d'un accord interinstitutionnel assurant par exemple que les décisions du Comité mixte soient adoptées à l'unanimité¹³.

Cette exigence a été reprise par le Conseil de l'Union européenne et les Etats membres, mais uniquement s'agissant des décisions relevant de la compétence des Etats membres, dans une déclaration selon laquelle : « *Le Conseil et les États membres rappellent que, dès lors qu'une décision du comité mixte de l'AECG relève de la compétence des États membres, la position à prendre par l'Union et ses États membres au sein du comité mixte de l'AECG est adoptée d'un commun accord* »¹⁴.

Toutefois, la **Commission européenne n'a pris aucun engagement exprès vis-à-vis des Etats membres en ce sens** et s'est contentée d'indiquer « *Il est noté qu'il est peu probable qu'une décision modifiant l'AECG et une interprétation contraignante de l'AECG adoptées par le comité mixte de l'AECG soient requises dans un avenir proche* »¹⁵.

En outre, la Commission européenne a jugé nécessaire de déclarer qu'elle estime que « *toutes les questions concernées [par le Traité] relèvent entièrement du champ d'application de l'article 207 du TFUE* »¹⁶, c'est-à-dire, de la compétence exclusive de l'Union européenne.

La Commission estime donc par principe que les décisions du Comité mixte ne relèvent pas de la compétence des Etats membres et, partant, que leur adoption ne requiert pas leur accord.

- Par ailleurs, les dispositions du Traité (articles 26.3 et 30.2.2) faisant référence à la possibilité d'approbation des Etats membres des décisions du Comité mixte conformément à leurs « *procédures internes nécessaires* », **apportent peu de garanties aux Etats membres**. En effet, le Traité ne fournit aucune précision sur l'articulation de ces procédures internes avec les autres stipulations du Traité, ni surtout sur le partage entre les domaines relevant de la compétence exclusive de l'Union européenne et ceux relevant de la compétence partagée ou exclusive des Etats membres.

¹³ Cf. décision de la Cour constitutionnelle allemande du 13 octobre 2016 et communiqué de presse (en anglais) disponible au lien : <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2016/bvg16-071.html>, selon lequel : « *bb) Any encroachment on the constitutional identity (Art. 79 sec. 3 GG) brought about by the system of committees' competences and procedures can – in the context of the provisional application at any rate – be countered in various ways. An inter-institutional agreement, for example, might ensure that decisions taken by the CETA Joint Committee pursuant to Art. 30.2 sec. 2 CETA may only be passed on the basis of a common position (Art. 218 sec. 9 TFEU) unanimously adopted by the Council* ».

¹⁴ Déclaration n°19 du document « Déclarations à inscrire au procès-verbal du Conseil » du 27 octobre 2016..

¹⁵ Voir déclaration 18 du document « Déclarations à inscrire au procès-verbal du Conseil » du 27 octobre 2016.

¹⁶ Cf. Déclaration n°9 de la Commission européenne.

Or, comme indiqué, cette question fait l'objet d'un **désaccord explicite** entre le Conseil de l'Union européenne et la plupart des Etats membres, d'une part, qui considèrent que les accords de « nouvelle génération » relèvent du commerce des questions non strictement commerciales et ne relevant donc pas de la compétence exclusive de l'Union européenne, et la **Commission européenne**, d'autre part, **qui a une conception très extensive de la compétence de l'Union Européenne**. Cette question fait actuellement l'objet d'un examen par la Cour de l'Union européenne qui a été saisie d'une demande d'avis sur la compatibilité avec les traités européens de l'accord de libre-échange conclu entre l'Union Européenne et la République de Singapour sans la participation des Etats membres¹⁷.

Ainsi, en l'absence de décision de principe de la Cour de l'Union Européenne sur ce point et au vu des incertitudes entretenues par la Commission européenne, **le Traité ne procure à l'Etat français aucune garantie de pouvoir approuver les « décisions » du Comité mixte et ses amendements au Traité même dans les domaines dont il estimerait qu'ils relèvent de sa compétence.**

Enfin et en tout état de cause, le Traité prévoit que les « interprétations » du Comité mixte lient le Tribunal dans tous les cas, sans mentionner d'éventuelles « procédures interne » d'approbation (article 8.31.3).

*

Cela signifie donc que le Comité mixte aura la faculté d'altérer unilatéralement la substance des obligations souscrites par l'Etat français au titre du Traité y compris celles relevant de sa compétence.

1.4 Le Traité confère à des organes étrangers à l'ordre juridique français et européen le pouvoir d'influer directement sur les normes nationales et européennes

Le Chapitre 29 du Traité met en place un mécanisme de Règlement de différend qui peut porter sur **toute question « portant sur l'interprétation ou l'application des dispositions » du Traité** (cf articles 29.4 et 29.2). Il s'agit donc, là encore, d'un champ d'application très large portant nécessairement au moins en partie sur des domaines relevant de la compétence des Etats membres.

Au titre de ces articles, les mesures de l'Etat français (c'est-à-dire, au titre de l'article 1.1, ses lois, règlements, règles, procédures, décisions, actes administratifs, prescriptions, pratiques ou « *tout autre type de mesure* ») peuvent être contestées par le Canada dans le cadre d'une procédure de « consultation ».

¹⁷ Procédure d'avis 2/15. Dans le cadre de cette procédure, l'avocat général a rendu ses conclusions en date du 21 décembre 2016 (disponibles en anglais au lien suivant : <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=186494&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=EN&cid=379248>; le communiqué de presse, en français, est disponible au lien suivant : <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-12/cp160147fr.pdf>)

Or, le Traité prévoit qu'en cas d'échec de la consultation, la partie requérante peut soumettre à un **groupe spécial d'arbitrage** (article 29.6.1) sa « question » portant sur la mesure (à l'exclusion des mesures « projetées » - cf. 29.5.8) en indiquant « *la mesure particulière en cause et le fondement juridique de la plainte, y compris une explication sur la manière dont une telle mesure constitue un manquement* » au Traité (article 29.6.2).

Le groupe spécial d'arbitrage devant lequel est portée la plainte est composé de trois membres qui sont soit désignés d'un commun accord entre les Parties, soit, à défaut d'accord, tirés au sort parmi une liste de 15 personnes établie par le Comité mixte (articles 29.7 et 29.8).

La procédure conduit à la remise d'un rapport final par le groupe spécial d'arbitrage, étant précisé que la « **décision du groupe spécial d'arbitrage contenue dans le rapport final lie les Parties** » (article 29.10.1). Cette décision n'est pas susceptible de recours.

L'article 29.12 stipule que « *La Partie défenderesse prend toutes les mesures nécessaires pour se conformer au rapport final du groupe d'arbitrage* ». En cas de défaut de « *mise en conformité* » de la mesure jugée contraire au Traité, « *la Partie requérante est en droit de suspendre des obligations ou de recevoir une compensation* » (article 29.14).

Le groupe spécial d'arbitrage est donc doté d'un pouvoir d'influer de manière directe sur les normes nationales en concluant à la nécessité de les modifier, voire de les annuler, pour se conformer aux décisions du groupe spécial d'arbitrage.

Ainsi **le Traité soumet la quasi-intégralité des lois, règlements et autres mesures nationales¹⁸ de l'Etat français au contrôle d'un organe étranger à l'ordre juridique français et européen** (dont l'Etat français – à la différence du Canada - ne concourt pas à désigner les membres) et qui pourra décider de leur nécessaire « mise en conformité ».

En outre, cette influence directe du groupe spécial arbitral sur les normes nationales est complétée par l'influence indirecte du Tribunal via les dommages-intérêts qu'il peut allouer aux « investisseurs du Canada » en cas de « mesures » de l'Etat français jugées non conformes à ses obligations envers eux au titre du Traité (cf. section 2 ci-dessous)¹⁹.

*

Ainsi, au titre du Traité l'Etat français consent de manière très large – **y compris dans des domaines relevant de sa compétence** - à limiter sa liberté normative mais aussi à transférer à des tiers et des organes étrangers à l'ordre juridique national et européen la faculté d'interférer dans le processus national d'élaboration et d'adoption des normes nationales, d'influer sur les normes adoptées et de lui imposer des contraintes allant au-delà de ses obligations au titre du Traité.

Une telle interférence dans le processus national d'élaboration des normes et un tel transfert de compétences nationales à des tiers constituent des **atteintes aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale** au regard de la jurisprudence de votre Conseil.

¹⁸ Le Traité s'appliquant à quasiment tous les domaines de la vie économique.

