



EUROPEAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW

Conference Paper Series

Conference Paper No. 6/2019

*2019 ESIL Annual Research Forum, Göttingen
4-5 April 2019*

*“The Rule of Law in International and Domestic Contexts
Synergies and Challenges”*

La coopération réglementaire dans le CETA: Application de la théorie du droit public international

Cédric Henet

Editors:

Pierre d'Argent (University of Louvain)
Christina Binder (University of Vienna)
Photini Pazartzis (National and Kapodistrian University of Athens)

Editors' Assistant:

Katerina Pitsoli (Swansea University & Université Grenoble-Alpes)

Cédric Henet

La coopération réglementaire dans le CETA: Application de la théorie du droit public international

Abstrait:

Les dispositions qui visent à la réduction des obstacles non tarifaires et notamment des divergences réglementaires constituent la principale innovation du CETA et celle qui présente les gains économiques potentiels les plus importants. Pour promouvoir la compatibilité et la convergence de leurs réglementations, l'Union européenne et le Canada ont ainsi établi des mécanismes de coopération qui pour la première fois intègrent l'application d'instruments et de pratiques de bonne politique réglementaire au sein d'un traité commercial et créent un cadre institutionnel permanent, destiné à encadrer et promouvoir cette coopération. Bien qu'ils ne modifient pas directement les procédures législatives et réglementaires de l'UE et de ses Etats membres et sont présentés comme volontaires, ces mécanismes de coopération réglementaire figurant dans les accords commerciaux dits de nouvelle génération, tels que le CETA, inquiètent la société civile européenne. Celle-ci craint notamment que ces mécanismes ne portent atteinte aux principes démocratiques et notamment à l'autonomie réglementaire des Etats parties et à leur faculté de protéger, voire de rendre plus contraignantes, les normes de sécurité, de santé, sociales ou environnementales. La présente prend au sérieux ces craintes et tend à y répondre par une analyse descriptive puis évaluative des dispositions du CETA sur la coopération réglementaire. L'analyse procède par ailleurs d'une application du cadre analytique développé par le Max Planck Institute for Comparative Public and International Law dans le cadre de l'établissement de la théorie du droit public international.

Mots-clés: CETA, Coopération réglementaire, démocratie, légitimité, société civile, droit public international.

Informations sur l'auteur:

Doctorant à l'UCLouvain, Belgique. Avant cela, il travaillait pendant quatre ans comme avocat en droit public à Bruxelles. Ses recherches portent sur le droit économique international et plus particulièrement sur la légitimité des mécanismes de coopération réglementaire inclus dans les récents ALE de l'UE.

E-mail: cedric.henet@uclouvain.be

Regulatory cooperation in CETA: Application of the theory of public international law

Abstract:

The provisions aiming at reducing non-tariff barriers and notably regulatory differences are the main innovation in CETA and the one that presents most important economic gains. In order to promote compatibility and convergence of their regulations, the EU and Canada have established cooperation mechanisms that, for the first time, integrate guidelines regarding good regulatory policies within a trade agreement but also set up permanent institutional schemes with the objective of facilitating and promoting regulatory cooperation between the parties. Even though these regulatory cooperation mechanisms included in the new generation of trade agreements such as CETA, do not modify directly the legislative and regulatory procedures of the EU and its Members states and are presented as voluntary for the parties, the European civil society is very much concerned about them. It fears that these mechanisms will endanger European democratic principles and restrict the regulatory autonomy of the parties and notably their right to adopt rules in order to follow socio-environmental objectives. This article aims at taking these worries seriously and putting forward an analysis of the regulatory cooperation provisions within CETA which is firstly descriptive and then evaluative. This analysis follows the framework established by the Max Planck Institute for Comparative Public and International Law in the context of the development of an international public law theory.

Keywords: CETA, Regulatory Cooperation, Democracy, Legitimacy, Civil Society, International Public Law.

Author Information:

PhD researcher at UCLouvain, Belgium. Before that, he has been working for four years as a Public Law attorney in Brussels. His researches focus on International Economic Law and more specifically on the legitimacy of regulatory cooperation mechanisms included in recent EU FTAs.

E-mail: cedric.henet@uclouvain.be

Table of Contents

I. Introduction	4
II. Le cadre d'analyse et d'évaluation	5
III. La coopération réglementaire dans le CETA. Description et Analyse.....	7
A. Chapitre horizontal sur la coopération réglementaire et sa mise en œuvre.....	8
1. Portée	8
2. Objectifs et principes	9
3. Activités liées à la coopération réglementaire et compatibilité des réglementations	10
4. Le FCR: fonctions et composition	11
B. OTC plus et SPS plus : principes et institutions	12
C. Comité mixte du CETA : fonctions, composition et étendue de son pouvoir décisionnel	144
D. Règlement des différends	147
E. Autonomie réglementaire des Parties	17
F. Mise en œuvre au niveau européen	20
IV. La légitimité des mécanismes de coopération réglementaire	21
A. Le principe de démocratie en droit de l'UE	222
B. Application au CETA	225
1. Représentation	25
2. Participation, transparence et contrôle	28
V. Conclusion.....	31

I. Introduction

En avril 2009, la Commission européenne a été autorisée par le Conseil à négocier, au nom de l'Union européenne (UE) et de ses Etats membres, un accord d'intégration économique avec le Canada. Après plus de sept années de négociations, l'accord économique et commercial global (AECG, mieux connu sous son acronyme anglais CETA) a été signé par le Conseil, la Commission européenne et le Gouvernement du Canada, puis soumis aux Parlements canadiens et européen. Ce dernier l'a approuvé en février 2017, ouvrant la voie à son application provisoire depuis le mois de septembre 2017. Le CETA étant considéré comme un accord « mixte » au sens du droit européen, il doit toutefois encore être ratifié par plusieurs des Etats membres de l'UE, conformément à leurs droits publics respectifs.

Les dispositions qui visent à la réduction des obstacles non tarifaires et notamment des divergences réglementaires constituent l'une des principales innovations du CETA et celle qui présente les gains économiques potentiels les plus importants. Afin de promouvoir la convergence et compatibilité de leurs réglementations, l'UE et le Canada ont choisi de mettre en place des mécanismes de coopération qui pour la première fois intègrent l'application d'instruments et de pratiques de bonne politique réglementaire au sein d'un traité commercial et créent un cadre institutionnel permanent, destiné à encadrer et promouvoir cette coopération. Le dialogue ainsi institutionnalisé vise en premier lieu à encourager une prise de conscience de la part des régulateurs européens et canadiens quant à l'incidence extraterritoriale de leurs réglementations et si possible à la réduction des divergences réglementaires pouvant être considérées comme inutiles et contraires aux échanges commerciaux entre l'UE et le Canada.

Bien qu'elle ne modifie pas directement les procédures législatives et réglementaires du Canada, de l'UE et de ses Etats membres (les Parties) et est présentée comme volontaire¹, la coopération réglementaire figurant dans les accords commerciaux dits de « nouvelle génération », tels que le CETA, inquiète la société civile principalement européenne^{2 3}. Celle-ci considère en effet que ses points de vue et intérêts ne sont pas suffisamment pris en compte. Et ceci, aussi bien lorsqu'est

¹ Art. 21.2.6 du CETA.

² V. par exemple : Italie https://medium.com/@frackfree_eu/ceta-secret-committee-on-pesticides-meets-in-ottawa-on-march-26-27-8769244007f8 ; CNCD 11.11.11 (Belgique) <https://www.cncd.be/Les-desequilibres-du-CETA> ; Institut Veblen (France) https://www.veblen-institute.org/IMG/pdf/dp_ceta_20-09-2018_iv_fnh.pdf ; Greenpeace <https://www.greenpeace.org/eu-unit/issues/democracy-europe/880/ceta-threatens-food-safety-even-before-national-parliaments-sign-off>.

³ Pour quelques analyses critiques de la coopération réglementaire dans les traités de nouvelle génération, v. not. S. Krstić, "Regulatory Cooperation to Remove Non-Tariff Barriers to Trade in Products: Key Challenges and Opportunities for the Canada-EU Comprehensive Trade Agreement (CETA)", *LIEI*, 2012; A. Alemanno, "The Regulatory Cooperation Chapter of the Transatlantic and Investment Partnership: Institutional Structures and Democratic Consequences", *JIEL*, 18, 2015, pp. 625-640; A. Meuwese, "Constitutional Aspects of Regulatory Coherence in TTIP: An EU Perspective", *Law and Contemporary Problems*, n° 4, 2015; M. Bartl, "Making Transnational Markets: The Institutional Politics Behind the TTIP", *Amsterdam Law School Research Paper* n° 2016-64; R. O'Brien, "Moving Regulation out of Democratic Reach: Regulatory Cooperation in CETA and its Implications", *Working Paper Reihe der AK Wien*, n° 158, 2016; E. Trujillo, "Regulatory Cooperation in International Trade and Its Transformative Effects on Executive Power", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 25, 2018, pp. 365-412.

prise la décision d'entamer des négociations commerciales, qu'au cours de celles-ci et dans le fonctionnement des mécanismes de coopération réglementaire une fois le traité conclu. Nombreux sont également les citoyens, associations et académiques qui demeurent méfiants, malgré les déclarations de la Commission européenne, quant à l'absence d'atteinte, par ces traités et la coopération réglementaire qu'ils organisent, aux principes démocratiques et notamment à l'autonomie réglementaire des Etats parties et à leur faculté de maintenir, voire de rendre plus contraignantes, leurs normes de sécurité, de santé, sociales ou encore environnementales. L'ensemble de ces craintes invitent à questionner la légitimité de ces mécanismes de coopération réglementaire qui interviennent en amont des procédures réglementaires et législatives « traditionnelles » des Parties.

La présente contribution prend au sérieux ces craintes et tend à y répondre par une analyse descriptive (III) puis évaluative (IV) des dispositions du CETA sur la coopération réglementaire. L'analyse porte sur le texte du CETA mais tient également compte de la première année d'application de ses dispositions et notamment des premières réunions des divers comités institués par le CETA⁴. Elle procède par ailleurs d'une application du cadre analytique développé par le *Max Planck Institute for Comparative Public and International Law* dans le cadre de l'établissement de la théorie du droit public international (*International Public Law*)⁵ (II). Une attention particulière est par conséquent accordée au cours de l'analyse aux acteurs et institutions impliqués dans l'application des mécanismes de coopération réglementaire, à leur statut, à la transparence de leurs activités et processus décisionnels et enfin à la nature des instruments qui en résultent.

II. Le cadre d'analyse et d'évaluation

Examiner la coopération réglementaire dans le CETA sous le prisme de la théorie du droit public international, requiert au préalable de brièvement préciser l'origine, les principes et limites de cette théorie, pour vérifier ensuite si la coopération réglementaire rentre dans son champ d'application.

Constatant les faiblesses du concept de gouvernance globale pour une analyse juridique de l'activité des institutions internationales, une équipe d'académiques et de chercheurs du *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law*, dirigée par Armin von Bogdandy, a entrepris de développer une théorie du droit public international en invitant les juristes à penser l'activité des institutions internationales à la lumière de critères et de principes juridiques qui, pour autant qu'ils soient respectés, en garantiraient non seulement la légalité mais aussi la légitimité.⁶

⁴ Pour un aperçu des documents publiés par la Commission européenne en application du CETA, voir : <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1811>.

⁵ A. von Bogdandy, R. Wolfrum, J. van Bernstorff, Ph. Dann et M. Goldmann (eds.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions. Advancing International Institutional Law*, 2010, Springer et en particulier A. von Bogdandy, Ph. Dann et M. Goldmann "Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities", pp. 3-32 ; A. von Bogdandy, M. Goldmann et I. Venzke, "From Public International to International Public Law: Translating World Public Opinion into International Public Authority", *EJIL*, vol. 28, n° 1, 2017, 115-145.

⁶ A. von Bogdandy, M. Goldmann et I. Venzke (2017), p. 116.

