

CHRONIQUE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC Janvier/décembre 2016

A. La position officielle de l'Allemagne sur la situation en Ukraine

Marie DUCLAUX DE L'ESTOILLE, doctorante en droit public à l'Université Paris-Nord et à l'Universität Potsdam

Les questions de droit international soulevées par l'annexion de la Crimée par la Fédération de Russie en 2014 ont été abondamment documentées. Cette note porte plus précisément sur la position officielle de la République fédérale d'Allemagne (RFA) pour laquelle la Crimée a été illicitement annexée au territoire russe dans ce qui constitue à la fois une violation de la souveraineté territoriale de l'Ukraine et une violation de l'interdiction du recours à la force par la Fédération de Russie. La RFA ne reconnaissant donc pas cette situation, les relations diplomatiques entre l'Allemagne et la Russie se sont considérablement détériorées depuis mars 2014, non sans que la série de mesures restrictives économiques à l'issue plus ou moins heureuse adoptée dans le cadre de l'Union européenne ne fasse l'objet de vives critiques (I). Aussi l'Allemagne a-t-elle mené plusieurs tentatives diplomatiques multilatérales afin de résoudre la crise pacifiquement et dans un cadre pragmatique (II).

The international legal issues raised by the Russian annexation of Crimea in 2014 have been extensively documented. This note focuses on the official position of the Federal Republic of Germany (FRG) with regards to the Ukrainian crisis. The FRG maintains that Crimea was unlawfully annexed to the Russian territory in what constitutes both a violation of the territorial sovereignty of Ukraine and a violation of the prohibition on the use of force. Therefore, the FRG does not legally recognize the new situation. Diplomatic relations between Germany and Russia have consequently deteriorated considerably since March 2014. A series of economic restrictive measures that were adopted within the framework of the European Union with a somewhat unsuccessful outcome were sharply criticized (I) while Germany lead several multilateral attempts to solve the crisis diplomatically; or, in other words, pragmatically (II).

I. CRITIQUES CONTRE LES MESURES RESTRICTIVES A L'ÉGARD DE LA RUSSIE

La position allemande quant à la crise ukrainienne¹ doit être lue en prenant en compte sa volonté de faire respecter le droit international d'une part mais également le *facteur extra-juridique*² que constitue son intérêt à ménager la Russie d'autre part. Les efforts des deux principaux acteurs de la politique extérieure allemande vis-à-vis de l'Ukraine – la chancelière Angela Merkel et le ministre des Affaires étrangères Frank-Walter Steinmeier – reposent sur la croyance que l'Union européenne ne peut être durablement prospère et sûre qu'en ayant la Russie comme partenaire et s'inscrivent dès lors dans la culture allemande du compromis. Sur ce point, les mesures restrictives adoptées dans le cadre de l'Union européenne (A) ont été critiquées sans être levées (B).

A. Non-reconnaissance et sanctions économiques

La République fédérale défend une position de principe très ferme vis-à-vis des violations graves du droit international. Outre les violations de l'interdiction de « recourir à la menace ou à l'emploi de la force » (art. 2 para. 4 de la [Charte des Nations Unies](#)) et de l'obligation de régler les « différends internationaux par des moyens pacifiques, de telle manière que la paix et la sécurité internationales (...) ne soient pas mises en danger » (art. 3 para. 3 de la Charte des Nations Unies), l'Allemagne condamne l'atteinte à la souveraineté et à l'intégrité du territoire de l'État ukrainien, ainsi que les exactions commises en amont de celle-ci. En particulier, les violations des droits et libertés fondamentaux comme les restrictions à la liberté d'expression et les persécutions de personnes issues de minorités sont fondamentalement contraires aux valeurs que prône la République fédérale d'Allemagne sur la scène internationale. La politique extérieure de l'Allemagne repose en conséquence sur la non-reconnaissance de l'annexion de la Crimée en vertu du principe *ex injuria jus non oritur*³, conformément au consensus international exprimé par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa [résolution](#)

¹ Pour une analyse juridique de la crise, voy. C. MARXSEN, « The Crimea Crisis - An International Law Perspective », *ZaöRV* 2014, 367 ; et plus généralement Symposium : « The Incorporation of Crimea by the Russian Federation in the Light of International Law », *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law*, Heidelberg, September 2-3, 2014, reproduit in *ZaöRV* Heft 1/2015 ; L. WILDHABER, « Krim, Ostukraine und Völkerrecht », 25 *Swiss. Rev. Int'l & Eur. L.* 159 2015.