¹⁹ Le Traité reconnaît d'ailleurs cette influence en prévoyant que le Tribunal réduit ces dommages-intérêts afin de tenir compte de « *l'abrogation ou de la modification de la mesure* » (article 8.39.3). Il est vraisemblable que cette influence sera d'autant plus forte que l'article 8.43 permet la jonction de plusieurs plaintes, ce qui pourraient donner lieu à des plaintes coordonnées d'entreprises étrangères pour faire pression sur l'Etat afin qu'il modifie une mesure nationale.

Votre Conseil a en effet jugé, dans une décision du 30 décembre 1976, que « *la souveraineté qui est définie à l'article 3 de la Constitution de la République française, tant dans son fondement que dans son exercice, ne peut être que nationale et seuls peuvent être regardés comme participant à l'exercice de cette souveraineté les représentants du peuple français élus dans le cadre des institutions de la République* »²⁰.

Votre Conseil a ainsi jugé à plusieurs occasions que les traités portant atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ne pouvaient être ratifiés sans une révision constitutionnelle²¹.

En particulier, votre Conseil a considéré dans sa décision du 9 août 2012²², relative au traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire, que **l'introduction de dispositions contraignantes et permanentes** imposant le respect des règles relatives à l'équilibre des finances **aurait entraîné la modification des prérogatives du Gouvernement et du Parlement dans l'élaboration et l'adoption des lois et aurait donc exigé une révision de la Constitution** :

« la Constitution fixe les prérogatives du Gouvernement et du Parlement dans l'élaboration et l'adoption des lois de finances et des lois de financement de la sécurité sociale ; [...] ; qu'introduire directement des dispositions contraignantes et permanentes imposant le respect des règles relatives à l'équilibre des finances publiques exige la modification de ces dispositions constitutionnelles ; qu'en conséquence, si la France fait le choix de faire prendre effet aux règles énoncées au paragraphe 1 de l'article 3 au moyen de dispositions contraignantes et permanentes, l'autorisation de ratifier le traité devra être précédée d'une révision de la Constitution ».

De même, dans sa décision concernant le Traité de Lisbonne²³, votre Conseil a jugé que :

« appelle une révision de la Constitution toute disposition du traité qui, dans une matière inhérente à l'exercice de la souveraineté nationale, permet, même en subordonnant un tel changement à une décision unanime du Conseil européen ou du Conseil des ministres, de substituer un mode de décision majoritaire à la règle de l'unanimité au sein du Conseil des ministres ; qu'en effet, de telles modifications ne nécessiteront, le moment venu, aucun acte de ratification ou d'approbation nationale de nature à permettre un contrôle de constitutionnalité sur le fondement de l'article 54 ou de l'article 61, alinéa 2, de la Constitution » (cons. 23).

En l'espèce, les stipulations susvisées du Traité portent atteinte aux conditions essentielles de la souveraineté nationale en empiétant sur les prérogatives du Parlement et du Gouvernement dans l'élaboration et l'adoption des lois et en privant l'Etat français de la faculté de réaliser un contrôle de constitutionnalité sur les décisions qui seront prises par le Comité mixte, même dans des domaines dont la compétence exclusive n'a pas été transférée à l'Union européenne.

²⁰ Décision du Conseil Constitutionnel n°76-71 DC du 29-30 décembre 1976.

²¹ Voir par exemple Décision du Conseil Constitutionnel n°2004-505 DC du 19 novembre 2004, cons. 7.

²² Conseil constitutionnel, Décision n°2012-653 DC, 9 août 2012, cons. 21.

²³ Conseil constitutionnel, Décision n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007.

2. La procédure de règlement des différends au bénéfice des investisseurs à l'encontre des Etats porte atteinte à plusieurs principes constitutionnels

Le Traité institue à la section F du Chapitre 8 un système de règlement des différends ouvert aux « investisseurs de l'autre Partie » à l'encontre d'une Partie au Traité devant un Tribunal institué par le Traité (le « Tribunal ») composé de 15 membres désignés par le Comité mixte.

Ce mécanisme institue donc un **régime spécial de responsabilité de l'Etat et de l'Union devant une juridiction spéciale au bénéfice exclusif des « investisseurs du Canada »**.

Ce mécanisme porte atteinte à plusieurs principes constitutionnels, notamment aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale et à l'article 88-1 de la Constitution (2.1) et au principe d'indépendance et d'impartialité des juges (2.2).

2.1 Le système de règlement des différends au bénéfice des « investisseurs du Canada » contre les Etats membres et l'Union européenne porte atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale et à l'article 88-1 de la Constitution

En application des articles 8.18 et 8.23 du Traité, un « *investisseur d'une Partie en son propre nom* » ou « *au nom d'une entreprise établie localement qu'il détient ou contrôle directement ou indirectement* » peut déposer devant le Tribunal une plainte invoquant la violation par une autre Partie de ses obligations au titre des articles 8.6 à 8.8 (traitement non discriminatoire) et 8.9 à 8.14 (protection des investissements).

En application de l'article 8.1, la notion d'« investisseur d'une Partie » renvoie à « *une personne physique ou une entreprise d'une Partie, autre qu'une succursale ou un bureau de représentation, qui cherche à effectuer, effectue ou a effectué un investissement sur le territoire de l'autre Partie* », c'est-à-dire « *tout type d'actif qu'un investisseur détient ou contrôle, directement ou indirectement, et qui présente les caractéristiques d'un investissement, y compris une certaine durée ainsi que d'autres caractéristiques telles que l'engagement de capitaux ou d'autres ressources, l'attente de gains ou de profits, ou l'acceptation du risque* ».

« *Un investissement peut notamment prendre la forme : a) d'une **entreprise**; b) d'**actions** et autres formes de participation au capital d'une entreprise; c) d'**obligations**, titres obligataires non garantis et autres titres de créance d'une entreprise; d) d'un **prêt** accordé à une entreprise; e) de **tout autre type d'intérêt dans une entreprise**; f) d'un intérêt découlant, selon le cas : i) d'une concession conférée en application du droit d'une Partie ou d'un contrat, y compris pour l'exploration, la mise en valeur, l'extraction ou l'exploitation de ressources naturelles, ii) d'un contrat clé en main, de construction, de production ou de partage des recettes, iii) d'autres contrats semblables; g) de **droits de propriété intellectuelle**; h) d'autres **biens meubles, tangibles ou intangibles, ou biens immeubles et droits s'y rapportant**; i) de **créances de somme d'argent ou de droits à une prestation** en vertu d'un contrat. »*

Ainsi, les notions d'investisseur et d'investissements sont **définies de manière si large qu'elles sont de nature à s'appliquer en réalité à quasiment toute personne physique ou entreprise d'une Partie**. En effet, pour être qualifiée d'investisseur au titre du Traité, il suffit pour la personne physique ou l'entreprise de montrer, par exemple, qu'elle détient ou cherche

à détenir des actions ou obligations dans une entreprise (sans qu'un niveau minimum soit requis) ou même un bien meuble ou immeuble, ou encore un droit de propriété intellectuelle.

Le critère de rattachement à une Partie d'un « investisseur », tel que défini en application de l'article 8.1, est également très large. Pour le cas du Canada, le Traité renvoie :

- aux personnes physiques du Canada, c'est-à-dire, les **citoyens canadiens** et **résidents permanents du Canada** ; et
- aux entreprises du Canada, c'est-à-dire les **entreprises constituées conformément à la législation du Canada qui exercent des activités commerciales substantielles sur le territoire du Canada** ou qui sont directement ou indirectement détenue ou contrôlée par des citoyens canadiens ou des résidents permanents du Canada ou par des entreprises constituées conformément à la législation du Canada et qui exercent des activités commerciales substantielles sur le territoire du Canada.

L'accès au Tribunal est directement ouvert à ces « investisseurs du Canada » **sans obligation pour eux d'activer ni a fortiori d'épuiser les voies de recours internes devant les juridictions nationales ou européennes compétentes.**

En conséquence, ce mécanisme offre aux « investisseurs au Canada », le **choix discrétionnaire** de porter leur plainte soit devant les juridictions nationales ou européennes (sur le fondement de droits qu'ils tirent des règles nationales ou d'autres engagements internationaux de l'Etat), soit devant le Tribunal (sur le fondement du Traité), pour contester des mesures nationales, fussent-elles législatives, administratives, judiciaires et qu'ils estimeraient incompatibles avec leurs droits reconnus dans le Traité.²⁴

En ce sens, et contrairement à la déclaration de la Commission européenne et du Conseil dans le document « Déclarations à inscrire au Procès-verbal » en date du 27 octobre 2016 (point 36), **le Tribunal institué par le Traité est fondé sur des principes très différents de ceux sur lesquels sont fondées la Cour européenne des droits de l'homme ou la Cour pénale internationale.**

En effet, la Cour européenne des droits de l'homme ne peut être saisie qu'après épuisement des recours internes effectifs et laisse donc intacte la compétence des juridictions de l'Etat. Quant à la Cour pénale internationale, elle ne peut exercer sa compétence que si l'Etat n'a pas la volonté ou est dans l'incapacité de mener véritablement à bien une enquête ou des poursuites²⁵.