L'objet du droit international public est « l'exercice de l'autorité publique internationale », concept englobant tout acte de gouvernance (i) posé par une institution internationale qu'elle soit administrative ou intergouvernementale, (ii) qui a une incidence sur des individus, des associations privées, entreprises privées ou publiques, ou des Etats, et (iii) qui tend à participer à la définition de l'intérêt général ⁷.

On notera que le concept d'exercice de l'autorité publique internationale ne tient pas compte de la distinction entre droit obligatoire et non-obligatoire (« soft law ») et inclut donc les deux types de règles dans son champ d'application.

En ce qui concerne les actes posés par les institutions établies par le CETA pour mettre en œuvre la coopération réglementaire entre l'UE et le Canada, ils ont une incidence directe sur les Parties, en particulier sur leurs instances législatives et réglementaires, et donc aussi indirectement sur leurs concitoyens et entreprises. La raison d'être des mécanismes de coopération réglementaire est en effet d'encadrer l'activité réglementaire et législative des Parties, ce qui participe inévitablement à la façon dont celles-ci définissent l'intérêt général et notamment l'équilibre délicat entre accroissement des échanges commerciaux et poursuite d'objectifs non économiques. Les décisions et recommandations adoptées par les institutions créées par le CETA, de même que les procédures qui les précèdent, peuvent concerner aussi bien la sécurité alimentaire, que la protection de l'environnement, des consommateurs, des travailleurs ou la reconnaissance des qualifications professionnelles. Elles ne procèdent pas de la simple application de dispositions contenues dans le CETA, mais créent des nouvelles règles, éventuellement obligatoires, et faisant partie après leur adoption de l'accord (v. *infra*). Elles procèdent ainsi de l'exercice par ces institutions de l'« autorité publique internationale », telle que définie par le *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law*⁸, et rentrent ainsi pleinement dans le champ d'application de la théorie du droit public international.

Pour les fondateurs de cette théorie, l'absence de critères légaux applicables à l'exercice par les institutions internationales de l'autorité publique est à l'origine d'une situation dans laquelle, bien que souvent considéré comme illégitime par l'opinion publique, cet exercice ne peut être déclaré illégal. Or, l'essence même du droit public est d'essayer de réconcilier légalité et légitimité, et ainsi d'autoriser à présupposer qu'un acte légal est en principe aussi légitime.

Tenant compte de l'absence de « peuple » global et du pluralisme qui prévaut au niveau international, y compris lorsqu'il s'agit de définir des standards de légitimité, les défenseurs de la théorie du droit public international proposent une « constitutionnalisation interne »⁹ pour tenter d'établir ces standards au cas par cas. Celle-ci se fonde sur le texte fondateur de l'institution internationale concernée, enrichi par une lecture progressiste d'autres accords internationaux

⁷ A. von Bogdandy, M. Goldmann et I. Venzke (2017), p. 117.

⁸ V. également en ce sens, W. Weiß, "Delegation to treaty bodies in EU agreements: constitutional constraints and proposals for strengthening the European Parliament", *European Constitutional Law Review*, 14, 2018, p. 534.

⁹ A. von Bogdandy, "General Principles of International Public Authority: Sketching a Research Field", dans A. von Bogdandy, R. Wolfrum, J. van Bernstorff, Ph. Dann et M. Goldmann (eds.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions. Advancing International Institutional Law*, 2010, Springer, p. 746.

pertinents et, le cas échéant, du droit interne des Etats parties. Cette approche se distingue de la constitutionnalisation des traités internationaux, qui pourrait se faire par exemple par le biais des principes de primauté et d'effet direct que l'on retrouve en droit de l'UE. La constitutionnalisation interne proposée par le *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law* est également plus limitée qu'une constitutionnalisation du traité international lui-même, dans la mesure où la première ne remet pas en question le rapport hiérarchique entre droits internes, notamment constitutionnels, et droit international.

L'approche proposée est par ailleurs fondamentalement pluraliste. Se fondant en premier lieu sur le texte constitutif de l'institution internationale, elle ne prétend nullement fournir des principes uniformes qui seraient applicables à tout exercice d'autorité publique par une institution internationale. Au contraire, cette approche se veut souple et à géométrie variable, pour tenir compte de la diversité de ces institutions, mais aussi comparative dans la mesure où elle invite à prendre en considération les principes issus par exemple du droit constitutionnel national et européen, ou encore du droit institutionnel international. Dans un article récent, Armin von Bogdandy, Matthias Goldmann et Ingo Venzke insistent également, dans le cadre de l'application de la théorie du droit public international, sur l'attention qu'il convient d'accorder aux craintes et préoccupations de la société civile par rapport non seulement à la montée en puissance des institutions internationales mais aussi à leur légitimité, compte tenu du rôle notamment législatif et réglementaire que ces institutions sont amenées à jouer¹⁰. C'est ce que nous tenterons de faire dans le cadre de la présente contribution (4), après avoir décrit et analysé les dispositions du CETA relatives à la coopération réglementaire, les comités qui y participent et les normes qui peuvent en résulter (3).

III. La coopération réglementaire dans le CETA. Description et Analyse

Entendue au sens large, la coopération réglementaire est abordée à plusieurs endroits dans le CETA. La partie la plus innovante est sans doute le chapitre 21, qui établit un cadre procédural et institutionnel inédit devant permettre une coopération permanente et renforcée en matière de réglementations ; la croyance étant que la convergence en termes de procédures pourrait induire une convergence en termes de contenu¹¹. Au chapitre 21 du CETA, intitulé « Coopération en matière de réglementations », on retrouve les dispositions générales et horizontales sur la coopération réglementaire, les principaux engagements des Parties en la matière et le cadre institutionnel devant permettre sa mise en œuvre. Outre ce chapitre, sont également incorporés au CETA les principes clés des accords de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) sur les obstacles techniques au commerce (OTC) ainsi que sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS)¹². Ces principes sont complétés par des dispositions spécifiques qui visent (i) à encourager

¹⁰ A. von Bogdandy, M. Goldmann et I. Venzke (2017), p. 117.

¹¹ V. à propos de mécanismes similaires dans le TTIP : A. Alemanno (2015), p. 600.

¹² Chapitre 4 pour ce qui concerne les obstacles techniques au commerce et chapitre 5 pour les mesures sanitaires et phytosanitaires.

la coopération réglementaire dans ces matières (OTC plus et SPS plus) et (ii) à favoriser la compatibilité des règlements techniques et mesures SPS ainsi que la reconnaissance mutuelle des procédures d'accréditation et de certification. Plusieurs autres chapitres du CETA (sur les services financiers (13), le commerce électronique (16), le développement durable (22), ou encore le travail (23)) comportent aussi des dispositions éparées qui encouragent la coopération et la convergence réglementaires dans leurs domaines d'application respectifs. Sont enfin annexés au CETA des accords qui contiennent notamment des engagements en matière de coopération réglementaire pour certains secteurs de biens et de services spécifiques¹³.

La mise en œuvre de la coopération réglementaire est confiée à plusieurs comités spécialisés, principalement composés de représentants de la Commission européenne, du Gouvernement canadien et du personnel compétent des régulateurs européens et canadiens. Ces comités spécialisés sont chapeautés par le Comité mixte du CETA, qui est notamment habilité à adopter les projets de décisions soumis par les comités spécialisés. Le Comité mixte ayant la possibilité à la fois d'établir des comités spécialisés ou d'en dissoudre, et de modifier les tâches qui leur sont assignées¹⁴, le schéma institutionnel analysé ci-après pourrait être amené à évoluer.

Dans le cadre de la présente analyse, sont présentés tout d'abord les principes, engagements et institutions du chapitre 21 sur la coopération en matière de réglementations (A). Nous abordons ensuite brièvement le régime des chapitres sur les OTC et les mesures SPS ainsi que les institutions sur lesquelles ils reposent (B) et enfin le Comité mixte, ses fonctions et sa composition (C), l'applicabilité de la procédure de règlement des différends à la coopération réglementaire (C) et les principales voies de mise en œuvre des résultats de la coopération réglementaire pour l'UE (D).

A. Chapitre horizontal sur la coopération réglementaire et sa mise en œuvre

1. Portée

Le chapitre 21 s'applique « *aux aspects liés au développement, à l'examen et à la méthodologie des mesures réglementaires prises par les autorités de réglementation des Parties* »¹⁵, et donc aussi bien aux mesures législatives que non législatives, peu importe l'autorité qui les adopte. Il n'y a aucune restriction *ex ante* quant aux mesures qui tombent dans le champ d'application des mécanismes de coopération réglementaire du chapitre 21¹⁶.

Ceux-ci concernent à la fois les réglementations existantes, en projet ou futures des Parties, et notamment celles qui seraient spécifiquement visées dans d'autres chapitres de l'accord tels que

¹³ Cf. Annexe 4 - A - Coopération dans le domaine de la réglementation des véhicules automobiles ; Annexe 5 - E - Reconnaissance des mesures sanitaires et phytosanitaires et le Protocole de reconnaissance mutuelle des résultats de l'évaluation de la conformité.

¹⁴ Art. 26.1.5. g) et h) du CETA.

¹⁵ Article 21.1 du CETA.

¹⁶ Sous réserve de la précision figurant à l'article 1.9 du CETA selon laquelle l'eau ne constituant ni un produit ni une marchandise elle n'est soumise qu'aux chapitres sur le développement durable et sur l'environnement.

ceux sur les OTC, les mesures SPS, le commerce transfrontière de services, le développement durable, le travail ou l'environnement.

2. Objectifs et principes

La coopération réglementaire dans le CETA tend à :

- « a) prévenir et éliminer les obstacles inutiles au commerce et à l'investissement;
- b) améliorer les conditions de la compétitivité et de l'innovation, y compris en cherchant à assurer la compatibilité, la reconnaissance d'équivalence et la convergence des réglementations;
- c) promouvoir des processus réglementaires transparents, efficaces et efficaces qui appuient les objectifs de la politique publique et permettent aux organismes réglementaires de remplir leur mandat, y compris par la promotion de l'échange d'informations et d'une meilleure utilisation des pratiques exemplaires. »¹⁷

Ces objectifs ne sont toutefois pas censés contredire la réalisation de l'engagement qui figure au même article, deux paragraphes plus haut : « 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 »¹⁸.

La coopération réglementaire organisée par le CETA est également volontaire. Il est ainsi laissé à discrétion des Parties le choix de participer ou non aux activités de coopération en matière de réglementations. Cependant la Partie qui refuse d'entamer ou qui décide de se retirer de ces activités doit expliquer les motifs de sa décision¹⁹. Allant dans le même sens, l'instrument interprétatif commun annexé au CETA à la demande du Parlement wallon réaffirme que la 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 »²⁰.

Toutefois, certains des engagements pris par les Parties dans le cadre du chapitre 21, et notamment de l'article 21.4 semblent en décalage par rapport à l'affirmation de la nature purement volontaire de la coopération réglementaire. Cet article prévoit par exemple que « les Parties s'efforcent d'atteindre les objectifs énoncés à l'article 21.3 en entreprenant des activités de coopération en matière de réglementation, qui peuvent notamment consister à (...) d) échanger des projets de règlements techniques ou sanitaires et phytosanitaires (...) e) fournir, à la demande de l'autre Partie, une copie des projets de règlements, (...) m) échanger des informations sur

¹⁷ Art. 21.2.4 du CETA.

¹⁸ Art. 21.2.2 du CETA.

¹⁹ Art. 20.2.6 du CETA.

²⁰ 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, adopté par le Conseil de l'UE le 27 octobre 2016, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13541-2016-INIT/fr/pdf>.

l'administration, la mise en œuvre et l'exécution de la réglementation, ainsi que sur des moyens d'assurer et de mesurer la conformité (...) ».

De façon plus générale, on peut s'interroger sur l'interprétation qui sera donnée au caractère volontaire de la coopération réglementaire, eu égard notamment aux objectifs commerciaux poursuivis par le CETA ainsi qu'aux principes de la Convention de Vienne sur le droit des traités²¹.