² Sur le rôle des facteurs extra-juridiques dans la mise en œuvre du droit international, voy. A. PELLET, « Cours général : Le droit international entre souveraineté et communauté internationale – la formation du droit international », in *Le droit international entre souveraineté et communauté*, IREDIES Doctrine(s), Pedone, 2014, p. 134.

³ Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 2625 (XXV) du 24 octobre 1970 ; Article 41(2) des Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, Commission du droit international, adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution A/56/83 du 12 décembre 2001.

[du 27 mars 2014 sur l'intégrité territoriale de l'Ukraine](#), qui « demande à tous les États, organisations internationales et institutions spécialisées de ne reconnaître aucune modification du statut de la République autonome de Crimée et de la ville de Sébastopol sur la base [du] référendum et de s'abstenir de tout acte ou contact susceptible d'être interprété comme valant reconnaissance d'une telle modification de statut ».

Si des mesures de sanction, même non coercitives, sont souvent initiées par les Nations Unies dans le cadre du Conseil de Sécurité, l'action de celui-ci est bloquée en l'espèce par la mise en œuvre du veto russe, comme le montre le [procès verbal de la réunion du 15 mars 2014](#). L'Union européenne, premier partenaire commercial et investisseur en Russie, a alors unilatéralement adopté des mesures restrictives⁴ spécifiques pour asseoir sa politique de non-reconnaissance de la situation en Crimée. Ces mesures restrictives s'apparentent à des « mesures de contrainte dérogatoires aux règles ordinaires du droit des gens, prises par un État à la suite d'actes illicites commis à son préjudice par un autre État et ayant pour but d'imposer à celui-ci, au moyen d'un dommage le respect du droit »⁵, ou plus communément, « contre-mesures »⁶.

Concrètement, dès les premiers temps de la crise en Crimée, l'Union européenne a gelé les négociations en cours sur une série d'accords tendant à la libéralisation de l'octroi des visas entre l'Union européenne et la Russie. Elle a par ailleurs décidé par consensus de plusieurs paquets de mesures, telles que des interdictions de voyager et des mesures restrictives financières contre les individus et les entreprises portant atteinte ou menaçant l'intégrité territoriale de l'Ukraine et/ou ayant tiré bénéfice de l'annexion de la Crimée. Elle a enfin adopté une série de mesures restrictives ayant trait à la coopération avec la Fédération de Russie, qui ciblent les échanges UE/Russie dans des secteurs économiques spécifiques

⁴ Sur le fondement de l'art. 215 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, adopté le 25 mars 1957, version à jour au 26 octobre 2012.

⁵ Définition de l'Institut du Droit International dans son *Annuaire*, 1934, p. 708 ; citée par Ch. LEBEN, « Les contre-mesures inter-étatiques et les réactions à l'illicite dans la société internationale », *AFDI* Vol. 28, 1982, pp. 9-77, p. 14.

⁶ Arts. 49-54 des Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, Commission du droit international, adopté par l'Assemblée générale des Nations unies par sa résolution A/56/83 du 12 décembre 2001.

(principalement le secteur militaire)⁷ et a prononcé un embargo sur les marchandises en provenance de la Crimée⁸.

Or, pour bien comprendre la position allemande dans la crise ukrainienne, il convient de ne pas négliger l'importance des relations entre l'Allemagne et la Russie. D'alliances militaires en querelles territoriales, d'unions dynastiques en amitiés politiques, de vagues d'exil successives⁹ jusqu'à l'invasion de Berlin par l'armée rouge au printemps 1945, avec les conséquences qu'on lui connaît, les relations germano-russes ont, durant un millénaire, façonné l'Europe. L'Allemagne et la Russie imprègnent mutuellement leurs cultures, leurs traditions, leurs sociétés, et mènent en ce sens depuis la fin de la guerre froide un « partenariat stratégique » politique et économique. Ainsi, en 2004, environ 34% du pétrole et 42% du gaz naturel utilisés en Allemagne étaient importés de Russie, lit-on sur le [site internet](#) de l'Agence fédérale allemande pour l'éducation civique (BPB), qui dépend du Ministère allemand de l'Intérieur.