A cet égard, dans sa décision du 22 janvier 1999²⁶, relative au Statut de la Cour pénale internationale, votre Conseil a relevé que « *les stipulations du traité qui apportent des restrictions au principe de complémentarité de la Cour par rapport aux juridictions*

²⁴ L'article 8.22.1.f) prévoit uniquement que l'investisseur doit se retirer ou se désister « *de toute procédure en cours devant un tribunal ou une cour en vertu du droit interne ou du droit international relativement à une mesure dont il est allégué qu'elle constitue une violation visée par sa plainte* ». Toutefois, au titre de l'article 8.22.5, cette renonciation cesse si le Tribunal rejette la plainte pour tout motif procédural ou juridictionnel ou parce qu'elle est manifestement dénuée de fondement juridique ou non fondée en droit ou si l'investisseur retire sa plainte dans les 12 mois suivant la constitution de la division du Tribunal.

²⁵ Cf. article 17 du Statut de Rome.

²⁶ Conseil Constitutionnel, Décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999.

criminelles nationales, dans les cas où l'État partie se soustrairait délibérément aux obligations nées de la convention » **« fixent limitativement et objectivement les hypothèses dans lesquelles la Cour pénale internationale pourra se déclarer compétente ; que, par suite, elles ne méconnaissent pas les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale »** (cons. 33).

En revanche, dans cette même décision, votre Conseil a censuré les stipulations du Statut prévoyant *« que la Cour pénale internationale pourrait être valablement saisie du seul fait de l'application d'une loi d'amnistie ou des règles internes en matière de prescription »* sur le fondement de l'atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale au motif *« qu'en pareil cas, la France, en dehors de tout manque de volonté ou d'indisponibilité de l'État, pourrait être conduite à arrêter et à remettre à la Cour une personne à raison de faits couverts, selon la loi française, par l'amnistie ou la prescription »* (cons. 34).

En transposant cette jurisprudence au Traité, il apparaît que les **stipulations organisant la compétence du Tribunal « en dehors de tout manque de volonté » de l'Etat ou d'indisponibilité des recours nationaux portent clairement atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale.**

C'est d'autant plus vrai que, en premier lieu, la compétence du Tribunal n'est pas limitée à des hypothèses objectivement définies mais peut au contraire être activée très largement puisque les obligations des Parties envers les « investisseurs » (et dont la violation alléguée suffit à justifier la compétence du Tribunal) peuvent s'interpréter de **manière particulièrement extensive.**

En effet, contrairement à la déclaration de principe contenue dans l'Instrument interprétatif commun à cet égard²⁷, **les obligations pesant sur les Etats envers les investisseurs ne sont absolument pas clairement définies.** En particulier :

- S'agissant de l'obligation de « traitement juste et équitable » visée à l'article 8.10 :
 - o L'article 8.10.2 ne définit pas la substance de cette obligation et renvoie à des notions elles-mêmes non définies ou définies en des termes vagues, telles que *« un déni de justice dans les procédures pénales, civiles ou administratives »* ou *« une violation fondamentale du principe de l'application régulière de la loi, y compris une violation fondamentale de la transparence, dans les procédures judiciaires et administratives »* ;
 - o Par ailleurs, l'article 8.10.4 vient brouiller davantage la définition de cette obligation en ajoutant une stipulation selon laquelle *« Lorsqu'il applique l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable précitée, le Tribunal peut tenir compte du fait qu'une Partie a fait ou non des déclarations spécifiques à un investisseur en vue d'encourager un investissement visé, lesquelles ont créé une attente légitime et motivé la décision de l'investisseur d'effectuer ou de maintenir l'investissement visé, mais auxquelles la Partie n'a pas donné suite ».* Cette stipulation ouvre ainsi une possibilité pour le Tribunal de prendre en compte

²⁷ Cf Article 6 c) *« L'AECEG établit des normes clairement définies relatives à la protection des investissements, notamment en matière de traitement juste et équitable et d'expropriation, et fournit aux tribunaux chargés du règlement des différends des orientations claires quant à la manière dont il convient d'appliquer ces normes. »*

dans l'obligation de « *traitement juste et équitable* », une « *attente légitime* » de l'investisseur, ce qui montre la subjectivité de cette notion.

- L'article 8.10.2f) prévoit en outre que le contenu de cette obligation pourra évoluer pour contenir d'autres éléments selon la procédure suivante : « *Les Parties examinent, sur une base régulière ou à la demande d'une Partie, la teneur de l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable. Le Comité des services et de l'investissement [...] peut formuler des recommandations à cet égard et soumettre celles-ci au Comité mixte de l'AECG pour décision.* » (article 8.10.3) ;
 - D'ailleurs les Parties au Traité ont jugé qu'il existait un risque suffisamment concret que l'obligation de « *traitement juste et équitable* » fasse l'objet d'un traitement extensif par le Tribunal pour rendre nécessaire une clarification à cet égard dans leur Instrument interprétatif commun selon laquelle « *L'Union européenne et le Canada sont tenus d'examiner, sur une base régulière, la teneur de l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable, afin de s'assurer qu'elle est conforme à leurs intentions (notamment telles qu'elles sont énoncées dans la présente déclaration) et qu'elle ne sera pas interprétée plus largement qu'ils ne le souhaitent.* »
- S'agissant de l'interdiction d'expropriation d'un investissement, « *directement ou indirectement, au moyen de mesures ayant un effet équivalent à une nationalisation ou à une expropriation* », visée par l'article 8.12 du Traité, elle n'est pas non plus définie par le Traité qui renvoie à une Annexe 8-A pour son interprétation (cf. article 8.12.1).

Or, l'Annexe 8-A indique que pour déterminer si une mesure ou une série de mesures d'une Partie constitue une expropriation indirecte, « *il est nécessaire de procéder à un examen au cas par cas fondé sur les faits, qui tient compte, entre autres, des facteurs suivants : a) l'impact économique de la mesure ou de la série de mesures [...], b) la durée de la mesure ou de la série de mesures d'une Partie; c) l'étendue de l'atteinte portée par la mesure ou la série de mesures en cause aux attentes spécifiques et raisonnables sous-tendant l'investissement; d) la nature de la mesure ou de la série de mesures, notamment leur objet, contexte et but.* ».

L'Annexe 8-A précise : « *Il est entendu que, sauf dans de rares circonstances, par exemple lorsque la mesure ou la série de mesures est si sévère par rapport à son objectif qu'elle semble manifestement excessive, les mesures non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées afin d'atteindre des objectifs politiques légitimes, comme la protection de la santé publique, de la sûreté, de l'environnement ou de l'éthique, la protection sociale ou encore la promotion et la protection de la diversité culturelle, ne constituent pas des expropriations indirectes.* »

Ces critères d'appréciation des mesures étatiques pour déterminer si elles sont susceptibles de constituer des « expropriations indirectes » démontrent le caractère très subjectif de cette notion et le risque d'une interprétation extensive ou abusive de celle-ci par les « investisseurs » pour contester toute mesure étatique qui leur serait défavorable. En effet, au titre de l'Annexe 8-A, même les mesures non discriminatoires des Etats poursuivant des objectifs politiques légitimes comme la protection de la santé publique, de la sûreté, de l'environnement peuvent constituer des expropriations indirectes si « *la*

mesure ou la série de mesures est si sévère par rapport à son objectif qu'elle semble manifestement excessive ».