D'une part, une Partie peut-elle réellement décider de ne pas participer aux activités de la coopération réglementaire, telles que l'échange des projets de règlements ou l'évaluation des obstacles réglementaires inutiles ? D'autre part, dans quelle mesure une Partie peut-elle effectivement se retirer après des années de discussions relatives à l'adoption d'une norme commune sans violer son obligation d'exécution de bonne foi du traité²² ?

Le fait que ces questions ne trouvent pas de réponse claire dans le CETA rend particulièrement compliquée l'appréciation juridique de l'étendue exacte des engagements pris par les Parties aux termes du chapitre 21 sur la coopération réglementaire. Il faudra ainsi par exemple encore patienter pour savoir comment les engagements, très précis et nombreux, qui figurent à l'article 21.4 seront, en pratique, conciliés avec l'affirmation du caractère purement volontaire de la coopération réglementaire.

Par ailleurs, indépendamment de ces questions juridiques, on soulignera le risque de contrainte et de pression diplomatiques ou politiques qu'une Partie pourrait exercer sur l'autre en cas de décision de retrait ou carrément de refus général de participation aux mécanismes de coopération réglementaire.

Enfin, il est aussi précisé, à titre de principe dans le CETA, que les Parties s'efforceront, 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* »²³.

3. Activités liées à la coopération réglementaire et compatibilité des réglementations

Les activités devant permettre d'atteindre les objectifs fixés par l'accord en matière de coopération réglementaire, auxquelles les Parties s'engagent à participer, varient largement et vont de simples échanges d'informations durant le processus d'élaboration de la réglementation ou d'expertises sur les réglementations existantes et envisagées, à la communication réciproque des projets de réglementations au stade le plus précoce possible, l'examen conjoint des alternatives réglementaires possibles, des méthodes utilisées ou encore la participation à des discussions visant

Convention de Vienne sur le droit des traités, adoptée par l'Organisation des Nations Unies le 23 mai 1969 et entrée en vigueur le 27 janvier 1980,

http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/conventions/1_1_1969.pdf

²² V. not. les Art. 18 et 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

²³ Art. 21.2.3 du CETA.

à accroître la convergence dans les réglementations et ainsi *in fine* à réduire les conséquences commerciales négatives inhérentes aux divergences réglementaires²⁴.

Outre les bonnes pratiques réglementaires et les échanges et dialogues entre les régulateurs, dans le chapitre 21 du CETA, on retrouve une disposition spécifique sur la compatibilité réglementaire qui prévoit que chaque Partie s'engage également à prendre en considération les mesures ou initiatives réglementaires de l'autre Partie sur des sujets connexes ou identiques²⁵. Il est toutefois spécifié immédiatement ensuite qu'« *une Partie peut adopter des mesures réglementaires différentes ou poursuivre des initiatives différentes pour des raisons découlant notamment d'approches institutionnelles ou législatives différentes ou de circonstances, de valeurs ou de priorités qui sont propres à cette Partie* »²⁶.

4. Le FCR : fonctions et composition

L'institution clé qui est créée par le CETA pour faciliter et promouvoir la coopération réglementaire est le « Forum de coopération en matière de réglementation » (FCR)²⁷.

Ses fonctions sont les suivantes :

- offrir un forum de discussion sur les questions de politique réglementaire d'intérêt commun identifiées par les Parties ;
- aider les régulateurs à identifier des partenaires potentiels pour les activités de coopération ;
- examiner les initiatives réglementaires prévues ou en cours qu'une Partie considère comme pouvant donner lieu à coopération ;
- encourager le développement d'activités de coopération, sur la base des informations obtenues auprès des services et de agences de régulation ;
- faire rapport au Comité mixte du CETA au sujet de la mise en œuvre du chapitre sur la coopération en matière de réglementation²⁸.

Aucune disposition n'autorise spécifiquement le FCR à adopter des décisions, ou même des recommandations. En revanche, en tant que comité spécialisé, le FCR peut soumettre des projets de décisions aux fins d'adoption par le Comité mixte du CETA²⁹. Cette possibilité n'a toutefois pas encore été utilisée par le FCR.

Le FCR « *est coprésidé par un haut représentant du Gouvernement du Canada ayant rang de sous-ministre, ou le titulaire d'un poste équivalent ou son représentant désigné, et par un haut représentant de la Commission européenne ayant rang de directeur général, ou le titulaire d'un*

²⁴ Art. 21.4 du CETA.

²⁵ Art. 21. 5 du CETA.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Art. 21.6 du CETA.

²⁸ Article 21.6.2 du CETA.

²⁹ Art. 26.2.4 du CETA.

poste équivalent ou son représentant désigné, et est composé des fonctionnaires concernés de chaque Partie »³⁰.

Quant au mandat, aux procédures et au plan de travail du FCR, il était prévu³¹ qu'ils soient publiés après sa première réunion.

Celle-ci a eu lieu le 14 décembre 2018 et un rapport a effectivement été publié à sa suite par la Commission européenne³². Dans celui-ci figure un plan de travail permettant d'identifier les domaines dans lesquels les Parties tenteront de coopérer et précisant que le FCR se soumettra aux règles de procédures adoptées par le Comité mixte du CETA le 26 septembre 2018. Le rapport souligne aussi que le choix des domaines de coopération renforcée tient compte des résultats de la consultation préalable des acteurs socio-économiques concernés.

Dans ce rapport publié par la Commission, on retrouve également la liste des participants à la première réunion du FCR. Celle-ci a été coprésidée, du côté européen, par les directeurs de la Direction Générale (DG) Marché intérieur, Industrie, Entrepreneuriat et PME, et de la DG Commerce, et du côté canadien, par le directeur exécutif du Directoire Politique réglementaire et coopération et par le directeur général du département Accords commerciaux et négociations du Ministère des Affaires mondiales. Au sein des participants, on retrouve également des fonctionnaires du Ministère des Affaires mondiales canadien, de la DG Commerce de la Commission européenne, des régulateurs et fonctionnaires de la DG Marché Intérieur, Industrie, Entrepreneuriat et PME, de la DG Santé et Sécurité alimentaire, de la DG Communication, Réseaux et Technologies, de la DG Justice et consommateurs, des agences canadiennes pour la Santé, l'Agriculture et l'Agroalimentaire, la Science et le développement économique.

Il est également indiqué dans le rapport qu'un débriefing de la première réunion a été organisé avec toutes les personnes concernées et notamment celles issues de la société civile et du milieu des affaires.

B. OTC plus et SPS plus : principes et institutions

Les principes des accords de l'OMC sur les obstacles techniques au commerce (OTC) ainsi que sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS) sont incorporés³³ dans le CETA et complétés par ailleurs par des dispositions visant à encourager la coopération réglementaire dans ces matières (OTC et SPS plus)³⁴. Sont essentiellement visées à ce titre la compatibilité des règlements techniques et mesures SPS ainsi que la reconnaissance mutuelle des procédures d'accréditation et de certification.

³⁰ Art. 21.6.3 du CETA.

³¹ Art. 21.6.4 du CETA.

³² http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/february/tradoc_157679.pdf

³³ Chapitre 4 pour ce qui concerne les obstacles techniques au commerce et chapitre 5 pour les mesures sanitaires et phytosanitaires.

³⁴ V. not. Art. 4.3 et 5.11 du CETA.

On relèvera en ce qui concerne les règlements techniques, qu'aux termes de l'article 4.4.1, les Parties s'engagent à coopérer pour faire en sorte que leurs règlements soient compatibles entre eux et, à cette fin, « *si une Partie déclare qu'elle souhaite élaborer un règlement technique ayant une portée équivalente ou similaire à celle d'un règlement technique existant ou en cours d'élaboration de l'autre Partie, cette dernière lui fournit, sur demande et dans la mesure du possible, les informations, études et données pertinentes sur lesquelles elle s'est fondée pour élaborer son règlement technique, que celui-ci ait été adopté ou soit en cours d'élaboration* ».

Quant aux mesures SPS, les Parties s'engagent à échanger des informations notamment en cas de modification apportée à une mesure SPS existante ou de mesure SPS adoptée d'urgence.

L'administration de ces deux chapitres est confiée à deux comités spécialisés : le Comité du commerce des marchandises et le Comité de gestion mixte pour les mesures SPS.

Ces derniers surveillent la mise en œuvre des chapitres sur les OTC et les mesures SPS et examinent les questions soulevées par une Partie au sujet de l'élaboration ou de l'application d'une norme technique ou SPS. Ils favorisent aussi les échanges d'informations par rapport à ces normes et leurs procédures d'évaluation, et encouragent la coopération entre les organismes à activité normative des Parties.³⁵ Enfin, le Comité de gestion mixte des mesures SPS et le Comité du commerce des marchandises doivent faire rapport de leurs activités respectives au Comité mixte du CETA³⁶, et tout comme le FCR, sont autorisés à lui soumettre des projets de décisions³⁷.

La composition du Comité du commerce des marchandises n'est nullement définie dans le traité. Celui-ci prévoit uniquement qu'il sera, à l'instar des autres comités spécialisés, coprésidé par des représentants du Canada et de l'Union européenne³⁸ et que chaque Partie « *fait en sorte que toutes les autorités compétentes pour chaque question à l'ordre du jour des réunions des comités spécialisés soient représentées, selon ce que chaque Partie estime approprié, et fait en sorte que chaque question soit examinée selon le niveau d'expertise requis* »³⁹. Le rapport de la première réunion du Comité du commerce des marchandises, tenue le 29 novembre 2018, n'ayant pas été publié par la Commission, la composition exacte de ce Comité, chargé notamment de la coopération réglementaire en matière d'OTC, n'est pas publiquement connue.

Quant au Comité de gestion mixte pour les mesures SPS, l'article 5.14 du CETA précise qu'il est « *composé de représentants des secteurs commercial et réglementaire de chaque Partie qui sont responsables des mesures SPS* ». Le rapport de la première réunion de ce Comité⁴⁰ n'apporte malheureusement pas plus d'information quant à sa composition et notamment à l'identité et la fonction des représentants des secteurs commercial et réglementaire qui sont et seront amenés à travailler à la coopération réglementaire en matière de mesures SPS.

³⁵ Pour les fonctions du Comité du commerce des marchandises, v. l'Art. 2.13 du CETA.

³⁶ Pour l'administration du chapitre 4 sur les OTC, v. l'Art. 4.7.1, et du chapitre 5 sur les mesures SPS, v. l'Art. 5.14.9.

³⁷ Art. 26.2.4 du CETA.

³⁸ Article 26.2.4 du CETA.

³⁹ Article 26.2.5 du CETA.

⁴⁰ http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/april/tradoc_156710.pdf

C. Comité mixte du CETA : fonctions, composition et étendue de son pouvoir décisionnel

Le Comité mixte du CETA 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 CETA⁴¹. Il supervise également notamment les travaux des comités spécialisés⁴², y compris en matière de coopération réglementaire (cf. supra).

Sachant que le Comité mixte du CETA a vocation à se réunir une fois par an⁴³, tout laisse à penser⁴⁴, et cela se confirme, que l'essentiel du travail, des discussions et négociations sera réalisé au sein des comités spécialisés et des groupes de travail *ad hoc* que ces derniers peuvent créer.

Le Comité mixte est composé « *de représentants de l'Union européenne et de représentants du Canada* » et « *coprésidé par le ministre du Commerce international du Canada et le membre de la Commission européenne chargé du commerce, ou leurs suppléants respectifs* »⁴⁵. La réunion tenue à Ottawa le 26 septembre 2018 a ainsi été coprésidée par le Ministre canadien au Commerce Jim Carr et la Commissaire européenne Cécilia Malström, en présence des représentants des provinces canadiennes et de diplomates des Etats membres de l'UE⁴⁶.