B. Détérioration du « partenariat stratégique » entre l'Allemagne et la Russie

Les mesures restrictives, perçues au mieux comme inopérantes, au pire comme contre-productives, sont ouvertement critiquées en Allemagne. L'interdiction d'exporter des armes vers la Russie a coûté un marché de plus de 135 millions d'euros au conglomérat *Rheinmetall AG*, le contrat ayant été gelé par le Ministre de l'économie, M. Sigmar Gabriel¹⁰. La Chambre du Commerce extérieur germano-russe fait état de la détérioration significative des importations et exportations entre l'Allemagne et la Russie dans une [note explicative](#) ; tandis que le Ministère de l'économie et de l'énergie [annonce](#) un recul de presque 24% du volume des échanges entre l'Allemagne et la Russie en 2015. Le Comité des relations économiques en Europe de l'Est, qui représente les grands syndicats de branches de l'économie allemande, [rapporte](#) que les exportations vers la Russie sont tombées à tout juste 14 milliards d'euros au premier semestre 2016, c'est-à-dire à la moitié de ce qu'elles représentaient en 2012.

⁷ Décision du Conseil du 31 juillet 2014, 2014/512/ PESC (JOUE L 229, p. 13), amendée, étendue et prorogée par décision du Conseil du 12 septembre 2014, 2014/659/PESC (JOUE L 271, p. 54) puis par décision du Conseil du 5 décembre 2014, 2014/872/PESC (JOUE L 349, p. 58) puis par décision du Conseil du 2 octobre 2015 (PESC) 2015/1764 (JOUE L 257, 2.10.2015, p. 42) puis par décision du Conseil du 2 juillet 2016, (PESC) 2016/1071 (JOUE L 178, p. 21).

⁸ Décision du Conseil du 23 Juin 2014, 2014/386/PESC (JOUE L 183, p. 70) amendée, étendue et prorogée le 19 décembre 2014, 2014/933/ PESC (JOUE L 365, p. 152) et le 18 juin 2016, (PESC) 2016/982/ (JOUE L 161, p. 40).

⁹ Voy. la question des « allemands de Russie » (*Russlanddeutsche*), qui seraient encore plus d'un demi-million sur le territoire de la Fédération de Russie. Ils sont éligibles à la nationalité allemande en vertu des art. 116 de la loi fondamentale et § 6 de la loi fédérale sur les exilés et les réfugiés (BVFG).

¹⁰ La France renoncera peu après à livrer deux navires Mistral à la Russie, voy. AFP, AP et Reuters, « [Mistral : entre la France et la Russie, les navires de la discorde](#) », Le Monde, 15 mai 2015.

Du point de vue russe, les mesures restrictives économiques adoptées par l'Union européenne, qui n'ont pas été autorisées par le Conseil de Sécurité, constituent elles-mêmes une violation du droit international. La Russie a dès lors imposé des restrictions à l'importation des produits agricoles provenant des États de l'Union européenne et d'autres pays, jusqu'au 31 décembre 2017. Comme l'Union européenne, la Russie a en outre établi une liste noire de ressortissants européens interdits d'entrée sur le territoire russe ; en font partie huit personnalités politiques allemandes (notamment l'eurodéputé Daniel Cohn-Bendit), rapporte la [FAZ](#). La Russie s'est en outre rapprochée de la Chine avec qui elle a signé un accord d'export de gaz naturel de 400 milliards de dollars, selon le [New York Times](#) – un rapprochement qui pénalise tant l'Union européenne que les États-Unis d'Amérique. Les mesures restrictives et contre-mesures restrictives touchent donc durement l'économie allemande, qui appelle à la levée des mesures restrictives et la reprise des échanges privilégiés entre les deux partenaires.

La posture de l'Union européenne dans la tentative de résolution du conflit a été considérablement affaiblie par l'échec et le coût financier des mesures restrictives économiques décidées dans les premiers temps de la crise¹¹. En 2016, lors d'une visite à Berlin du Président Petro Poroschenko, la chancelière Angela Merkel a toutefois estimé que la levée des mesures restrictives était prématurée, tant que les accords de Minsk (*cf. infra*) n'étaient pas parfaitement respectés. En d'autres termes, bien que l'Allemagne et l'Union Européenne soient actuellement dans une impasse avec la Russie – les mesures restrictives ayant eu tout sauf l'effet escompté – il n'est en aucun cas question de les lever. En ce sens, l'Allemagne se montre prête à sacrifier « un intérêt politique immédiat à la prééminence du droit »¹², ce que l'on peut interpréter comme un signe de santé du droit international et de la « *rule of law* ».