Les litiges portés par les entreprises devant les systèmes de règlement de différends investisseurs /Etat (*ISDS – Investor-State Dispute Settlement*) dans le cadre de traités internationaux incluant ces mécanismes en fournissent une illustration. Ainsi, par exemple, dans le cadre de l'accord de libre-échange nord-américain (ALENA) :

- Le Mexique a été condamné à dédommager l'entreprise américaine Metalclad à 16,2 millions de dollars car les arbitres ont considéré que le refus du Mexique d'accorder un permis pour l'établissement d'un centre de gestion de déchets toxiques et une loi convertissant la zone du site en une réserve naturelle portait significativement atteinte aux biens de l'entreprise et constituait une expropriation indirecte²⁸.
- Le promoteur d'oléoducs canadien TransCanada a effectué une « requête en arbitrage » contre les Etats-Unis demandant une indemnisation à hauteur de **15 milliards de dollars** à la suite de la décision du gouvernement des Etats-Unis d'abandonner pour des raisons liés à la protection de l'environnement et à l'opposition citoyenne, le projet « Keystone XL », qui devait connecter les sites d'exploitation des sables bitumineux canadiens aux raffineries américaines²⁹.
- La compagnie gazière et pétrolière canadienne, Lone Pine Resources Limited a engagé en 2013 une procédure contre le gouvernement du Canada demandant une indemnisation de plus de 118 millions de dollars à la suite de l'introduction d'une loi par le gouvernement du Québec abrogeant tous les permis d'exploitation de gaz et de pétrole sous le Saint-Laurent et interdisant la poursuite de l'exploration par les compagnies minières, le temps que des études d'impact soient réalisées. Lone Pine soutient que cette loi a eu l'effet d'une expropriation, qu'elle « *n'était pas une disposition réglementaire dans le cadre normal, mais une destruction pure et simple d'une propriété immatérielle* »³⁰.

Le type d'arguments développés par les investisseurs dans ces litiges pourrait parfaitement être utilisé par un « investisseur du Canada » pour contester une mesure de l'Etat français ou demander une indemnisation sur le fondement de l'article 8.12 du Traité.

²⁸ Affaire Metalclad Corporation c. les Etats-Unis du Mexique, CIRDI cas n° ARB(AF)/97/1, Indemnisation, 2000, para 107, disponible au lien suivant : <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf>.

²⁹ Affaire TransCanada Corporation & TransCanada PipeLines Limited v. The Government of the United States of America, « Request for arbitration », du 24 juin 2016 disponible au lien suivant : <https://www.keystone-xl.com/wp-content/uploads/2016/06/TransCanada-Request-for-Arbitratio-2n.pdf>, para. 91.

³⁰ Voir Lone Pine Resources Inc v. Canada, « Claimant's memorial », 10 avril 2015, (p.91 para 162 et p.126 para 239), disponible au lien suivant <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4259.pdf>

- S'agissant enfin de l'obligation de permettre que tous les transferts relatifs à un investissement « soient effectués sans retard ni restriction » visé à l'article 8.13 du Traité, elle semble également particulièrement large et imprécise (cf. point 3(i) ci-après).

*

Ainsi, l'ensemble du dispositif mis en place par le Traité revient à **confisquer, à l'entière discrétion des « investisseurs du Canada », la compétence de l'ensemble des juridictions nationales** (judiciaires et administratives) **et européennes** (juridictions de l'Union européenne et Cour européenne des droits de l'homme) **pour juger de la responsabilité de l'Etat français** notamment du fait de ses lois dans des **hypothèses multiples et indéterminables**, au profit d'un « Tribunal » qui ne se rattache en rien à l'ordre juridique national ou européen, à la désignation duquel l'Etat français ne participe pas et dans lequel il n'est pas assuré que l'un de ses ressortissants siège.

Ce dispositif porte donc atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale.

Il porte également atteinte à la compétence exclusive de la CJUE pour juger de la responsabilité de l'Union Européenne pour les actes de ses institutions (au titre des articles 268 et 340 alinéa 2 du TFUE) puisque cette compétence peut être transférée au Tribunal dans des domaines relevant de la compétence de l'Union européenne, aux conditions sus-décrites. Ce dispositif modifie ainsi les conditions qui ont entouré l'attribution de compétences par l'Etat français à l'Union européenne. Il porte donc atteinte à l'article 88-1 de la Constitution.

2.2 Le dispositif de règlement des différends au bénéfice des investisseurs porte atteinte au principe d'indépendance et d'impartialité des juges

Le principe d'indépendance des juges est rattaché à l'article 16 de la Déclaration de 1789 qui garantit « *les principes d'indépendance et d'impartialité, indissociables de l'exercice de fonctions juridictionnelles* »³¹.

Votre Conseil a jugé que ce principe s'appliquait à différents organes dotés d'un pouvoir de sanctions, tels que la chambre disciplinaire des vétérinaires³², la commission centrale d'aide sociale³³ ou la Cour de discipline budgétaire et financière³⁴.

Or, le Tribunal institué par le Traité ne respecte pas les standards d'indépendance et d'impartialité des juges requis par la jurisprudence constitutionnelle, alors même qu'il peut se substituer aux juridictions nationales pour trancher un différend opposant un « investisseur » à l'Etat. En effet :

- La composition même du Tribunal fait peser un **doute sur son impartialité**.

³¹ Voir notamment Conseil Constitutionnel, Décision n° 2003-466 DC, 20 février 2003.

³² Conseil Constitutionnel, Décision n° 2011-199 QPC, 25 novembre 2011.

³³ Conseil Constitutionnel, Décision n°2012-250 QPC, 8 juin 2012.

³⁴ Conseil Constitutionnel, Décision n° 2014-423 QPC, 24 octobre 2014.

Le Tribunal est en effet composé de quinze membres dont cinq ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne, cinq ressortissants du Canada et cinq ressortissants de pays tiers (tous nommés par le Comité mixte de l'AECG).

Par conséquent, un différend opposant une entreprise canadienne à l'Etat français sera jugé par une division du Tribunal composé d'un ressortissant canadien (article 8.27.6) mais **ne comptant potentiellement aucun ressortissant français**. Ainsi, alors que l'entreprise canadienne pourra raisonnablement compter sur la compréhension de son droit interne par le juge canadien (voire sa bienveillance), l'Etat français n'a aucune garantie qu'un de ses ressortissants siège au Tribunal et puisse apporter un éclairage sur le droit interne.

- Par ailleurs, la possibilité de renouveler (une fois) le mandat des membres du Tribunal (article 8.27) fait également peser un **doute sur l'indépendance** des juges vis-à-vis de l'organe qui les a nommés, à savoir le Comité mixte, à qui revient également la décision de renouveler leur mandat.
- **L'indépendance des juges vis-à-vis des « investisseurs »** est également susceptible d'être altérée par le fait que seuls les « investisseurs » peuvent saisir le Tribunal et qu'une partie de la rémunération des juges est constituée « *des honoraires et frais des membres du Tribunal qui siègent dans une division constituée pour instruire une plainte* » (article 8.27.14) et dépend donc pour partie de la volonté des « investisseurs » à déposer des plaintes, elle-même influencée par les chances de succès d'une action au regard notamment des sentences antérieures prononcées par le Tribunal.

Enfin, les exigences relatives aux connaissances des juges « *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* » (article 8.27.4) est susceptible d'introduire un biais des juges en faveur des investisseurs (plutôt qu'en faveur des politiques publiques des Etats).

Ainsi, les stipulations relatives à la composition et au fonctionnement du Tribunal portent atteinte aux principes d'indépendance et d'impartialité, indissociables de l'exercice de fonctions juridictionnelles.

3. Le régime de protection spéciale des « investisseurs étrangers » institué par le Traité couplé au dispositif de règlement des différends dont ils bénéficient porte atteinte au principe d'égalité devant la loi

Le principe d'égalité devant la loi est issu de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, aux termes duquel « *La loi [...] doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* ».

Il est de jurisprudence constante que ce principe « *ne s'oppose ni à ce que législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons*

d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit »³⁵.

Or, le régime de protection spéciale des « investisseurs étrangers » institués par le Traité et le dispositif de règlement des différends au bénéfice des « investisseurs étrangers » contre les Etats portent atteinte au principe d'égalité dès lors qu'ils créent des différences de traitement significatives entre plusieurs types de citoyens et d'entreprises (i) alors que les distinctions opérées par le Traité entre différents types de citoyens et d'entreprises ne justifient pas une différence de traitement en rapport avec l'objectif du Traité (ii). Une telle différence de traitement n'est pas non plus justifiée par l'intérêt général (iii).

- (i) L'article 8 du Traité opère des différences de traitement significatives entre les citoyens et entreprises qualifiés d'« investisseurs étrangers » et les autres citoyens et entreprises

En application du Traité, les citoyens canadiens, les entreprises qu'ils contrôlent et les entreprises exerçant des « activités commerciales substantielles » au Canada jouissent dans l'Union européenne d'une situation significativement plus favorable que celles des autres citoyens et entreprises.