Comme déjà indiqué, le Comité mixte est la seule institution en matière de coopération réglementaire dans le CETA qui dispose d'une autorité décisionnelle. Le Comité mixte est ainsi notamment habilité à conférer un statut de « décision » ou de « recommandation » aux projets soumis par les comités spécialisés.

Se pose dès lors la question du caractère obligatoire pour les Parties de ses décisions. L'article 26.3 du CETA stipule à cet égard que :

« 1. Le Comité mixte de l'AECG dispose, en vue d'atteindre les objectifs du présent accord, du pouvoir décisionnel pour toute question dans les cas prévus par le présent accord.

2. Les décisions du Comité mixte de l'AECG lient les Parties, sous réserve de l'accomplissement de toute exigence et procédure internes nécessaires, et les Parties les mettent en œuvre. Le Comité mixte de l'AECG peut également formuler des recommandations appropriées.

3. Le Comité mixte de l'AECG adopte ses décisions et ses recommandations par consentement mutuel » (nous soulignons).

⁴¹ Art. 26.1.3 du CETA.

⁴² Art. 26.1.4 du CETA.

⁴³ Art. 26.1.2 du CETA.

⁴⁴ V. not A. Alemanno (2015) par rapport au TTIP ; P.-T. Stoll, T. P. Holterhus et H. Gött, « The Planned Regulatory Cooperation between the European Union and Canada and the USA According to the CETA and TTIP Drafts », Avis juridique pour la Chambre du Travail de Vienne, 2015, p.5, https://www.arbeiterkammer.at/infopool/wien/Regulatory_Coop_Stoll_EN_WEB_Juni2015_neu.pdf ; A. Her

⁴⁵ Article 26.1.1 du CETA.

⁴⁶ http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/october/tradoc_157470.pdf

Plusieurs interrogations apparaissent à la lecture de cette disposition. Tout d'abord, le Comité mixte ne peut-il adopter de décisions que lorsque c'est expressément prévu dans la disposition concernée du CETA ? Ou est-il, de façon plus générale, habilité à adopter de telles décisions pour toute question, et donc à chaque fois que son intervention est prévue dans l'accord (y compris lorsque son pouvoir décisionnel n'est pas expressément mentionné) ? Si la deuxième interprétation devait être retenue, le pouvoir décisionnel du Comité mixte serait extrêmement large, y compris en matière de coopération réglementaire.⁴⁷ En revanche, aucune référence dans les dispositions sur la coopération réglementaire ne faisant mention de la possibilité pour le Comité mixte d'adopter des décisions, si c'est la première interprétation qui était retenue, il ne pourrait pas adopter de décisions en matière de coopération réglementaire. Il nous semble qu'une lecture cohérente du texte préconise de retenir la première interprétation. Dès lors, en matière de coopération réglementaire, en application des chapitres 4 sur les OTC, 5 sur les mesures SPS ou 21 sur la coopération en matière de réglementations, le Comité mixte ne devrait en principe pouvoir adopter que des recommandations.

Ceci étant, la question demeurante ouverte eu égard à l'ambiguïté du texte⁴⁸ et à l'absence d'application pratique à l'heure actuelle, dans le cadre de la présente analyse, le caractère obligatoire des décisions du Comité mixte pour les Parties doit être examiné plus avant.

L'article 26.3.2 précité prévoit que les décisions du Comité mixte du CETA lient les Parties, mais sous réserve de l'accomplissement de toute exigence et procédure internes nécessaires. La question est de savoir si les procédures internes nécessaires des Parties conditionnent uniquement l'entrée en vigueur en droit interne des décisions du Comité mixte⁴⁹, ou si celles-ci sont également nécessaires au caractère obligatoire des décisions en droit international public et plus particulièrement au niveau des obligations des Parties aux termes du CETA⁵⁰. Dans sa version de septembre 2014, le projet de CETA disposait : « *les décisions adoptées lient les Parties, qui prennent les mesures nécessaires à leur mise en œuvre* ». L'ajout de la mention « sous réserve de » (« subject to »⁵¹) dans la version finale du texte paraît dès lors vouloir dire que l'intention des Parties a été de se laisser la possibilité de conditionner le caractère obligatoire pour elles de la décision du Comité mixte à l'accomplissement préalable de leurs exigences et procédures internes nécessaires.⁵² Il faut donc se tourner vers le droit interne des Parties pour déterminer quelles exigences et procédures internes sont effectivement nécessaires à l'entrée en vigueur de décisions telles que celles qui pourraient être adoptées par le Comité mixte du CETA. En ce qui concerne

⁴⁷ On notera à cet égard que dans l'accord de partenariat économique entre l'UE et le Japon (JEFTA), il est spécifié que ce n'est que lorsque c'est prévu expressément dans l'accord que le Comité mixte est habilité à adopter des décisions.

⁴⁸ V. not en ce sens P.-T. Stoll, T. P. Holterhus et H. Gött (2015) et N. Meyer-Ohlendorf, Ch. Gerstetter et I. Bach, "Regulatory Cooperation under CETA: Implications for Environmental Policies", Ecologic, Novembre 2016, <https://www.ecologic.eu/14187>.

⁴⁹ V. not. W. Weiß, (2018), p. 537.

⁵⁰ P.-T. Stoll, T. P. Holterhus et H. Gött (2015), pp. 6-7.

⁵¹ <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/subject-to-something>

⁵² On rappellera, d'une part, qu'au terme de l'article 216.2 du TFUE tous les accords internationaux conclus par l'UE lient ses institutions, qu'ils font partie intégrante du droit l'UE et, d'autre part, que, selon la jurisprudence de la Cour de Justice de l'UE, ceci inclut les décisions obligatoires des institutions établies par ces accords (CJUE, *Deutsche Shell*, nr. 188/91).

l'UE, comme il sera expliqué ci-après (II. 0), les procédures issues du droit européen n'exigent pas que les décisions du Comité mixte soient ratifiées *a posteriori* pour pouvoir être obligatoires⁵³.

Il est intéressant de mettre en relation l'article 26.3 du CETA et l'article 30.2 qui établit la procédure d'adoption par les Parties d'amendements au CETA et par le Comité mixte de ses annexes et protocoles. Cette possibilité offerte au Comité mixte pourrait d'ailleurs être utilisée pour donner force obligatoire à certains des résultats issus de la coopération réglementaire⁵⁴, comme ce fut d'ailleurs le cas lors de la négociation du CETA lui-même⁵⁵.

L'article 30.2 du CETA prévoit que :

« 1. Les Parties peuvent convenir par écrit d'amender le présent accord. Un amendement entre en vigueur après l'échange de notifications écrites entre les Parties attestant qu'elles ont accompli leurs obligations et procédures internes applicables respectives qui sont nécessaires à l'entrée en vigueur de l'amendement, ou à la date convenue par les Parties.

2. Nonobstant le paragraphe 1, le Comité mixte de l'AECG peut décider d'amender les protocoles et annexes du présent accord. Les Parties peuvent approuver la décision du Comité mixte de l'AECG, conformément à leurs obligations et procédures internes respectives qui sont nécessaires à l'entrée en vigueur de l'amendement. La décision entre en vigueur à la date convenue par les Parties. » (nous soulignons)

Le paragraphe 2 de cet article établit un cas spécifique de décision pouvant être adoptée par le Comité mixte. Le fait que les Parties « peuvent » approuver la décision d'amendement d'une annexe ou d'un protocole qui serait prise par Comité pourrait signifier qu'elles ne doivent pas nécessairement le faire pour rendre la décision obligatoire du point de vue du droit international⁵⁶. L'approbation conforme aux procédures internes ne serait ainsi nécessaire qu'à l'entrée en vigueur en droit interne de l'amendement. Il nous semble que c'est cette lecture qu'il convient d'adopter. En effet, certaines dispositions du CETA prévoyant expressément comme condition au caractère obligatoire de décisions l'accomplissement des formalités internes⁵⁷, lorsqu'une telle formalité n'est pas prévue, celle-ci ne devrait pas conditionner le caractère obligatoire pour les Parties, du moins en droit international, de la décision adoptée. La Commission européenne qui souhaite éviter autant que faire se peut les procédures longues et complexes de ratification par les Parlements

⁵³ V. également à ce sujet, W. Weiß, (2018), p. 538.

⁵⁴ V. en ce sens P.-T. Stoll, T. P. Holterhus et H. Gött (2015), p. 7 ; A. Hervé, « La loi du marché – Réflexions sur la coopération réglementaire instaurée par l'AECG », R.A.E.-L.E.A., 2017/2, p. 240 ; N. Meyer-Ohlendorf, Ch. Gerstetter et I. Bach (2016) ; ainsi que l'agenda de la réunion du Comité mixte de gestion des mesures SPS du 25 au 27 février 2019, point 4, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/february/tradoc_157685.pdf.

⁵⁵ V. Annexe 4 - A - Coopération dans le domaine de la réglementation des véhicules automobiles ; Annexe 5 - E - Reconnaissance des mesures sanitaires et phytosanitaires et le Protocole de reconnaissance mutuelle des résultats de l'évaluation de la conformité.

⁵⁶ P.-T. Stoll, T. P. Holterhus et H. Gött (2015), p. 7.

⁵⁷ V. par exemple, l'Art. 26.3 et l'Art. 11.3.6 du CETA.

européen et nationaux, s'était d'ailleurs exprimée en ce sens dans un document informatif en 2013 au sujet des mécanismes de coopération réglementaire dans le projet de TTIP.⁵⁸

Compte tenu des obligations qui pourraient reposer sur les Parties et en particulier sur leurs instances législatives et réglementaires en raison de la mise en œuvre des procédures de coopération réglementaire du CETA, il nous semble opportun de poursuivre en analysant l'applicabilité à ces procédures du mécanisme de règlement des différends du CETA.

D. Règlement des différends

Le mécanisme de règlement des différends prévu au chapitre 29 du CETA, à l'instar de celui de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), est inter-étatique.

Son applicabilité est régie par l'article 29.2 de l'accord. Le principe qui en ressort est que seuls les chapitres expressément exclus de son champ d'application n'y sont pas soumis. C'est, par exemple, le cas des chapitres sur le développement durable ou le travail, mais non des chapitres 21 sur la coopération réglementaire, 4 sur les OTC ou encore 5 sur les mesures SPS. Par conséquent, les différends relatifs aux engagements qui figurent dans ces chapitres, y compris en matière de coopération réglementaire, doivent en principe être tranchés par un groupe spécial d'arbitrage qui, le cas échéant, pourra imposer à l'Etat récalcitrant une mise en conformité, voire des sanctions de nature commerciale.

Ceci étant, compte tenu du caractère volontaire des processus de coopération réglementaire, selon certains commentateurs, tel que Alan Hervé, il « *est peu probable que les dispositions du chapitre 21 puissent faire l'objet de la procédure de règlement des différends général prévue par le chapitre 29 de l'AECG bien que la coopération réglementaire ne soit pas formellement exclue de son champ d'application* »^{59, 60}.

E. Autonomie réglementaire des Parties

L'expression « coopération réglementaire » s'oppose à l'idée d'homogénéisation ou d'harmonisation et suppose que chaque Partie à cette coopération dispose d'une large autonomie⁶¹. Comme cela a été expliqué précédemment, les dispositions relatives à la coopération réglementaire dans le CETA n'organisent pas un système de contraintes qui permettrait à une Partie d'imposer

⁵⁸ "A streamlined procedure to amend the sectoral annexes of TTIP or to add new ones, through a simplified mechanism not entailing domestic ratification procedures" (http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/july/tradoc_151622.pdf).

⁵⁹ A. Hervé (2017), p. 239.

⁶⁰ On relèvera en ce sens que dans l'accord de partenariat économique entre l'UE et le Japon (JEFTA) la coopération réglementaire est expressément exclue du champ d'application des procédures de règlement des litiges aménagées par l'accord (art. 18.19). Il en allait d'ailleurs de même dans le projet de Traité Transatlantique avec les Etats-Unis (TTIP).