II. TENTATIVE DE REGLEMENT PACIFIQUE DU DIFFÉREND SUR LA CRIMÉE

Le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne, et en particulier le Ministre des Affaires étrangères, M. Frank-Walter Steinmeier, se sont mis en position d'œuvrer à la résolution politique du conflit, en utilisant d'autres moyens : aide financière et logistique, ainsi que des négociations inlassables avec l'ensemble des parties prenantes. Le rôle du chef de la diplomatie allemande en ce sens ne devrait pas être sous-estimé. La politique allemande, éminemment pragmatique, s'est concentrée sur le soutien à la stabilité de la région (A), conformément à l'objectif final de résolution du différend ukrainien par la voie des négociations (B).

A. Doctrine de la « patience stratégique »

¹¹ E. ASHFORD, « Not-so-smart sanctions, The failure of Western Restrictions against Russia », 95 *Foreign Aff.* 114 2016, p. 118.

¹² Sur la mise en œuvre d'« intérêts altruistes » par les États dans leur politique juridique extérieure, Voy. R. KOLB, *Réflexions sur les politiques juridiques extérieures*, Pedone, 2015, 138 pp., p. 68.

L'« offensive diplomatique » repose sur la doctrine de la « [patience stratégique](#) ». La nécessité de mener une coopération sélective avec la Russie a [ensuite](#) été évoquée par la Haute-Représentante de l'Union Européenne pour les affaires étrangères et la politique de sécurité, Mme Federica Mogherini.

Au-delà des mesures restrictives et de la seule question de l'annexion de la Crimée, le gouvernement fédéral allemand, s'inquiétant de l'instabilité de la région, fournit une aide humanitaire et logistique pour soutenir l'économie ukrainienne. Le Ministère des affaires étrangères allemand coordonne les efforts d'autres ministères fédéraux et institutions de coopération et de développement (comme l'établissement de crédit pour la reconstruction [KfW](#) et l'agence de coopération internationale [GIZ](#)) ainsi que des entreprises et de la société civile allemands dans le cadre du « [Plan d'action Ukraine](#) ». Ce soutien logistique et financier à l'Ukraine procède d'un souci de stabiliser la région et fait à ce titre partie intégrante de la politique allemande – tout ambiguë qu'elle soit – visant à soutenir l'Ukraine face au géant russe tout en évitant la confrontation. Outre la prise en charge de situations d'urgence, le « Plan d'action » met en œuvre un programme durable de réformes structurelles que l'Allemagne perçoit comme absolument vitales pour l'État ukrainien. Sont visés les domaines suivants : l'énergie et la valorisation des ressources, le développement économique, la décentralisation et l'autonomie locale, l'État de droit et la lutte contre la corruption ainsi que le soutien à la société civile, à l'éducation, et aux médias. Autrement dit, cet aspect de la politique extérieure allemande prend l'exact contrepied de la politique russe en Ukraine. Il est dès lors loisible d'y voir un moyen détourné de maintenir l'équilibre entre les deux parties au différend.

La République fédérale d'Allemagne a par ailleurs valorisé sa présidence, en 2016, de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe ([OSCE](#)) afin d'initier un processus de règlement pacifique du différend. En utilisant ce forum multilatéral majeur, l'Allemagne a tenté d'œuvrer vers une désescalade et une résolution politique du conflit. De fait, la gestion de la crise ukrainienne a été la priorité déclarée de la présidence allemande de l'OSCE durant toute l'année 2016. L'Allemagne a ainsi contribué à mettre en place plusieurs processus de médiation ; notamment le « groupe de contact trilatéral » et le « Quatuor Normandie ».

B. Compromis et négociations

Le groupe de contact trilatéral entre l'OSCE, l'Ukraine et la Russie a été lancé en juin 2014 et a été l'instrument le plus important de la médiation pour la crise ukrainienne. C'est en son sein qu'a été adopté le [Protocole de Minsk](#) (en russe), qui a tenté (vainement) de mettre fin à la guerre du Donbass en septembre 2014. Cet accord prévoyait en particulier un cessez-le-feu, le retrait d'armes lourdes, des échanges de prisonniers et la tenue d'élections. La mise en œuvre du Protocole de Minsk est échue à la [mission spéciale de suivi du Conseil permanent de l'OSCE](#) en Ukraine. Entre 500 et 1000 observateurs internationaux ont pour tâche de contribuer à l'observation du cessez-le-feu entre les groupes rebelles des provinces sécessionnistes de l'Est de l'Ukraine, et plus généralement du bon fonctionnement

des institutions ukrainiennes, particulièrement en situation électorale. La mission est en place jusqu'à la fin du mois de mars 2017. Outre la présidence de l'OSCE en 2016, la République fédérale d'Allemagne a contribué aux activités de l'OSCE en fournissant un soutien logistique et financier crucial à la mission spéciale de suivi du Conseil permanent. En particulier, l'Allemagne est l'un des principaux contributeurs de la mission, auprès de laquelle elle a détaché plus de 30 experts tandis qu'elle contribue financièrement à hauteur de 12% au budget annuel de la [Mission d'observation en Ukraine](#). Malgré la médiation de l'OSCE, la situation en Ukraine s'est à nouveau rapidement détériorée.