En premier lieu, les « investisseurs du Canada » jouissent d'une série de droits spéciaux qui leur sont reconnus par le Traité vis-à-vis de l'Union européenne et des Etats membres, notamment :

- Le droit à « *un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales* » (article 8.10). Comme expliqué en section 2.1 ci-dessus, ce droit se prête – du fait de sa définition large et imprécise – à une interprétation extensive au bénéfice de « l'investisseur ».
- L'interdiction pour l'Union européenne et les Etats membres de procéder à l'expropriation de leurs investissements, que l'expropriation soit directe ou indirecte au moyen de mesures ayant un effet équivalent sur leurs investissements (article 8.12.1) et le droit à « *une indemnité prompte, adéquate et effective* », même en cas d'expropriation conforme à la loi, non discriminatoire et pour une raison d'intérêt public. La situation des « investisseurs » du Canada est à cet égard bien plus favorable que celle des entreprises n'ayant pas cette qualité dès lors que les « investisseurs du Canada » ont **droit à une indemnisation même en cas d'expropriation indirecte**. Or, comme expliqué en section 2.1 ci-dessus, la notion d'expropriation indirecte se prête à une interprétation extensive au bénéfice de « l'investisseur ».
- Le droit à ce que « *tous les transferts relatifs à un investissement* » (c'est-à-dire notamment « *les profits, dividendes, intérêts, gains en capital, paiements de redevances, les frais de gestion, d'assistance technique et autres, ou les autres formes de revenus ou sommes tirés de l'investissement* ») « *soient effectués sans retard **ni restriction*** » (article 8.13).

On peut s'interroger sur la mesure dans laquelle cette stipulation pourrait être utilisée pour permettre aux « investisseurs étrangers » de faire échec à l'application à leur égard

³⁵ Voir par exemple Conseil constitutionnel, décision n°1996-375 DC du 9 avril 1996 et Conseil Constitutionnel, Décision. n° 2011-216 QPC du 3 février 2012, M. Franck S., cons. n° 3.

de certaines mesures fiscales nationales, en invoquant que celles-ci constituent une « restriction » aux transferts relatifs à leurs investissements (dès lors notamment que l'hypothèse de l'application des règles fiscales non-discriminatoires ne figure pas parmi les exceptions au principe non restriction aux transferts et que l'article 28.7 sur la fiscalité n'exclut pas non plus expressément une telle interprétation de l'article 8.13).

Ainsi, les « investisseurs du Canada » bénéficient de droits dérogatoires et très favorables par rapport à ceux des « investisseurs » nationaux.

En second lieu, comme expliqué en section 2.1 ci-dessus, les « investisseurs étrangers » ont seuls la faculté à déposer une plainte devant le Tribunal et bénéficient donc d'un choix – qu'ils peuvent effectuer de manière discrétionnaire en fonction de leurs intérêts – entre les juridictions internes (statuant sur le fondement du droit interne et d'engagements internationaux autres que le Traité)³⁶ et la juridiction spéciale (le Tribunal statuant sur le fondement du Traité), sans être tenus d'épuiser au préalable les voies de recours internes³⁷. Les « investisseurs étrangers » peuvent même faire succéder les procédures devant les juridictions internes et celles devant le Tribunal au titre de l'article 8.22.1.f), sous réserve de renoncer à introduire ou poursuivre des procédures internes dès lors qu'ils saisissent le Tribunal (art. 8.22.1. f et g).

En troisième lieu, devant le Tribunal, les « investisseurs étrangers » bénéficient de règles procédurales qui leur sont extrêmement favorables³⁸, au point de porter atteinte au principe d'égalité des armes aux dépens de l'Etat visé par la plainte. En particulier :

- En application de l'article 8.23.3, les « investisseurs étrangers » peuvent choisir d'introduire leur plainte selon les règles de procédure qui leur sont les plus favorables (en choisissant en les règles de la Convention du CIRDI et le Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage, le Règlement du mécanisme supplémentaire CIRDI et le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI). L'Etat visé par la plainte ne peut pas s'opposer à ce choix ;
- L'Etat visé par la plainte ne peut pas contester la compétence du Tribunal puisque l'article 8.25 prévoit que « *Le défendeur consent à ce que le différend soit réglé par le Tribunal* » ;
- S'agissant des « investisseurs canadiens », ils sont assurés que leur plainte sera instruite par une formation comptant au moins un ressortissant canadien, à l'inverse des Etats membres (cf. article 8.27.6 du Traité et développement sous le point 2.2 ci-dessus).

Ainsi, au vu de ces nombreux avantages substantiels et procéduraux donc bénéficient exclusivement les « investisseurs étrangers », on ne peut que s'étonner de l'affirmation figurant à l'article 6 de l'Instrument interprétatif commun selon laquelle « *L'AECG ne conduira pas à accorder un traitement plus favorable aux investisseurs étrangers qu'aux*

³⁶ On peut relever à cet égard que l'article 6 de l'Instrument interprétatif commun indique que « *Les investisseurs peuvent opter pour les voies de recours disponibles au niveau des tribunaux nationaux.* »

³⁷ Cette option dont disposent les « investisseurs étrangers » entre la compétence du Tribunal ou celle des juridictions nationales est d'ailleurs reconnue par l'Instrument interprétatif commun qui indique « *Les investisseurs peuvent opter pour les voies de recours disponibles au niveau des tribunaux nationaux.* » (article 6)

³⁸ En dehors du coût significatif d'accès au Tribunal qui, en l'absence d'aide juridictionnelle, désavantage les petites entreprises mais constitue au contraire un avantage supplémentaire pour les entreprises multinationales face à des Etats disposant de moins de ressources.

investisseurs nationaux ». Il y a bien une « discrimination à rebours », au préjudice des « investisseurs » nationaux.

- (ii) Les distinctions opérées par le Traité entre différents types de citoyens et d'entreprises ne justifient pas une différence de traitement en rapport avec l'objectif du Traité

Il convient tout d'abord de relever que la qualification d'« investisseur d'une Partie » en application de l'article 8.1 (cf. section 2.1) **manque d'objectivité** dès lors que le Traité renvoie à des notions non définies par le Traité, plutôt qu'à des critères précis et objectif de rattachement (comme l'aurait été par exemple la nécessité pour une entreprise de disposer d'un siège social au Canada) (cf. section 2.1 ci-dessus).

En particulier, la définition inclut les entreprises détenues ou contrôlées directement ou indirectement par des citoyens/résidents canadiens ou par des entreprises exerçant des « activités commerciales substantielles » sur le territoire du Canada, or le Traité ne définit ni la notion de détention ou contrôle direct ou indirect ni celle d'« *activités commerciales substantielles* »³⁹

Il semble ainsi particulièrement aisé pour une grande entreprise de modifier sa structuration interne pour devenir « investisseur du Canada » au titre du Traité.

Par ailleurs, cette définition amène à traiter différemment des investissements en France pourtant similaires, notamment ceux :

- d'un citoyen canadien (agissant comme « investisseur du Canada » en France) et d'un citoyen français se livrant aux mêmes opérations en France ;
- d'une entreprise immatriculée en France contrôlée par un actionnaire canadien (agissant comme « investisseur du Canada ») et d'une entreprise concurrente immatriculée en France contrôlée par des actionnaires français ;
- d'une entreprise immatriculée en France faisant partie d'un groupe international ayant notamment des activités commerciales substantielles au Canada (habilitée à agir comme « investisseur du Canada ») et d'une entreprise concurrente immatriculée en France ne faisant pas partie d'un groupe international ;
- d'une entreprise immatriculée au Canada, y exerçant des activités substantielles, mais contrôlée par des actionnaires français et d'une entreprise concurrente immatriculée en France et contrôlée par des actionnaires français.

Ces situations ne correspondent pas à des situations objectivement différentes dès lors que les entreprises réputées « du Canada » et les autres peuvent être concurrentes sur le territoire français, y exercer strictement les mêmes activités et opérer des « investissements » identiques en nature et en valeur.

³⁹ Cette notion « d'activités commerciales substantielles » fait l'objet d'une déclaration de la Commission dans le cadre du document « Déclarations à inscrire au Procès-verbal » en date du 27 octobre 2016. Toutefois, ce document n'a pas de force contraignante vis-à-vis du Canada dès lors qu'il n'est pas signataire de ce document.