⁶¹ A. Hervé (2017), p. 238.

soit l'alignement d'une autre Partie sur ses règles soit l'écartement des réglementations divergentes et faisant obstacles au commerce des biens ou des services⁶².

Dès le préambule du CETA, les Parties reconnaissent en effet que « *les dispositions du présent accord maintiennent pour les Parties leur droit de fixer des règles sur leurs territoires et la latitude dont elles ont besoin pour réaliser des objectifs légitimes en matière de politique, tels que ceux visant la santé publique, la sécurité, l'environnement et la moralité publique ainsi que la promotion et la protection de la diversité culturelle* ».

Le droit de réglementer est réaffirmé à plusieurs endroits dans le CETA et surtout à chaque fois que des questions politiquement sensibles sont abordées⁶³.

L'article 21.5, par exemple, tout en encourageant la « convergence » et la « compatibilité » des mesures réglementaires, précise qu'une Partie « *peut adopter des mesures réglementaires différentes ou poursuivre des initiatives différentes pour des raisons découlant notamment d'approches institutionnelles ou législatives différentes ou de circonstances, de valeurs ou de priorités qui sont propres à cette Partie* ».

Enfin, l'instrument interprétatif commun annexé au CETA à la demande principalement du Parlement wallon, réaffirme encore une fois le droit de réglementer des Parties et précise notamment que « *L'AECEG préserve la capacité de l'Union européenne et de ses États membres ainsi que du Canada à adopter et à appliquer leurs propres dispositions législatives et réglementaires destinées à réglementer les activités économiques dans l'intérêt public, à réaliser des objectifs légitimes de politique publique tels que la protection et la promotion de la santé publique, des services sociaux, de l'éducation publique, de la sécurité, de l'environnement et de la moralité publique, la protection sociale ou des consommateurs, la protection de la vie privée et la protection des données, ainsi que la promotion et la protection de la diversité culturelle* »⁶⁴. Comme l'indique Alan Hervé, « *un tel dispositif paraît ainsi pleinement respectueux de la souveraineté des Parties* »⁶⁵.

C'est également ce que le Conseil constitutionnel français a confirmé dans sa décision du 28 juillet 2017⁶⁶. Alors que les députés requérants soutenaient que le CETA comportait des règles contraignantes pour l'élaboration des normes de droit interne dans une mesure affectant les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, le Conseil constitutionnel rappelle tout d'abord les nombreuses dispositions relatives au droit de réglementer des Parties⁶⁷. Il insiste ensuite sur le fait que les décisions du Comité mixte du CETA sont prises par consentement mutuel

⁶² *Ibid.*

⁶³ V. par exemple la mention qui est faite dans le chapitre sur les investissements (Art. 8.9) ainsi qu'à l'Annexe 8-A de l'accord sur la notion d'expropriation indirecte.

⁶⁴ Instrument interprétatif commun concernant l'accord économique et commercial global (AECEG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, adopté par le Conseil de l'UE le 27 octobre 2016, point 2, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13541-2016-INIT/fr/pdf>,

⁶⁵ A. Hervé (2017), p. 239.

⁶⁶ Décision du Conseil constitutionnel français, n° 2017-749 DC du 31 juillet 2017, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2017/2017749DC.htm>.

⁶⁷ *Ibid.*, considérants 45 et 47.

et que la position de l'UE au sein de ce dernier doit être établie par le Conseil en application de la procédure prévue à l'article 218.9 du TFUE⁶⁸. Selon la déclaration n° 19 du Conseil et des Etats membres du 14 janvier 2017, dès lors qu'une décision du Comité mixte relève de la compétence des Etats membres, la position de l'UE et de ses Etats membres au sein du Comité mixte est adoptée d'un commun accord au Conseil. Le Conseil constitutionnel français conclut à la conformité du chapitre 21 notamment à la Constitution française et à l'absence d'atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale.

Nonobstant l'affirmation de l'autonomie réglementaire dans le CETA et les conclusions du Conseil constitutionnel français, la société civile, mais aussi une partie de la doctrine, s'inquiètent des effets de la coopération réglementaire sur le niveau de protection des normes européennes existantes ou à venir⁶⁹. En premier lieu, est visée la pression qui pourrait être exercée du fait pour la Partie qui refuse de participer ou décide se retirer de devoir fournir les motifs de cette décision (cf. *supra*). Ensuite, l'essence même des dispositions sur la coopération réglementaire est de ne plus autoriser les Parties à réguler comme elles l'entendent, en imposant un cadre à l'activité réglementaire et législative qui permette de tenir compte des objectifs libre-échangistes visés par le traité.⁷⁰ La coopération réglementaire du CETA et les obligations qui en découlent pour les Parties portent atteinte à l'autonomie réglementaire. La question est de savoir où sera placé le curseur entre, d'une part, ces obligations liées aux mécanismes de coopération réglementaire et, de l'autre, le droit pour les Parties de réglementer ou de légiférer comme elles l'entendent.

Des objectifs commerciaux sont explicitement fixés par les dispositions sur la coopération réglementaire dans le CETA et des engagements sont pris par les Parties pour les atteindre. Il paraît dès lors absurde de penser qu'aucune portée juridique ne devrait être donnée à toutes ces dispositions qui établissent le cadre et les disciplines de la coopération réglementaire.

L'expertise mobilisée pour parvenir, via la coopération réglementaire, à « *éliminer les « obstacles inutiles au commerce et à l'investissement* » (tels que les divergences de réglementations) est également d'une nature particulière et déterminante. Comme l'explique Marija Bartl au sujet du projet de TTIP, les objectifs visés influencent le type d'expertise sollicitée pour mieux comprendre ce qui est nécessaire au commerce et au marché. Les acteurs de la coopération réglementaire sélectionnent ainsi comme experts le plus souvent des avocats en droit commercial international ou des économistes, et moins par exemple des anthropologistes.⁷¹ Ensuite, l'importance qui est finalement accordée à chaque type d'expertise (environnement, commerce, ...) dépend de la composition et des règles de procédures des comités qui prennent les décisions, que celles-ci soient juridiquement obligatoires ou non. Bartl prend l'exemple d'un projet de réglementation interdisant l'utilisation d'OGM.⁷² Pour décider si celle-ci constitue un obstacle inutile au commerce ou non, des scientifiques et des environnementalistes seront certainement invités faire part de leur opinion. Toutefois, le résultat de la mise en balance qui est effectuée *in fine* entre intérêts environnementaux et de santé publique d'un côté et intérêts économiques de l'autre, dépendra en grande partie de la

⁶⁸ *Ibid.*, considérant 50.

⁶⁹ V. not. en ce sens A. Hervé (2017), A. Meuwese (2015) ou encore R. O'Brien (2016).

⁷⁰ P.-T. Stoll, T. P. Holterhus et H. Gött (2015), p. 11; A. Meuwese (2015), p. 157.

⁷¹ M. Bartl (2016), p. 6.

⁷² *Ibid.*

composition de ces comités chargés de mettre en œuvre la coopération réglementaire et du pouvoir décisionnel des personnes qui y participent. Si ce sont essentiellement des membres de la DG Commerce de la Commission européenne et du ministère du Commerce canadien qui interviennent et que les objectifs visés par les dispositions sur la coopération réglementaire mais aussi de manière plus générale par le CETA sont principalement économiques, cela aura inévitablement une incidence sur l'équilibre fixé *in fine* entre ces intérêts, et donc indirectement sur l'étendue des éventuelles restrictions imposées à l'autonomie réglementaire des Parties.

Par ailleurs, le simple fait de devoir « *échanger les projets de réglementations technique ou sanitaires et phytosanitaires pouvant avoir une incidence sur le commerce avec l'autre Partie au stade le plus précoce possible, de sorte que les observations et les propositions de modification puissent être prises en compte* », induit, et c'est le but, au minimum une prise en compte des intérêts économiques et commerciaux au sein du processus réglementaire et au maximum une pression diplomatique qui pourrait conduire à un nivellement vers le bas de protection de l'intérêt général par la réglementation en projet. Ainsi, indépendamment de la question du caractère obligatoire des décisions du Comité mixte ou volontaire des procédures de coopération réglementaire, cette dernière a et aura un impact sur l'autonomie réglementaire des Parties. Affirmer le contraire, comme le fait pourtant le CETA, paraît ainsi illusoire.

F. Mise en œuvre au niveau européen

Pour l'UE, les procédures permettant de souscrire à des engagements internationaux figurent à l'article 218 du TFUE. La procédure d'adoption des traités, décrite à l'article 218, paragraphe 6, prévoit que le Conseil décide, sur proposition de la Commission, et après avoir obtenu l'approbation du Parlement européen.

Par ailleurs, deux dispositions (les articles 218, paragraphe 7, et 218, paragraphe 9) établissent des procédures simplifiées qui susceptibles d'être mobilisées pour donner à la Commission européenne les pouvoirs nécessaires à son intervention au sein des comités chargés notamment de la coopération réglementaire aux termes du CETA.

En application de l'article 218, paragraphe 9, du TFUE, le Conseil peut « *adopter une décision sur la suspension de l'application d'un accord et établissant les positions à prendre au nom de l'Union dans une instance créée par un accord, lorsque cette instance est appelée à adopter des actes ayant des effets juridiques* ». Cette base juridique a déjà été utilisée pour confier une autorité décisionnelle à des organes établis par des traités internationaux. C'est par exemple le cas de l'accord UE-Corée du Sud, dont la mise en œuvre est supervisée aussi par une série de comités devant faire rapport à un comité conjoint « Commerce », présidé par le Commissaire européen au Commerce et le Ministre coréen du Commerce⁷³.

⁷³ Décision 2011/265/UE du Conseil du 16 septembre 2010 relative à la signature, au nom de l'Union européenne, et à l'application provisoire de l'accord de libre-échange entre l'Union européenne et ses Etats membres, d'une part, et la République de Corée, d'autre part : JO, 2011, L127, pp. 1-3.

L'autre possibilité, dans le cas où le Comité mixte du CETA décidait de modifier une des annexes en ajoutant au sein de celle-ci une décision prise en matière de coopération réglementaire, serait d'appliquer l'article 218, paragraphe 7, du TFUE. Celui-ci permet au Conseil d'« *habiliter le négociateur à approuver, au nom de l'Union, les modifications de l'accord, lorsque celui-ci prévoit que ces modifications doivent être adoptées selon une procédure simplifiée ou par une instance créée par ledit accord* ». Comme le relève Alberto Alemanno, au contraire de la base juridique précédente, cette disposition n'a été que rarement utilisée et toujours pour autoriser des modifications très marginales au traité concerné⁷⁴. C'est cependant sur cette base que la Commission a été autorisée par le Conseil à approuver au nom de l'UE des modifications à l'annexe 20-A du CETA⁷⁵.

Cette disposition, tout comme la précédente, ne prévoit aucune intervention du Parlement européen. Elles dérogent ainsi toutes les deux à la procédure « ordinaire » d'adoption des accords internationaux par l'UE, qui figure à l'article 218, paragraphe 6, et qui, depuis le Traité de Lisbonne, accorde un pouvoir d'approbation au Parlement européen.

IV. La légitimité des mécanismes de coopération réglementaire

Comme indiqué précédemment, la théorie du droit public international tend à permettre une analyse juridique de l'exercice par les institutions internationales de l'autorité publique internationale qui puisse réconcilier légalité et légitimité. Pour ce faire, ses principaux défenseurs invitent notamment à prendre en compte les préoccupations de la société civile et à trouver les principes à la lumière desquels la légitimité de l'activité de l'institution internationale concernée pourra être appréciée en regardant en premier lieu dans le traité fondateur de l'institution internationale mais aussi, le cas échéant, au sein d'autres traités internationaux et/ou du droit constitutionnel des Etats parties.