A l'occasion des cérémonies du 70^{ème} anniversaire du débarquement allié sur les côtes normandes, Angela Merkel, François Hollande, Petro Poroshenko et Vladimir Poutine se sont rencontrés de manière semi-officielle. Si le quatuor – rapidement surnommé « Format Normandie » – s'est réuni à l'invitation du Président Hollande, le rôle de l'Allemagne y a toujours été prépondérant. Le Format ou Quatuor Normandie rassemble l'Allemagne et la France en tant que médiateurs de la crise ukrainienne et l'Ukraine et la Russie en tant que parties. Son objectif, dans la lignée de l'échec du groupe de contact trilatéral et de l'effondrement du Protocole de Minsk, est de trouver une solution politique satisfaisante au conflit par la voie des négociations. C'est ainsi qu'un [nouvel accord est signé à Minsk](#) (en russe) en 2015, qui reste cependant très fragile. Des représentants de l'État au plus haut niveau se réunissent à intervalles réguliers. En particulier, les ministres des affaires étrangères des quatre États parties au « Format » se sont rencontrés à l'invitation du ministre Steinmeier à Berlin en mai 2016 alors que le cessez-le-feu ukrainien se faisait plus volatile. En octobre, ce sont à nouveau les quatre chefs d'État et de gouvernement qui se sont retrouvés à Berlin pour établir une feuille de route de mise en œuvre de Minsk II, dans la perspective d'inscrire le cessez-le-feu dans le temps. Ces progrès substantiels sont cependant perturbés par les inimitiés des parties prenantes au Format : la paix en Ukraine se dérobe encore.

Les moyens et méthodes qui ont été préconisés par l'Allemagne dans le cadre de la sortie de crise ukrainienne – négociations informelles au plus haut niveau, soutien financier et logistique – ont davantage porté de fruits que le mécanisme de mesures restrictives que l'Union européenne a spontanément mis en place. Depuis janvier 2017, l'Allemagne reste dans la Troïka de présidence de l'OSCE. Ses efforts et leur réussite en demi-teinte placent l'Allemagne au centre de la diplomatie européenne, davantage que l'Union européenne, qui bénéficie au demeurant sans doute de moins de flexibilité et de marge de manœuvre. La position allemande vis-à-vis de l'Ukraine montre une oscillation, une dynamique constante entre ses intérêts économiques d'une part (sa volonté de ne pas indisposer durablement le partenaire russe) et son « intérêt moral » au respect, à l'évolution et au renforcement du droit européen et du droit international d'autre part.

B. La position officielle de l'Allemagne concernant la lutte contre *Daesh*

Emanuel CASTELLARIN, Professeur à l'Université de Strasbourg

L'Allemagne participe à la lutte contre *Daesh* en Irak et en Syrie par le biais de l'opération *Counter Daesh*. Lorsqu'il a autorisé l'opération, le Bundestag a déterminé, non sans ambiguïté, ses fondements du point de vue du droit international. Il s'agit du droit de légitime défense reconnu par l'article 51 de la Charte des Nations Unies, en lien avec trois résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies et avec l'article 42 § 7 du Traité sur l'Union européenne.

Germany takes part in the fight against *Daesh* in Irak and Syria through operation *Counter Daesh*. In authorising the operation, the Bundestag has determined, in a somehow ambiguous way, its legal basis in international law: the right of self-defense recognised by article 51 of the UN Charter, in conjunction with three UN Security Council resolutions and article 42 § 7 of the Treaty on the European Union.