Par ailleurs, la simple différence de nationalité de l'actionnaire d'une entreprise ne justifie pas une différence de traitement qui soit en rapport avec l'objet du Traité qui vise à « créer un marché élargi et sûr pour leurs marchandises et services par la réduction ou l'élimination d'obstacles au commerce et à l'investissement » et à « établir des règles claires, transparentes, prévisibles et mutuellement avantageuses pour régir leurs échanges commerciaux et leurs investissements ».

A cet égard, votre Conseil a déjà jugé par exemple que « le fait que l'État contrôle, directement ou indirectement, le capital de certaines sociétés d'économie mixte d'intérêt national et des sociétés filiales cocontractantes n'est pas de nature à placer celles-ci dans une situation justifiant une différence de traitement eu égard à l'objet de la loi »⁴⁰

De la même manière ici, l'objet du Traité ne justifie en rien de traiter par exemple différemment des entreprises déjà établies en France uniquement en raison de la nationalité de leurs actionnaires.

En tout état de cause, si l'objet direct du Traité pourrait justifier d'imposer aux Parties des obligations de traitement non discriminatoire des « investisseurs » de l'autre Partie (incluses aux articles 8.6 à 8.9 du Traité), celui-ci **ne justifie pas de leur octroyer un traitement significativement plus favorable que celui accordé aux « investisseurs nationaux »**.

D'ailleurs, l'Instrument interprétatif commun indique « L'AECG ne conduira pas à accorder un traitement plus favorable aux investisseurs étrangers qu'aux investisseurs nationaux ».

Cette déclaration montre donc bien que le traitement plus favorable qui est de facto accordé aux investisseurs « du Canada » est sans objet direct avec le Traité.

(iii) Les différences de traitement opérées par le Traité ne sont pas justifiées par des raisons d'intérêt général

Comme mentionné ci-dessus, votre Conseil admet que « le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général »⁴¹. Tout motif d'intérêt général n'est cependant pas, par principe, à même de justifier une différence de traitement⁴² : il doit exister un lien logique entre l'intérêt général précisément poursuivi par l'objet de la loi et la règle qui crée une différence de traitement.

S'agissant du Traité, aucun élément parmi ses stipulations, ses annexes ou les déclarations faites par les parties au cours des négociations ne vient corroborer l'existence d'un quelconque intérêt général justifiant une telle atteinte au principe d'égalité.

Bien au contraire, les avantages accordés aux « investisseurs du Canada » sont tout à fait **contraires à l'intérêt général** en ce qu'ils permettent à ces « investisseurs » de poursuivre l'Etat français pour dédommagement du fait de mesures nationales légitimes, légales et non-discriminatoires aux dépens de l'intérêt public et des contribuables qui doivent financer les indemnisations (non plafonnées) des « investisseurs ». Or, il n'est nullement démontré que ces « investisseurs » (qui en réalité n'ont même pas besoin d'avoir investi en France mais uniquement de montrer, par exemple, qu'ils cherchent à détenir des actions dans une

⁴⁰ Conseil constitutionnel, Décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, cons. 50.

⁴¹ Conseil constitutionnel, Décision n° 87-232 DC du 7 janvier 1988.

⁴² Conseil constitutionnel, Décision n° 83-162 DC du 20 juillet 1983.

entreprise française ou à acquérir un bien quelconque en France – cf. section 2.1 ci-dessus) présentent un apport particulier pour l'économie de l'Etat français.

Au surplus, la différence de traitement entre entreprises concurrentes immatriculées en France selon la nationalité des actionnaires qui les contrôlent ou leur appartenance ou non à un groupe international va à l'encontre de l'intérêt général et des objectifs du Traité puisque **cette différence donne lieu à des distorsions de concurrence majeures entre entreprises concurrentes** sur un marché en conférant sans aucune raison objective à certaines entreprises de droits et voies de recours que d'autres ne pourront utiliser.

*

Ainsi, en l'absence de différences de situation entre les « investisseurs nationaux » et les « investisseurs du Canada » et de lien direct entre la différence de traitement opérée par le Traité (notamment par les articles 8.10 à 8.13 et 8.18 à 8.25) entre ces types d'investisseurs () et l'objet du Traité, lesdits articles créent une discrimination entre les citoyens et entreprises et portent atteinte au principe constitutionnel d'égalité devant la loi.

4. Le Traité porte atteinte au principe de précaution

Le principe de précaution est issu de l'article 5 de la Charte de l'environnement de 2004 qui dispose : « *Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage* ».

Ces dispositions sont de nature constitutionnelle depuis la révision de la Constitution le 1^{er} mars 2005 qui inclut une référence expresse à la Charte de l'environnement dans son préambule. Le Conseil constitutionnel a fait une première application de la Charte de l'environnement (relative au principe de développement durable) dans sa décision du 28 avril 2005⁴³.

Votre Conseil a par la suite affirmé très clairement la valeur constitutionnelle du principe de précaution dans sa décision du 19 juin 2008⁴⁴ en jugeant que l'article 5 de la Charte de l'environnement « *comme l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement, ont valeur constitutionnelle ; qu'elles s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leur domaine de compétence respectif ; que, dès lors, il incombe au Conseil constitutionnel, saisi en application de l'article 61 de la Constitution, de s'assurer que le législateur n'a pas méconnu le principe de précaution et a pris des mesures propres à garantir son respect par les autres autorités publiques* ».

De même, au niveau européen, l'article 191 TFUE contraint l'Union à fonder sa politique dans le domaine de l'environnement sur « *les principes de précaution et d'action préventive* ».

⁴³ Conseil constitutionnel, décision n° 2005-514 DC du 28 avril 2005, cons. 35 à 38.

⁴⁴ Conseil constitutionnel, décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, cons. 18.

L'article 10 de la Charte de l'environnement énonce enfin qu'elle « *inspire l'action européenne et internationale de la France* ».

Or, non seulement le Traité ne contient aucune stipulation sur le principe de précaution « *propre à garantir son respect par les autres autorités publiques* » (4.1), mais il contient aussi plusieurs stipulations méconnaissant ce principe (4.2)

4.1 Le Traité ne contient aucune stipulation propre à garantir le respect du principe de précaution

Sur près de 1600 pages d'un accord qui intervient dans de nombreux domaines relatifs à l'environnement et qui contient un chapitre « Commerce et environnement » et institue un Comité chargé de ces sujets, **le Traité ne fait pas une seule fois référence au principe de précaution** ni dans les obligations pesant sur les Parties, ni dans le cadre des exceptions qu'elles peuvent faire valoir, ni même dans les réserves émises par l'Union européenne et ses Etats membres.

Cette omission constitue en soi une **atteinte au principe de précaution** et notamment à l'exigence rappelée par votre Conseil dans la décision précitée à l'égard des « *pouvoirs publics et [des] autorités administratives dans leur domaine de compétence respectif* » de prendre des « *mesures propres à garantir son respect par les autres autorités publiques* ».

En effet, au titre du Traité, **l'Etat français est privé de la faculté d'invoquer le principe de précaution**, par exemple pour justifier du non-respect d'une de ses obligations vis-à-vis du Canada devant un groupe spécial d'arbitrage ou vis-à-vis d'un « investisseur du Canada » devant le Tribunal.

Cette possibilité lui est d'autant plus refusée que les stipulations du Traité tendent à montrer que les rédacteurs du Traité ont volontairement soustrait celui-ci à l'application du principe de précaution. Non seulement il n'est pas fait référence au principe de précaution dans les exceptions (article 28.3 notamment), mais en outre l'article 24.8.2 (« Information scientifique et technique ») du Traité stipule :

« Les Parties reconnaissent que, en cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne sert pas de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures économiquement efficaces visant à prévenir la dégradation de l'environnement. »

Ainsi, cet article – qui se fonde sur une **hypothèse similaire à celle gouvernant le principe de précaution**, c'est-à-dire en substance, l'existence d'un risque grave et irréversible mais qui reste incertain en l'état des connaissances scientifiques – conduit à une **conclusion distincte de celle du principe de précaution** :

- le principe de précaution impose aux autorités publiques de veiller à mettre en œuvre des « *procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage* »,

- L'article 24.8.2, prévoit uniquement qu'une telle hypothèse « *ne sert pas de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures économiquement efficaces visant à prévenir la dégradation de l'environnement.* ».

Ainsi, **l'article 24.8.2 n'impose en réalité aucune obligation aux Parties, même en cas de risque grave et irréversible.** Cette stipulation du Traité ne leur ménage pas non plus la possibilité de suspendre certaines de leurs obligations du Traité pour prendre en compte les risques graves et irréversibles.