En ce qui concerne la coopération réglementaire du CETA, la principale préoccupation de la société civile est que sa mise en œuvre n'induisse un nivellement vers le bas des normes, alors que, selon elle, les comités qui la mettent en œuvre ne disposent pas de la légitimité démocratique nécessaire pour ce faire⁷⁶. La coopération réglementaire porterait en effet atteinte à la démocratie et aux

⁷⁴ A. Alemanno (2015), p. 610.

⁷⁵ Décision 2016/0220 du Conseil du 5 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 Etats membres, d'autre part.

⁷⁶ V. par exemple, dans un document publié par Greenpeace, l'Institute for Agriculture & Trade Policy et le Centre canadien de politiques alternatives: "*Canada has weaker food safety standards than the EU, and a farm economy more heavily dependent on chemical additives and GMOs. Regulatory cooperation fuels a race to the bottom through a process that facilitates the early and active involvement of industry lobbies, government officials supportive of these industries, and trade promotion officials in writing regulations*"(https://storage.googleapis.com/planet4-eu-unit-stateless/2018/08/13b422b0-13b422b0-20170920-ceta_summary.pdf) (dernière visite le 14.03.2019) ou encore, à propos du TTIP, J. Stiglitz: "*I think that's a particularly bad agreement and let me say why... it's not about trade : trade barriers and tariffs between Europe and America are already come down. It's not about property rights. [...] This is not about being attractive for foreign investment. It's about stopping the European Parliament and the US Congress from passing regulations that would protect our economy,*

normes qui en résultent, par son manque de transparence et le déséquilibre qu'elle autoriserait entre la représentation des milieux d'affaires et celle des citoyens. Ces préoccupations rejoignent le principe fondamental de légitimité de l'UE et de ses Etats membres : le respect de la démocratie.

Comme l'explique Paul Craig au sujet de l'UE, considérer qu'une institution souffre (ou non) d'un déficit démocratique dépend en réalité des critères de démocratie que l'on mobilise et de l'importance respective qu'on leur accorde dans le cadre de l'appréciation de la légitimité démocratique de cette institution.⁷⁷

Dès lors qu'aucune mention n'est faite dans le CETA ni du principe de démocratie ni même du concept de légitimité⁷⁸, les critères à la lumière desquels la présente analyse de la légitimité des mécanismes de coopération réglementaire est réalisée, proviennent du droit constitutionnel d'une des Parties, à savoir l'UE. Le principe de démocratie en droit de l'UE ayant évolué indépendamment de l'existence d'un Etat-nation, il est intéressant de s'en inspirer pour apprécier l'activité réglementaire d'instances internationales telles que celles établies par le CETA pour mettre en œuvre la coopération réglementaire entre l'UE et le Canada.

Après avoir défini le principe de démocratie et de légitimité qui sera mobilisé dans le cadre de la présente analyse (A), nous pourrons le confronter aux dispositions du CETA sur la coopération réglementaire (B).

A. Le principe de démocratie en droit de l'UE

Sans prétendre à l'exhaustivité ni à l'universalité, les développements qui suivent visent seulement à préciser au lecteur la façon dont sera entendu le principe de démocratie dans le cadre de la présente contribution et donc de son application aux mécanismes de coopération réglementaire du CETA.

Le point de vue adopté est par ailleurs euro-centré. Il représente dès lors un angle d'analyse parmi d'autres, procédant de la constitutionnalisation interne proposée par la théorie du droit public international, mais demandant à être complété par d'autres approches afin, notamment, de tenir compte du sens donné à la notion de légitimité démocratique en droit constitutionnel canadien, ou

our people, our health ... this is an attempt to increase the power of corporations, to run our economies, our societies. To me, this is at the heart of democracy. It's not a trade agreement" (<https://ged-project.de/videos/competitiveness/an-interview-with-nobel-laureate-joseph-stiglitz/?cn-reloaded=1>).

⁷⁷ Paul Craig, « Integration, Democracy and Legitimacy », dans Paul Craig and Grainne de Burca (eds.), *The Evolution of EU Law* (Oxford University Press, 2011) 13–40.

⁷⁸ On notera à cet égard que selon l'Avocat Général F. Mancini, à l'origine les Communautés européennes n'avaient pas non plus vocation à être démocratiques et la preuve de ceci se trouve dans le préambule et la première partie des Traités fondateurs dans lesquels le mot démocratie n'est pas mentionné (*Democracy and the European Court of Justice*, dans F. Mancini, *Democracy and Constitutionalism in the European Union*, Hart Publishing, Oxford, 2000, p. 31). V. également ce sens, S. Ninatti et M. Arcari, « Patterns of Democracy in the Case Law of the EU Court of Justice and the European Court of Human Rights », *PYIL*, 2015, p. 173. Ces auteurs mettent notamment en évidence que paradoxalement ce n'est qu'une fois qu'il a été question de l'établissement du Parlement européen que la problématique du déficit démocratique a émergé.

encore dans des accords internationaux tels que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ou les droits constitutionnels des Etats membres de l'UE et la jurisprudence y relative.

Le principe de démocratie européen a évolué au rythme de l'adoption des traités constitutifs de l'UE. Depuis l'adoption du traité de Lisbonne, il est mentionné parmi les valeurs fondatrices de l'UE à l'article 2 du traité sur l'UE (TUE) et explicité aux articles 9 à 12⁷⁹ de ce même traité. Ces dispositions constituent ensemble l'exemple le plus abouti de démocratie supranationale et indépendante de l'existence d'une Nation ou d'un Peuple⁸⁰.

Ces dispositions établissent, dans le droit constitutionnel de l'UE, les principes suivants :

- Égalité des citoyens (article 9) et représentation démocratique (article 10) ;
- Participation, transparence et délibération (article 11).

A l'opposé de la conception holistique que l'on retrouve au fondement des Etats-nations, le concept de démocratie qui figure aux articles 9, 10(2) et 14(2) du TUE est pensé depuis une perspective qui met en avant les citoyens en tant qu'individus. A cet égard, la jurisprudence de la Cour de Justice

⁷⁹ TITRE II DISPOSITIONS RELATIVES AUX PRINCIPES DÉMOCRATIQUES

Article 9

Dans toutes ses activités, l'Union respecte le principe de l'égalité de ses citoyens, qui bénéficient d'une égale attention de ses institutions, organes et organismes. Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre. La citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas.

Article 10

1. Le fonctionnement de l'Union est fondé sur la démocratie représentative.
2. Les citoyens sont directement représentés, au niveau de l'Union, au Parlement européen. Les États membres sont représentés au Conseil européen par leur chef d'État ou de gouvernement et au Conseil par leurs gouvernements, eux-mêmes démocratiquement responsables, soit devant leurs parlements nationaux, soit devant leurs citoyens.
3. Tout citoyen a le droit de participer à la vie démocratique de l'Union. Les décisions sont prises aussi ouvertement et aussi près que possible des citoyens.
4. Les partis politiques au niveau européen contribuent à la formation de la conscience politique européenne et à l'expression de la volonté des citoyens de l'Union.

Article 11

1. Les institutions donnent, par les voies appropriées, aux citoyens et aux associations représentatives la possibilité de faire connaître et d'échanger publiquement leurs opinions dans tous les domaines d'action de l'Union.
2. Les institutions entretiennent un dialogue ouvert, transparent et régulier avec les associations représentatives et la société civile.
3. En vue d'assurer la cohérence et la transparence des actions de l'Union, la Commission européenne procède à de larges consultations des parties concernées.
4. Des citoyens de l'Union, au nombre d'un million au moins, ressortissants d'un nombre significatif d'États membres, peuvent prendre l'initiative d'inviter la Commission européenne, dans le cadre de ses attributions, à soumettre une proposition appropriée sur des questions pour lesquelles ces citoyens considèrent qu'un acte juridique de l'Union est nécessaire aux fins de l'application des traités. Les procédures et conditions requises pour la présentation d'une telle initiative sont fixées conformément à l'article 24, premier alinéa, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Article 12

Les parlements nationaux contribuent activement au bon fonctionnement de l'Union (...)

⁸⁰ On rappellera à cet égard que l'article 1, alinéa 1, du TUE souligne l'objectif de l'UE qui est de créer « *une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe* ». L'UE n'est ainsi nullement, dans le traité qui l'institue, fondée sur l'existence d'un peuple européen.

de l'UE qui a tendance à renforcer les droits associés à la citoyenneté européenne, participe également à l'approfondissement de cette approche du concept de démocratie.⁸¹

La légitimation démocratique des normes européennes ne repose toutefois pas seulement sur les citoyens européens comme individus. En effet, la démocratie en droit de l'UE est fondée sur deux éléments constitutifs : les citoyens mais aussi les peuples de l'Europe, tels qu'ils existent dans et sont organisés par les constitutions des Etats membres. Cette conception duale de légitimation ressort de façon assez explicite de l'article 10, alinéa 2, qui dispose que : « *Les citoyens sont directement représentés, au niveau de l'Union, au Parlement européen. Les États membres sont représentés au Conseil européen par leur chef d'État ou de gouvernement et au Conseil par leurs gouvernements, eux-mêmes démocratiquement responsables, soit devant leurs parlements nationaux, soit devant leurs citoyens* ».

Comme l'explique Armin von Bogdandy, le fait que la légitimité des normes européennes découle à la fois des citoyens européens égaux (via l'élection du Parlement européen) et des peuples des Etats membres (via le Conseil et le Conseil européen), prouve que des bases de légitimation différentes peuvent non seulement coexister mais aussi se renforcer mutuellement⁸².

Par ailleurs, l'élément représentatif que l'on retrouve au fondement de l'article 10, alinéa 2, du TUE est lui-même complété et renforcé par la participation citoyenne, la délibération et le contrôle ; concepts que l'on retrouve explicitement aux articles 9, 10, alinéas 3 et 4, et 11 du TUE. Au cœur de ces concepts et dispositifs, peuvent s'exprimer les valeurs, intérêts et convictions des citoyens européens.

En vertu de l'article 21 du TUE⁸³, le principe de démocratie, dans toutes ses composantes, doit s'exprimer non seulement dans le fonctionnement interne de l'UE et le droit qui en résulte mais aussi dans le cadre de ses relations avec les pays tiers, et notamment dans la conclusion et l'application des traités commerciaux internationaux.

Le droit européen va dans le sens du développement de formes transnationales et cosmopolitiques de démocratie. Le principe de démocratie qu'il établit et sur lequel il fonde sa légitimité peut aider à penser la légitimité de décisions prises par des institutions internationales, comme par exemple

⁸¹ Bien entendu, les dispositions du TUE prolongent et consacrent une jurisprudence antérieure de la Cour de Justice de l'UE relative au principe de démocratie. C'est au début des années 1980 que la Cour de Justice a pour la première fois mentionné le principe de démocratie du droit de l'UE dans ses arrêts. V. notamment CJUE, *Roquette Frères c. Conseil*, 138/79, ECR 3333, para. 33 ; *Commission c. Conseil*, C 300/89, 1991, ECR I-2867, para. 20 ; *Parlement c. Conseil*, C 392/95, 1997, ECR I-3212, para. 14. Pour un examen de l'évolution de la jurisprudence la Cour de Justice de l'UE relative au principe de démocratie, v. not. K. Lenaerts, « The Principle of Democracy in the Case Law of the European Court of Justice », *ICLQ*, 2013; S. Ninatti et M. Arcari, « Patterns of Democracy in the Case Law of the EU Court of Justice and the European Court of Human Rights », *PYIL*, 2015.

⁸² A. von Bogdandy, « The European Lesson for International Democracy: The Significance of Articles 9-12 EU Treaty for International Organizations », *E.J.I.L.*, vol. 23, n° 2, p. 322.