Comme plusieurs autres États, l'Allemagne participe à la lutte contre *Daesh* en Irak et en Syrie. Dans le cadre de la coalition arabo-occidentale, le gouvernement fédéral a envoyé à partir de septembre 2014 une quarantaine d'instructeurs militaires en Irak et livré des armes (systèmes antichar, fusil d'assaut et pistolets) aux *peshmergas* kurdes. Après les attentats de Paris et de Saint-Denis du 13 novembre 2015, l'Allemagne a organisé l'opération *Counter Daesh*, qui comprend des actions non seulement en Irak, mais aussi en Syrie. Contrairement à la France après les attentats de novembre 2015, l'Allemagne n'a pas réagi à l'attentat du 19 décembre 2016 à Berlin par une intensification significative de ses activités militaires au Moyen Orient.

L'opération *Counter Daesh* mobilise jusqu'à 1200 soldats, affectés au fonctionnement d'une frégate et de sept avions, dont un ravitailleur et six avions de reconnaissance, qui décollent de la base d'Incirlik en Turquie. La participation allemande à la coalition est modeste par rapport à celles d'autres États membres de l'OTAN. Par exemple, les États-Unis ont déployé environ 7000 soldats et autant de personnels sous contrat avec des sociétés militaires privées ; la France a déployé plus de 3000 hommes ; tant les États-Unis que la France ont déployé un groupe aéronaval comprenant un porte-avions et quelques dizaines d'avions. La participation allemande est comparable, par sa taille, à celle de l'Australie et du

Canada, mais inférieure à celle du Royaume-Uni ou de l'Italie. Néanmoins, cette opération est très importante à l'échelle de la politique étrangère allemande¹³.

Du point de vue juridique, l'opération *Counter Daesh* a nécessité une autorisation parlementaire (I), à l'occasion de laquelle s'est posée la question de son fondement en droit international (II).

I. LE FONDEMENT JURIDIQUE EN DROIT CONSTITUTIONNEL ALLEMAND

Comme le *Bundesverfassungsgericht* l'a rappelé en septembre 2015 à propos de l'Opération Pegasus organisée en Lybie¹⁴, conformément à la Loi fondamentale et à une loi de 2005¹⁵, le *Bundestag* doit en principe autoriser *ex ante* tout déploiement des forces armées allemandes (*Einsatz bewaffneter Streitkräfte*). Le 2 décembre 2015 le *Bundestag* a discuté le projet présenté la veille par le gouvernement fédéral¹⁶. Le 4 décembre 2015, celui-ci a été approuvé par 445 voix contre 146, avec sept abstentions¹⁷. L'opération *Counter Daesh* a donc été autorisée par le *Bundestag* jusqu'au 31 décembre 2016 et l'autorisation a été renouvelée le 10 novembre 2016 jusqu'à fin 2017.

Dans le cadre d'un conflit entre organes constitutionnels, la Cour constitutionnelle peut contrôler la constitutionnalité des décisions par lesquelles le *Bundestag* autorise les opérations militaires à l'étranger. Saisie à cet effet par le *Grundrechtspartei*, la Cour a considéré que ses demandes étaient irrecevables au titre d'un conflit entre organes constitutionnels, notamment car l'association demanderesse n'était pas un parti politique¹⁸. La Cour ne s'est donc pas penchée sur les arguments avancés à l'encontre de la décision du *Bundestag*, ce qui aurait permis de clarifier la nature de l'opération *Counter Daesh* non seulement en droit constitutionnel allemand, mais aussi en droit international. Selon le

¹³ J.-P. MAULNY, « Participation de l'Allemagne à la guerre en Syrie : un tournant stratégique ? », <http://www.iris-france.org/68213-participation-de-lallemagne-a-la-guerre-en-syrie-un-tournant-strategique/>.

¹⁴ BVerfG, 2 BvE 6/11, 23 septembre 2015. Pour un résumé, E. CASTELLARIN, in R. RIVIER (dir.), « Jurisprudence étrangère intéressant le droit international », *Revue générale de droit international public*, 2016, n° 4.

¹⁵ *Gesetz über die parlamentarische Beteiligung bei der Entscheidung über den Einsatz bewaffneter Streitkräfte im Ausland (Parlamentsbeteiligungsgesetz)*, 18 mars 2005.

¹⁶ *Bundestag*, BT Drucksache 18/6866, 1^{er} décembre 2016.

¹⁷ Pour un commentaire, A. PETERS, « German Parliament decides to send troops to combat ISIS – based on collective self-defense “in conjunction with” SC Res. 2249 », <http://www.ejiltalk.org/german-parliament-decides-to-send-troops-to-combat-isis-%E2%88%92-based-on-collective-self-defense-in-conjunction-with-sc-res-2249/>.

¹⁸ BVerfG, 2 BvE 6/15, 18 février 2016.