Cet article pourrait donc être interprété, notamment par le Comité mixte, le Comité sur le commerce et le développement durable, le Tribunal, un groupe spécial d'arbitrage ou un « groupe d'experts » institué par l'article 24.15, **comme un élément montrant que les Parties ont évoqué le principe de précaution sans le nommer expressément mais ont délibérément souhaité soustraire le Traité à ce principe.**

L'Etat français serait ainsi définitivement privé de la possibilité d'invoquer ce principe, ce qui est manifestement contraire à la Constitution.

Cette atteinte n'est pas de nature à être réparée par l'Instrument interprétatif commun ou par la déclaration de la Commission dans le document « Déclarations à inscrire au procès-verbal du Conseil » du 27 octobre 2016. En effet :

- L'Instrument interprétatif commun ne fait aucune référence au principe de précaution et se borne à affirmer « *L'Union européenne et ses États membres, d'une part, et le Canada, d'autre part, réaffirment les engagements qu'ils ont pris en matière de précaution dans le cadre d'accords internationaux.* ».

Une telle déclaration, loin de présenter une garantie pour l'Etat français, constitue au contraire un élément additionnel tendant à montrer que les Parties au Traité ont volontairement soustrait le Traité à l'application de ce principe puisque la « précaution dans le cadre d'accords internationaux » **s'interprète de manière totalement distincte voire contraire au principe de précaution en droit français et européen** (comme développé dans la section 4.2 ci-après).

- S'agissant du document « Déclarations à inscrire au procès-verbal du Conseil » du 27 octobre 2016, il contient la déclaration suivante de la Commission européenne :

« La Commission confirme que l'AECG préserve la faculté de l'Union européenne et de ses États membres d'appliquer leurs principes fondamentaux régissant les activités de réglementation. Pour l'Union européenne, ces principes incluent ceux que prévoient le traité sur l'Union européenne (TUE) et le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et, en particulier, le principe de précaution énoncé à l'article 191 et pris en compte à l'article 168, paragraphe 1, et à l'article 169, paragraphes 1 et 2, du TFUE.

Par conséquent, la Commission confirme qu'aucune disposition de l'AECG n'empêche l'application du principe de précaution dans l'Union européenne, conformément au TFUE ».

D'une part, cette déclaration unilatérale de la Commission n'a **pas de valeur contraignante** à l'égard du Canada, de ses « investisseurs » et des différents tribunaux

et organes institués par le Traité faute d'être reprise dans le Traité ou acceptée par le Canada.

D'autre part et en tout état de cause, on remarquera que la Commission se contente d'affirmer que « *aucune disposition de l'AECCG n'empêche l'application du principe de précaution dans l'Union européenne* », sans aucune référence à la possibilité d'invoquer ce principe à l'égard du Canada, de ses « investisseurs » et des différents organes institués par le Traité.

Au vu de ce qui précède, il n'est pas sérieusement contestable que le Traité **porte atteinte à l'exigence pour les pouvoirs publics de prendre des « mesures propres à garantir » le respect du principe de précaution « par les autres autorités publiques ».**

4.2 Le Traité contient en outre plusieurs stipulations méconnaissant le principe de précaution

Le chapitre 5 du Traité concernant les mesures sanitaires et phytosanitaires ne fait aucune référence au principe de précaution mais renvoie en revanche aux règles de l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires, figurant à l'annexe 1A de l'Accord sur l'OMC (« l'Accord SPS »).

Or, cet accord non seulement ne reconnaît pas le principe de précaution mais repose également sur une approche « scientifique » de l'analyse des risques, qui entre en contradiction avec ce principe. Il prévoit ainsi :

« Les Membres feront en sorte que leurs mesures sanitaires ou phytosanitaires soient établies sur la base d'une évaluation, selon qu'il sera approprié en fonction des circonstances, des risques pour la santé et la vie des personnes et des animaux ou pour la préservation des végétaux, compte tenu des techniques d'évaluation des risques élaborées par les organisations internationales compétentes » (article 5.1) [...]

« Dans les cas où les preuves scientifiques pertinentes seront insuffisantes, un Membre pourra provisoirement adopter des mesures sanitaires ou phytosanitaires sur la base des renseignements pertinents disponibles, y compris ceux qui émanent des organisations internationales compétentes ainsi que ceux qui découlent des mesures sanitaires ou phytosanitaires appliquées par d'autres Membres. Dans de telles circonstances, les Membres s'efforceront d'obtenir les renseignements additionnels nécessaires pour procéder à une évaluation plus objective du risque et examineront en conséquence la mesure sanitaire ou phytosanitaire dans un délai raisonnable. » (article 5.7)

Sur ce fondement, **des réglementations de l'Union européenne justifiées par l'application du principe de précaution ont déjà été contestées, notamment par le Canada.** Dans ces affaires l'Organe de règlement des différends (l'ORD) de l'OMC à Genève a jugé les obstacles à l'importation dans l'Union européenne de viande de bœuf produite à l'aide d'hormones de croissance⁴⁵, et le régime communautaire d'autorisation des OGM⁴⁶

⁴⁵ Voir : Rapport du Groupe spécial de l'OMC du 18 août 1997, Communautés européennes – Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones), WT/DS26/R/USA, points 8.157 à 8.159 pages 239 à 240) ; Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC du 16 janvier 1998, Communautés européennes — Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones), WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R.; Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, États-Unis — Maintien de la suspension d'obligations dans le différend

incompatibles avec l'Accord SPS en rejetant l'invocation du principe de précaution par l'Union européenne.

Le Traité semble ainsi faire renvoi à ce type de sentences contraires au principe de précaution et fait d'ailleurs une référence expresse à l'article 25.2 du Traité au différend entre l'Union européenne et le Canada devant l'OMC au sujet des OGM.

Par ailleurs, le Traité contient d'autres stipulations susceptibles de faire échec au principe de précaution, notamment :

- Le Chapitre 4 sur les Obstacles techniques au commerce qui incorpore l'Accord sur les obstacles techniques au commerce, figurant à l'annexe 1A de l'Accord sur l'OMC (Accord OTC) dans le Traité en vertu de l'article 4.2. Or, dans ce domaine également, la portée de la reconnaissance du principe de précaution dans le droit de l'OMC est incertaine, en l'absence de jurisprudence.
- Le Chapitre 21 sur la coopération règlementaire qui s'étend dès l'élaboration des nouvelles normes et couvre toutes les réglementations qui pourraient avoir des effets sur le commerce et vise notamment « l'Accord OTC, l'Accord SPS, le GATT de 1994, l'AGCS et les chapitres Quatre (Obstacles techniques au commerce), Cinq (Mesures sanitaires et phytosanitaires), Neuf (Commerce transfrontières des services), Vingt-deux (Commerce et développement durable), Vingt-trois (Commerce et travail) et Vingt-quatre (Commerce et environnement) ».

Or, rien dans le Traité ne garantit que le principe de précaution soit pris en compte dans l'approche règlementaire. En effet, l'article 21.2 stipule :

« 1. Les Parties confirment leurs droits et obligations relatifs aux mesures réglementaires au titre de l'Accord OTC, de l'Accord SPS, du GATT de 1994 et de l'AGCS.

2. Les Parties s'engagent à assurer des niveaux élevés de protection de la vie et de la santé des personnes et des animaux, de préservation des végétaux et de protection de l'environnement en conformité avec l'Accord OTC, l'Accord SPS, le GATT de 1994, l'AGCS et le présent accord. »

Le Traité entend ainsi inscrire les « droits et obligations [des Parties] relatifs aux mesures réglementaires » et leurs engagements « à assurer des niveaux élevés de protection de la vie et de la santé des personnes et des animaux, de préservation des végétaux et de protection de l'environnement » **dans le cadre de traités internationaux qui ne reconnaissent pas, voire fragilisent le principe de précaution.**

5. Les conditions de dénonciation du Traité et de son application provisoire portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale

CE — Hormones, WT/DS320/AB/R. Ces documents sont disponibles au lien suivant : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds26_f.htm

⁴⁶ Voir : Rapport du Groupe spécial de l'OMC, Communautés européennes — Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R; disponible au lien suivant : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds291_f.htm.

Au titre du Traité, il n'est pas certain que l'Etat français aura la faculté de dénoncer unilatéralement le Traité tant s'agissant de l'application provisoire (5.1) que de l'application définitive (5.2), ce qui constitue une nouvelle atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale.