⁸³ « *L'action de l'Union sur la scène internationale repose sur les principes qui ont présidé à sa création, à son développement et à son élargissement et qu'elle vise à promouvoir dans le reste du monde: la démocratie, l'État de droit, l'universalité et l'indivisibilité des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le respect de la dignité humaine, les principes d'égalité et de solidarité et le respect des principes de la charte des Nations unies et du droit international.* »

dans le cadre de la coopération réglementaire du CETA. Ces mécanismes de coopération réglementaire, s'ils tendaient au respect et l'approfondissement de valeurs démocratiques telles que l'égalité, la représentation et l'inclusion des citoyens et associations de la société civile, pourraient renforcer la légitimité des normes, obligatoires ou non, qui en seraient issues.

B. Application au CETA

Comme indiqué ci-avant, les notions de « légitimité » et de « démocratie » n'apparaissent pas explicitement dans le CETA. A maintes reprises, toutefois, l'accord et sa déclaration interprétative insistent sur l'absence de restriction apportée par les mécanismes de coopération réglementaire notamment au droit de réglementer des Parties et sur le caractère volontaire de celle-ci (cf. *supra*). L'idée paraît ainsi être dans le CETA que la légitimité démocratique de la coopération réglementaire ne serait pas une exigence en elle-même dès lors que, sur le plan des principes, les Parties ne sont pas obligées d'y participer et que, en tout état de cause, si elles l'acceptent, ceci ne porterait pas atteinte aux prérogatives et à l'autonomie de leurs instances législatives et réglementaires.

Outre les nuances qu'il convient d'apporter quant au caractère volontaire pour les Parties de la coopération réglementaire (v. *supra*, II, 2) et à l'absence de restriction à leur droit de réglementer (v. *supra*, II.0), les développements qui suivent visent à mettre en évidence les limites du CETA en ce qui concerne la légitimité démocratique de la coopération réglementaire. Comme annoncé, la réflexion se base sur une application des critères de démocratie européens décrits ci-dessus (III.A).

1. Représentation

Au niveau de l'UE, ce sont essentiellement des fonctionnaires et directeurs de la Commission européenne qui composent les comités mettant en œuvre la coopération réglementaire du CETA. Les décisions prises par le Comité mixte du CETA sont susceptibles de lier les Parties, à tout le moins du point de vue du droit international (v. *supra*, II. 0.4 et 0) et les instances législatives européennes et, le cas échéant, nationales sont censées mettre en œuvre ces décisions afin qu'elles sortent leurs effets dans le droit de l'UE et de ses Etats membres. Par conséquent, si le Parlement européen refusait la transposition en droit de l'UE d'engagements pris au sein du Comité mixte par l'UE, cette dernière pourrait être sanctionnée conformément aux procédures et exigences du CETA.

Dans quelle mesure peut-on dès lors considérer que les citoyens européens et les peuples européens, au sens donné à ces concepts dans le TUE, sont représentés aux différentes étapes de ces procédures ? Pour répondre à cette question, il convient de se tourner vers les structures européennes de légitimation de la coopération réglementaire sous le CETA. C'est en effet la façon dont les institutions européennes interagissent avec et au sein des comités de coopération réglementaire du CETA qui doit être examinée.

Au sein des comités spécialisés ainsi que du Comité mixte du CETA, ce sont les peuples européens qui, indirectement, sont représentés par la Commission européenne, puisque les positions que cette

dernière adopte au sein de ces divers comités institués par le CETA sont en principe arrêtées au préalable par le Conseil (v. *supra*, II, **Σφάλμα! Το αρχείο προέλευσης της αναφοράς δεν βρέθηκε.**).

A l'opposé de la procédure de conclusion des traités internationaux⁸⁴ qui été amendée par le Traité de Lisbonne afin d'y inclure l'approbation du Parlement européen, aux termes des procédures établies par les articles 218, paragraphe 7, et 218, paragraphe 9, du TFUE, aucune intervention parlementaire n'est requise⁸⁵. Nous partageons dès lors l'opinion d'Alberto Alemanno qui invitait au sujet de la coopération réglementaire dans le TTIP à l'établissement d'« *un cadre permettant une certaine implication parlementaire dans le processus d'adoption de futurs compléments au TTIP* »⁸⁶ et envisageait, par exemple, que « *l'autorisation octroyée par le Conseil à l'organe décisionnel mis en place par le TTIP puisse soumettre l'adoption de ses décisions à une surveillance parlementaire analogue à celle prévue pour les actes délégués à l'article 290 du TFUE* »^{87 88}.

Eu égard au caractère dynamique des traités commerciaux de nouvelle génération comme le CETA ou le projet de TTIP et au champ d'application extrêmement large de leurs mécanismes de coopération réglementaire, d'une part, et à l'absence d'intervention ou de contrôle parlementaire dans l'application de ces mécanismes, de l'autre, la légitimité démocratique de la coopération réglementaire dans le CETA pose question. Comme l'explique Wolfgang Weiß, d'un point de vue substantiel, la légitimité accordée à un comité international institué par un traité et fondée sur l'approbation de ce traité par le Parlement européen, est directement liée à la précision du mandat conféré par ce traité au comité.⁸⁹ Au plus ce mandat comprend de précisions de nature substantielle, au mieux la légitimité des décisions du comité sera garantie. Or, dans le cas de la coopération réglementaire du CETA, la mission confiée au FCR et au Comité mixte est particulièrement large et imprécise puisque la coopération réglementaire concerne tous les domaines susceptibles d'être réglementés et qu'aucune indication ne figure dans le traité en ce qui concerne le contenu ou les limites des décisions pouvant être adoptées.

Ceci étant dit, le potentiel déficit démocratique, à tout le moins du point de vue de la représentativité des citoyens et de la structure duale de légitimation définies à l'article 10 du TFUE, semble se situer davantage dans le droit institutionnel de l'UE que dans le CETA lui-même.

⁸⁴ Art. 218, paragraphe 6, du TFUE.

⁸⁵ On notera toutefois qu'en vertu de l'article 218, paragraphe 10, « le Parlement européen est immédiatement et pleinement informé à toutes les étapes de la procédure », ce qui inclut les prises de positions adoptées par le Conseil dans le cadre de comités établis par des traités internationaux.

⁸⁶ A. Alemanno (2015), p. 610.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 611 ; v. également en ce sens P.-T. Stoll, T. P. Holterhus et H. Gött (2015), p. 18, qui plaident également pour l'édiction d'un accord interinstitutionnel entre la Commission, le Conseil et le Parlement.

⁸⁸ Art. 290, paragraphe 2, b) du TFUE : « *l'acte délégué ne peut entrer en vigueur que si, dans le délai fixé par l'acte législatif, le Parlement européen ou le Conseil n'exprime pas d'objections* ».

⁸⁹ W. Weiß, (2018), p. 550.

Il en va en réalité, selon la terminologie utilisée par la Cour de Justice de l'UE, du respect de l'équilibre institutionnel, principe fondamental du droit institutionnel de l'UE.⁹⁰ Par la délégation de pouvoirs réglementaires à des comités internationaux comme le FCR ou le Comité mixte, la Commission, qui représente l'UE au sein de ces comités, se voit octroyer des compétences qui souvent dépassent celles qui sont les siennes aux termes des procédures d'adoption des normes de droit secondaire européen. Or, le principe européen dans l'UE tend à protéger les prérogatives du Parlement et empêche notamment que soit réalisé au bénéfice du pouvoir exécutif des délégations compétences non spécifiques, ou portant sur des « éléments essentiels » d'une politique européenne.⁹¹ La définition de ces éléments essentiels est en principe réservée au pouvoir législatif car elle implique de poser des choix politiques, notamment lorsqu'il s'agit de mettre en balance des intérêts et objectifs contradictoires.

Les principes de délégation de compétences et l'équilibre institutionnel européen accordent historiquement davantage de compétences à l'exécutif lorsqu'il s'agit de la mise en œuvre de la politique extérieure de l'UE. Ceci a toutefois considérablement évolué depuis le Traité de Lisbonne, comme le démontre l'approbation parlementaire désormais nécessaire à l'adoption des traités commerciaux (article 218, paragraphe 6, TFUE).

Les articles 218, paragraphe 7 et 218 paragraphe 9, du TFUE sur base desquels l'UE intervient dans les comités institués par le CETA, constituent des régimes spéciaux et dérogatoires, qui régissent l'adoption de normes de droit secondaire au sein d'institutions internationales. Comme le rappelle la Cour de Justice de l'UE, en ce qui concerne l'article 218, paragraphe 9, il prévoit, par dérogation à la procédure ordinaire d'adoption des accords internationaux par l'UE, « *une procédure simplifiée aux fins de la définition des positions à prendre au nom de cette dernière (l'UE) au titre de sa participation à l'adoption, au sein de l'instance décisionnelle instituée par l'accord international concerné, d'actes relevant de l'application ou de la mise en œuvre de ce dernier.* »⁹². Cette procédure simplifiée ne peut toutefois être utilisée de façon à porter atteinte à l'équilibre institutionnel, tel qu'il émane des traités constitutionnels de l'UE (et notamment de l'article 290 du TFUE) ainsi que de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'UE⁹³.

Dans ce contexte, le CETA établissant des mécanismes qui n'apportent pas directement de modification aux systèmes législatifs et institutionnels des Parties, y compris de l'UE ; ce qui semble garantir la légitimité des décisions et recommandations issues de la coopération réglementaire dans le CETA est ainsi, d'une part, la compétence technique et de négociation des négociateurs et régulateurs européens et canadiens, et de l'autre, l'affirmation du respect des procédures internes nécessaires à l'entrée en vigueur en droit interne de ces décisions et recommandations. Les dispositions du CETA invitent dès lors à penser la légitimité démocratique, par exemple d'une norme technique ou d'une mesure SPS qui serait adoptée de commun accord par le Canada et l'Union européenne, en ayant égard à tous les niveaux de sa procédure d'édiction,

⁹⁰ Une autre question qui mérite d'être analysée en ce qui concerne le respect de la répartition des compétences entre les différentes institutions européennes est celle de la possible restriction illégale par la coopération réglementaire du droit d'initiative législative de la Commission européenne. V. à ce sujet, A. Meuwese (2015), pp. 167-168.

⁹¹ K. Lenaerts (2013), p. 293; W. Weiß, (2018), p. 554.

⁹² CJUE, *Conseil c. Commission*, 6 octobre 2015, 73/14, para. 65.

⁹³ CJUE, *Meroni c. Haute autorité*, 13 juin 1958, 9/56.

d'adoption et de transposition en droit interne. La représentation des citoyens et peuples européens lors de l'adoption de la norme est ainsi censée être assurée par l'intervention non seulement de la Commission européenne, approuvée au préalable par le Conseil, au sein des mécanismes de coopération réglementaire du CETA, mais aussi et surtout par celle des instances législatives, et notamment parlementaires, des Parties, censées transposer en droit interne les résultats de la coopération réglementaire.

Deux remarques par rapport à ces réflexions. Premièrement, il ne faut pas oublier le caractère obligatoire, du point de vue des engagements des Parties sous le régime du CETA, des décisions adoptées notamment par le Comité mixte. Les effets externes des mécanismes de coopération réglementaire ne nécessitent nullement l'intervention des législateurs et régulateurs des Parties et celle-ci ne peut dès lors servir de fondement à leur légitimité.

Ensuite, comme expliqué précédemment, le principe européen de démocratie ne se limite pas à la représentation des citoyens européens via l'intervention du Parlement européen. La participation, la transparence et le contrôle sont aussi des critères qui font partie intégrante de ce principe. Leur application pourrait compenser le déficit démocratique lié à la seule intervention parlementaire au moment de l'adoption de l'accord, et non plus durant sa mise en œuvre (v. *supra*, III, 0).

2. Participation, transparence et contrôle

Les exigences de participation et de transparence en droit de l'UE impliquent que les décisions soient prises « *aussi ouvertement et aussi près que possible des citoyens* »⁹⁴ et que les institutions « *entretiennent un dialogue ouvert, transparent et régulier avec les associations représentatives et la société civile* »⁹⁵.

Au niveau de la coopération réglementaire dans le CETA, la participation des citoyens et associations est prévue différemment à plusieurs endroits.