Grundrechtspartei, la décision du Bundestag était incompatible notamment avec l'article 87a § 2 de la Loi fondamentale. Selon cet article, « [e]n dehors de la défense, les forces armées ne doivent être engagées que dans la mesure où la présente Loi fondamentale l'autorise expressément ». En effet, le gouvernement, avec l'approbation du *Bundestag*, s'est efforcé de démontrer qu'il s'agissait bien d'une opération de défense. Les demandeurs soutenaient également que la décision du *Bundestag* ne respectait pas les règles du « système de sécurité mutuelle collective » auquel fait référence l'article 24 § 2 de la Loi fondamentale.

Les questions qui se posent sur le plan constitutionnel correspondent à celles qui se posent sur le plan international. La couverture constitutionnelle de l'article 87a § 2 de la Loi fondamentale (il s'agit d'une opération de défense) se double donc, dans les intentions du gouvernement et du *Bundestag*, de celle de l'article 24 § 2 (l'opération s'insère dans les systèmes de sécurité mutuelle collective auxquels participe l'Allemagne).

II. LE FONDEMENT JURIDIQUE EN DROIT INTERNATIONAL

Du point de vue du droit international et européen, l'autorisation de mener l'opération *Counter Daesh* présente un intérêt direct dans la mesure où le projet gouvernemental et le débat parlementaire précisent le fondement juridique qui, selon l'Allemagne, rend licite son intervention à l'étranger. En ce qui concerne l'intervention en Irak, l'invitation du gouvernement irakien constituait déjà un fondement solide. La position allemande est plus intéressante en ce qui concerne la Syrie, car le gouvernement syrien n'a pas donné son consentement à l'intervention armée de la coalition arabo-occidentale sur son territoire : si un consentement implicite pouvait être envisageable dans un premier temps, il ne l'était plus depuis septembre 2015, avant le début des opérations allemandes en Syrie. *Prima facie*, une intervention militaire en Syrie est donc illicite en droit international, car incompatible avec l'interdiction de l'emploi de la force établi par l'article 2 § 4 de la Charte des Nations Unies et par le droit coutumier.

Selon le projet du gouvernement tel qu'il a été adopté par le *Bundestag*, le fondement juridique de l'opération allemande en droit international est constitué par le droit de légitime défense reconnu par l'article 51 de la Charte des Nations Unies : il s'agit donc d'une opération de défense (A). Ce premier fondement n'est pas dépourvu de tout lien (*in Verbindung*) avec les systèmes de sécurité mutuelle collective auxquels participe l'Allemagne, dont le support normatif est constitué par trois résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies (B) et par l'article 42 § 7 du Traité sur l'Union européenne (C).

A. Le droit de légitime défense

L'article 51 de la Charte des Nations Unies reconnaît le « droit naturel de légitime défense » des membres de l'organisation. Les motivations du projet gouvernemental, ainsi que les explications du ministre des affaires étrangères lors le

débat au *Bundestag*, précisent qu'en l'espèce il s'agit du droit de légitime défense collective exercé en faveur de la France. En effet, après les attentats de novembre 2015, le gouvernement français avait déclaré intervenir en Syrie au titre de son droit de légitime défense à l'encontre de *Daesh*¹⁹. Cette position a suscité la perplexité de certains auteurs, qui soulignent que – malgré certains infléchissements qui semblent émerger dans la pratique étatique à partir de 2001 – le droit de légitime défense ne s'applique que dans les relations interétatiques²⁰ de sorte qu'il ne peut être exercé à l'égard de personnes privées telles que les groupes terroristes, aussi organisés et dangereux soient-ils. Néanmoins, un rapport préparé par le centre d'études du *Bundestag* en vue de la discussion parlementaire²¹ considère qu'une évolution du droit coutumier est en train de se produire. La position allemande conforte l'idée que, aux fins de l'exercice du droit de légitime défense, l'agression subie par un État peut être imputable uniquement à des personnes privées, sans devoir nécessairement être imputable à un État.