5.1 La faculté de l'Etat français à dénoncer unilatéralement l'application provisoire du Traité n'est pas certaine

Aux termes de la décision du Conseil de l'Union européenne du 28 octobre 2016⁴⁷, le Traité est appliqué à titre provisoire « *dans l'attente de l'achèvement des procédures nécessaires à sa conclusion* », à l'exclusion de certaines stipulations du Traité (en particulier celles concernant l'institution du mécanisme de règlement des différends au bénéfice des investisseurs).

S'agissant de la faculté de dénonciation de l'application provisoire, l'article 30.7.3 c) du Traité stipule : « *Une Partie peut mettre fin à l'application provisoire du présent accord par un avis écrit à l'autre Partie. L'application provisoire prend fin le premier jour du deuxième mois suivant cette notification* ».

Toutefois, **la capacité pour l'Etat français à se prévaloir de cet article pour dénoncer unilatéralement l'application provisoire du Traité n'est pas garantie**. En effet :

- L'utilisation du terme « Partie » à l'article 30.7.3 c) soulève un doute sur la personne pouvant mettre fin à l'application provisoire du Traité en vertu de cet article, au regard de la définition du mot « Parties » à l'article 1.1 du Traité qui stipule :

« Parties désigne, d'une part, l'Union européenne ou ses États membres ou l'Union européenne et ses États membres dans leurs domaines de compétence respectifs prévus par le traité sur l'Union européenne et le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après dénommés la "Partie UE") et, d'autre part, le Canada ».

Sur la base de cette définition, il n'est pas possible de déterminer si l'article 30.7.3 c) fait référence à l'Union européenne, aux Etats membres ou aux deux. Aussi, **il n'est pas certain que l'Etat français seul puisse être considéré comme une Partie au sens de l'article 30.7.3 c) et mettre fin unilatéralement à l'application provisoire du Traité**.

- Cette incertitude n'est pas levée par la déclaration (n°20) du Conseil de l'Union Européenne qui affirme : « *Si la ratification de l'AECG échoue de façon définitive en raison d'une décision prononcée par une Cour constitutionnelle, ou à la suite de l'aboutissement d'un autre processus constitutionnel et d'une notification officielle par le gouvernement de l'État concerné, l'application provisoire devra être et sera dénoncée. Les dispositions nécessaires seront prises conformément aux procédures de l'UE* »⁴⁸. Ainsi, cette déclaration requiert que « *la ratification de l'AECG échoue de façon définitive* » pour que l'application provisoire soit dénoncée.

⁴⁷ Décision (UE) 2017/38 du Conseil du 28 octobre 2016 relative à l'application provisoire de l'accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, JOUE du 14 janvier 2017, L11.1080.

⁴⁸ « Déclarations à inscrire au procès-verbal du Conseil » du 27 octobre 2016.

Par ailleurs, la référence aux « procédures de l'UE » laisse entendre que la Décision du Conseil du 28 octobre 2016 sur l'application provisoire devra être dénoncée, non pas par un Etat membre seul mais **par une nouvelle décision à l'unanimité du Conseil**, sur proposition de la Commission.

A cet égard, on peut noter que la Cour constitutionnelle allemande a jugé dans sa décision du 13 octobre 2016⁴⁹ que l'interprétation de l'article 30.7.3 c) ne paraissait pas faire autorité entre les Parties et a donc jugé que le Gouvernement Fédéral Allemand devait déclarer, d'une manière ayant une valeur en droit international son interprétation de cet article et notifier son interprétation à l'autre Partie.

Or, on peut relever que l'Etat français n'a pas effectué ni notifié à l'Etat du Canada une telle déclaration.

En outre, même en cas de dénonciation de l'application provisoire du Traité, au titre de l'article 30.9.2, **l'Etat français restera tenu pendant 20 ans par ses obligations envers les « investisseurs » qui font dorénavant l'objet de l'application provisoire⁵⁰**, à savoir l'article 8.4 (relatif à l'accès au marché), l'article 8.5 (relatif à l'interdiction de « prescription de résultats »), l'article 8.6 (relatif au traitement national), l'article 8.7 (relatif au Traitement de la nation la plus favorisée), l'article 8.8 (relatif au Dirigeants et conseils d'administration), l'article 8.13 (relatif aux transferts), l'article 8.16 (relatif au Refus d'accorder des avantages).

Même si les « investisseurs » ne pourront pas invoquer directement ses obligations de l'Etat français à leur égard (puisque les articles instituant le Tribunal ne sont pas inclus dans l'application provisoire), leurs demandes pourront être portées par l'Etat du Canada dans le cadre des procédures de règlement de différends entre Etats (au titre du Chapitre 29 du Traité).

Ainsi, alors que l'application provisoire du Traité porte dorénavant sur un champ très large qui touche des domaines relevant de la compétence des Etats membres, l'Etat français n'est pas assuré d'avoir la faculté à dénoncer unilatéralement l'application provisoire du Traité et sera en tout état de cause lié par des obligations qui y figure pendant 20 ans.

⁴⁹ Voir communiqué de presse (en anglais) de la Cour constitutionnelle fédérale allemande (disponible au lien suivant : <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2016/bvg16-071.html>), selon lequel : « *cc* If, contrary to the assumption of the Senate, the Federal Government should not be able to, or foreseeably will not be able to, undertake the courses of action it had proposed in order to avoid a potential ultra-vires act or a violation of the constitutional identity of the Basic Law (Art. 79 sec. 3 GG), it has, as a final resort, the possibility of terminating the provisional application of the Agreement for the Federal Republic of Germany by means of written notification (Art. 30.7 sec. 3 lit. c CETA). **This interpretation of the norm, however, does not appear to be authoritative. However, the Federal Government has stated that it is correct. It must therefore declare, in a manner that has bearing in international law, that this is its understanding and notify the other parties to the Agreement accordingly** ».

⁵⁰ On peut noter à cet égard que lors du projet de décision du Conseil sur l'application provisoire du Traité du 13 septembre 2016 (disponible au lien suivant : <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5367-2016-INIT/fr/pdf>), le champ d'application devait être plus réduit et notamment exclure toute application du Chapitre Huit relatif aux investissements. Toutefois le champ de l'application provisoire a finalement été considérablement élargi. De la même manière l'article 30.9.2 a été modifié pour supprimer une exception qui visait à exclure l'application provisoire du champ d'application de cet article.

5.2 La faculté de l'Etat français à dénoncer unilatéralement le Traité après son entrée en vigueur pleine et définitive n'est pas non plus certaine

L'article 30.9.1 du Traité prévoit « *Une Partie peut dénoncer le présent accord en donnant un avis écrit d'extinction [...]* ».

Pour les raisons exposées précédemment, l'utilisation du terme « Partie » à l'article 30.9.1 soulève un doute sur la personne pouvant dénoncer le Traité et si l'article s'applique aux Etats membres.

En tout état de cause, même en cas de dénonciation du Traité, l'article 30.9.2 stipule « *dans l'éventualité de l'extinction du présent accord, les dispositions du chapitre Huit (Investissement) restent en vigueur pendant une durée de 20 ans après la date d'extinction du présent accord, en ce qui concerne les investissements effectués avant cette date* ».

Cette clause **fait échec à toute dénonciation effective** de la part de l'Etat français puisque pendant **20 ans** après la dénonciation du Traité, les « investisseurs » continueront à pouvoir se prévaloir de l'ensemble de leurs droits spéciaux qui leur sont conférés au titre du Chapitre Huit du Traité, qu'ils pourront continuer à invoquer devant le tribunal d'exception institué par le Traité et qui continuera à exister pendant toute la période.

*

Ainsi, l'Etat français ne dispose pas de la faculté de dénoncer unilatéralement ses engagements au titre du Traité y compris au titre de l'application provisoire de celui-ci.

Or, votre Conseil a jugé dans sa décision du 13 octobre 2005 relative à la peine de mort⁵¹ que :

« porte atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale l'adhésion irrévocable à un engagement international touchant à un domaine inhérent à celle-ci ».

Votre Conseil a ainsi jugé le deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, portait atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale en ce qu'il lierait irrévocablement la France.

De la même manière, les conditions de dénonciation du Traité et de son application provisoire porte atteinte aux conditions d'exercice de la souveraineté nationale.

Soucieux que ces questions soient tranchées en droit, les députés auteurs de la présente saisine demandent donc au Conseil constitutionnel de se prononcer sur ces points et tous ceux qu'il estimera pertinents eu égard à la compétence et aux fonctions que lui confère la Constitution.

⁵¹ Conseil constitutionnel, Décision n° 2005-524/525 DC du 13 octobre 2005, cons. 5.