L'article 21.8 du CETA dispose que « (...) *chaque Partie ou les Parties peuvent consulter, s'il y a lieu, les parties prenantes et les parties intéressées, y compris des représentants du milieu universitaire, de groupes de réflexion, d'organisations non gouvernementales, des milieux d'affaires, des consommateurs et d'autres organisations. (...)* ». Plusieurs constats s'imposent. Tout d'abord, la consultation de la société civile n'est qu'une faculté offerte aux Parties et non une obligation. Ensuite, aucune garantie n'est donnée quant à l'équilibre des intérêts représentés lors de ces éventuelles consultations. Les milieux d'affaires semblent d'ailleurs entrer dans la même catégorie (les parties prenantes et les parties intéressées) que les associations de la société civile.

Une disposition largement similaire est prévue dans le chapitre du CETA sur les OTC. L'article 4.6 sur la transparence encourage les Parties à permettre aux « personnes intéressées » de participer dès les premiers stades de la discussion et notamment lorsque des modifications peuvent apportées

⁹⁴ Art. 10, 3, du TUE.

⁹⁵ Art. 11, 2, du TUE.

et des observations prises en considération. Encore une fois, aucune précision n'est donnée quant à l'équilibre des intérêts représentés en cas de consultations de « personnes intéressées ».

Il est intéressant de comparer ces modèles d'intégration à celui, institutionnalisé, que l'on retrouve au chapitre 22 sur le développement durable. Par application de l'article 22.5 du CETA, les Parties ont organisé la création d'un Forum de la société civile. L'accord précise à son sujet que les « *Parties favorisent une représentation équilibrée des intérêts concernés, y compris des employeurs, des syndicats, des organisations de travailleurs, des représentants des milieux d'affaires et des groupes environnementaux qui sont représentatifs et indépendants, ainsi que d'autres organisations de la société civile concernées, s'il y a lieu* »⁹⁶. Malheureusement, il n'est pas prévu que des échanges puissent avoir lieu entre d'une part les comités spécialisés, comme le FCR ou le Comité de gestion mixte des mesures SPS, et de l'autre le Forum de la société civile institué par le chapitre du CETA sur le développement durable.

De manière générale, compte tenu de l'abstraction des dispositions relatives à la transparence et à la participation de la société civile au sein des forums de coopération réglementaire et, par conséquent, de l'importante marge d'appréciation laissée à la Commission et au Gouvernement canadien dans l'application de celle-ci, il nous semble intéressant d'examiner comment ces dispositions ont effectivement été mises en œuvre au cours de la première année d'application du CETA.

Début 2018, la Commission européenne a lancé un appel à propositions à toutes les parties prenantes et intéressées, afin d'établir la liste des thématiques à traitées lors de la première réunion du FCR ainsi que des suivantes.⁹⁷ Près d'une trentaine d'associations, de syndicats, d'organisations de protection des consommateurs et des intérêts des milieux d'affaires ont répondu à cet appel. Parmi les courriers adressés à la Commission, on notera, pour la problématique qui nous occupe :

- i) la critique exprimée l'association « Friends of the Earth Sweden » selon laquelle l'aide sollicitée pour sélectionner les thématiques à aborder au sein du FCR n'aurait pas de sens car elle n'est pas accompagnée de la possibilité de participer ensuite aux discussions au sein du FCR par rapport aux thématiques retenues⁹⁸ ;
- ii) la demande introduite par l'ONG « Lobby Control » qui sollicite un maximum de transparence dans le travail du FCR et la publication de toutes les propositions réglementaires, des agendas des comités spécialisés et groupes de travail, des participants et des réunions des comités ainsi que de l'état d'avancement de toute initiative issue de la coopération réglementaire⁹⁹.

Depuis l'entrée en vigueur provisoire du CETA, les agendas des comités spécialisés ainsi que du Comité mixte ont été publiés, de même que des rapports succincts de leurs premières réunions¹⁰⁰. Comme indiqué ci-avant, la liste des participants aux premières réunions du FCR et du Comité

⁹⁶ Art. 22.5.2 du CETA.

⁹⁷ http://trade.ec.europa.eu/consultations/index.cfm?consul_id=248

⁹⁸ http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/april/tradoc_156683.pdf

⁹⁹ http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/april/tradoc_156687.pdf

¹⁰⁰ <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1811>

mixte est incluse dans ces rapports. Ce n'est par contre pas le cas des réunions des comités spécialisés en matière d'OTC ou de mesures SPS.¹⁰¹ Or, le FCR et le Comité mixte n'ayant vocation à se réunir qu'une fois par an, essentiellement pour faire le point sur l'avancement des sujets traités au sein des divers comités spécialisés ainsi que des groupes de travail *ad hoc*, la transparence du travail de ces derniers et l'inclusion de la société civile dans leur fonctionnement sont essentielles.¹⁰²

En termes de participation et d'inclusion citoyennes, il faut également souligner l'absence de justiciabilité pour les citoyens du CETA et de ses mécanismes de coopération réglementaire.¹⁰³ Celle-ci fait l'objet d'une critique notamment par Ernst-Ulrich Petersmann¹⁰⁴ qui insiste sur le rôle qui pourrait être joué par les citoyens s'ils disposaient d'un droit d'action en cas de violation par les institutions européennes des engagements pris aux termes du CETA. Une fois ratifié par l'ensemble des Parlements européens et nationaux, le CETA fera partie intégrante du droit de l'UE, mais en raison de l'article 30.6 du CETA ne pourra être invoqué en justice par les citoyens européens. Pour Petersmann, en refusant d'accorder un tel droit d'action aux citoyens, le CETA méconnaîtrait les principes européens de démocratie et d'Etat de droit, de même que le droit à un recours effectif consacré par l'article 47 de la Charte européenne des droits fondamentaux. Afin de mieux faire correspondre le CETA à l'objectif visé notamment par les articles 3 et 21 du TUE, Petersmann va même jusqu'à proposer une disposition alternative à l'article 30.6 du CETA :

*« Le présent accord vise à placer les citoyens européens et canadiens au cœur du CETA en protégeant leurs droits et l'Etat de droit dans la coopération transatlantique, en ce compris leurs droits figurant dans la Charte européenne des droits fondamentaux et dans la Charte canadienne des droits et libertés. »*¹⁰⁵

Bien que cela ne soit pas expressément mentionné dans cette proposition, l'idée avancée par Petersmann semble être d'accorder un effet direct à toutes les dispositions du CETA afin que les citoyens puissent (faire) contrôler la façon dont l'accord est appliqué par les institutions européennes et ainsi participer au renforcement de sa légitimité démocratique.¹⁰⁶

¹⁰¹ Ceci n'a d'ailleurs pas manqué d'attiser les critiques des associations non gouvernementales lorsqu'elles ont appris, à la suite d'« une fuite » d'informations depuis les services de la Commission, qu'une première réunion de Comité mixte sur la gestion des mesures étaient prévue à Ottawa en mars 2018 et que l'ordre du jour de celle-ci demeurerait confidentiel (https://medium.com/@frackfree_eu/ceta-secret-committee-on-pesticides-meets-in-ottawa-on-march-26-27-8769244007f8 ; <https://www.cncd.be/Leak-comite-opaque-ceta-pesticides-europe-canada>).

¹⁰² V. également en ce sens A. Meuwese (2015), p. 173.

¹⁰³ L'article 30.6 du CETA prévoit en effet que : « 1. Aucune disposition du présent accord n'est interprétée comme conférant des droits ou imposant des obligations à des personnes autres que ceux créés entre les Parties en vertu du droit international public, ni comme permettant d'invoquer directement le présent accord dans les systèmes juridiques internes des Parties. 2. Une Partie ne prévoit pas dans son droit interne de droit d'action contre l'autre Partie au motif qu'une mesure de l'autre Partie est incompatible avec le présent accord ».

¹⁰⁴ E.-U. Petersmann, "Democratic Legitimacy of the CETA and TTIP Agreements?", dans Thilo Rensmann (ed.), *Mega-Regional Trade Agreements*, Springer, 2017, pp. 37-59.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 53.

¹⁰⁶ V. également à cet égard la proposition avancée par M. Bronckers et G. Gruni, 'Improving the Enforcement of Labour Standards in the EU's Free Trade Agreements', dans D. Prévost, I. Alexovičová

V. Conclusion

Le CETA, accord commercial dynamique appliqué provisoirement depuis septembre 2017, constitue un modèle pour l'UE. C'est en effet le premier accord qui met en place un dialogue permanent et institutionnalisé entre les instances réglementaires des Parties afin d'éliminer les obstacles inutiles au commerce, que peuvent notamment être les divergences normatives. En termes de démocratie et de légitimité, le fait que les Parlements ne soient amenés à s'exprimer que lors de la conclusion de l'accord pose question. En effet, dans le cas d'un accord dynamique comme le CETA qui se borne à mettre en place les procédures et institutions, le contenu et les résultats, à tout le moins de la coopération réglementaire, sont inconnus au moment où les élus sont invités à se positionner. Ces particularités n'ont pas manqué d'attirer l'attention et ensuite les critiques de la société civile européenne. Celles-ci furent d'autant plus intenses que le Canada est connu pour son utilisation massive d'OGM et qu'il n'applique pas, contrairement à l'UE, le principe de précaution.

Pour tenter de répondre à ces préoccupations citoyennes, la présente contribution fournit une analyse critique des dispositions du CETA sur la coopération réglementaire. Il en ressort un premier constat : sur les sujets politiquement sensibles, le CETA est (volontairement ?) ambigu. Que ce soit sur l'étendue précise du pouvoir décisionnel du Comité mixte, le caractère volontaire de la participation des Parties à la coopération réglementaire ou encore l'absence d'incidence de la coopération réglementaire sur l'autonomie réglementaire des Parties, les dispositions du CETA paraissent vagues, voire parfois contradictoires.

Outre ce constat, en termes de légitimité démocratique, la coopération réglementaire telle qu'elle est établie par le CETA nous apparaît davantage comme une opportunité ratée de mise en œuvre d'une démocratie multi-niveaux, inclusive et délibérative, que comme une atteinte aux principes de démocratie des Parties et notamment de l'UE. Plutôt que d'affirmer que la coopération réglementaire ne porte pas atteinte à l'autonomie réglementaire, peut-être serait-il préférable d'accepter le fait qu'elle a *de facto* une incidence sur celle-ci et d'essayer par conséquent d'assurer sa légitimité en garantissant par des dispositions obligatoires et précises le contrôle parlementaire, la transparence des débats, la représentation équitable des intérêts de la société civile et du milieu des affaires, la diversité des expertises mobilisées, etc. La justiciabilité des dispositions pourrait aussi, comme nous l'avons vu, permettre un contrôle et une participation citoyenne au niveau du fonctionnement du CETA.

Dans la mesure où il est impossible *a priori* de savoir si la coopération réglementaire organisée par un traité commercial dynamique comme le CETA mènera à un renforcement des normes socio-environnementales ou, au contraire, à leur restriction, il est essentiel que le texte du traité fournisse des garanties procédurales en phase avec les objectifs fixés par les articles 9 à 12 du TUE. Aucune disposition dans le chapitre 21 sur la coopération réglementaire n'impose, par exemple, la transparence de ces procédures ou encore des réunions du FCR. Nous l'avons évoqué, la Commission européenne publie certains documents malgré tout et entretient un dialogue avec plusieurs associations de la société civile et du milieu des affaires. Cependant, le ou la Commissaire européen(ne) au commerce ne sera peut-être pas toujours aussi attentif(ve) à la transparence ou à

& J. Hillebrand Pohl (eds), *Restoring Trust in Trade: Liber Amicorum in Honour of Peter Van den Bossche*, Hart Publishing, 2018.

l'inclusion de la société civile au sein des discussions en matière de coopération réglementaire. Afin de ne pas dépendre de son bon vouloir, il est important que des garanties soient introduites dans les chapitres sur la coopération réglementaire des traités commerciaux dits de «nouvelle génération».