Cependant, la position allemande manifeste une prudence qui aboutit à une certaine ambiguïté. En premier lieu, le gouvernement fédéral et le *Bundestag* ne prennent pas position sur la doctrine dite « *unwilling or unable* » avancée par certains États, notamment par les États-Unis. Selon cette doctrine, le droit de légitime défense peut être exercé à l'égard d'un État auquel l'attaque n'est pas attribuable, mais qui ne peut ou ne veut pas combattre les personnes privées auteurs de l'attaque²². Telle est la thèse que les États-Unis ont soutenue, à partir de septembre 2014, en ce qui concerne l'activité de *Daesh* en Syrie, pour exercer le droit de légitime défense collective en faveur de l'Irak. Certains autres États (Canada, Australie, Turquie) ont adopté la même position, mais tel n'est pas le cas de la France. D'autres États enfin (Russie, Iran, Cuba, Venezuela) ont même condamné cette doctrine comme contraire au droit international. Comme d'autres États qui participent à la coalition arabo-occidentale en Syrie, l'Allemagne ne condamne ni n'approuve explicitement cette doctrine controversée, se bornant à en prendre acte²³. En définitive, la position allemande sur la légitime défense, similaire à celle de la France, soulève des interrogations car, du point de vue juridique, elle est à la fois novatrice et bancal. À défaut de tout rattachement, voire de toute imputation, à un État que la doctrine « *unwilling or unable* » s'efforce d'établir, comment expliquer que le droit de légitime défense puisse être exercé en cas

¹⁹ F. ALABRUNE, « Fondements juridiques de l'intervention militaire française contre Daesh en Irak et en Syrie », *Revue générale de droit international public*, 2016, pp. 41-50.

²⁰ P. ex., F. LATTY, « Le brouillage des repères du *jus contra bellum*. À propos de l'usage de la force par la France contre Daesh », *Revue générale de droit international public*, 2016, pp. 11-39.

²¹ Bundestag (Wissenschaftliche Dienste), *Staatliche Selbstverteidigung gegen Terroristen Völkerrechtliche Bewertung der Terroranschläge von Paris vom 13. November 2015*, WD 2 - 3000 - 203/15, p. 14.

²² Pour un résumé de la pratique étatique, O. CORTEN, « The 'Unwilling or Unable' Test: Has it Been, and Could it be, Accepted? », *Leiden Journal of International Law*, 2016, pp. 777-799.

²³ Doc. préc. note 4, p. 2.

d'agressions imputables à des personnes privées ? S'il est plausible que le droit coutumier soit en train d'évoluer sur cette question, la position du gouvernement allemand et du *Bundestag* ne contient guère d'éléments permettant d'expliquer de manière cohérente le « nouveau » droit de la légitime défense. Sans doute conscients des zones d'ombre entourant le droit de légitime défense, le gouvernement allemand et le *Bundestag* soulignent que celui-ci entretient un lien étroit avec d'autres fondements de l'intervention en Syrie.

B. Les résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies

Les résolutions 2170 (2014), 2199 (2015) et 2249 (2015) du Conseil de sécurité des Nations Unies sont relatives aux *Menaces contre la paix et la sécurité internationales résultant d'actes de terrorisme*²⁴. Les deux premières condamnent l'activité de *Daesh* et invitent les États à adopter des mesures n'impliquant pas l'emploi de la force. Quant à la troisième, elle se caractérise à la fois par la mention de l'article 51 de la Charte des Nations Unies, par le rappel au respect du droit international et par la « demande aux États Membres qui ont la capacité de le faire de prendre toutes les mesures nécessaires ». Au moment de son élaboration, cette formulation ambiguë qui semble faire référence à l'emploi de la force sans pour autant l'autoriser au titre du chapitre VII de la Charte, présentait l'avantage de satisfaire à la fois les États qui étaient déjà intervenus en Syrie sans l'autorisation du gouvernement syrien, et ceux qui exigeaient un rappel au droit international en vigueur. Ainsi cette formulation a-t-elle permis l'adoption de la résolution au sein du Conseil, malgré les menaces de veto des membres permanents et notamment de la Russie.

Le débat parlementaire allemand a fait apparaître qu'une véritable autorisation du Conseil de sécurité était utile voire nécessaire à l'opération *Counter Daesh* pour plusieurs députés. Faute d'une autorisation non équivoque, la référence aux résolutions onusiennes a pour but de contribuer à renforcer la référence au droit de légitime défense. De l'avis du gouvernement fédéral et du *Bundestag*, la résolution 2249 s'applique aux opérations engagées contre *Daesh* conformément à l'article 51 de la Charte des Nations Unies²⁵. Apparemment rassurante, cette affirmation est en réalité sibylline. Tout d'abord, l'exposé des motifs se garde bien d'en préciser les effets. En outre, l'opération est-elle couverte par la résolution 2249 dans la seule mesure où elle serait conforme à l'article 51 de la Charte ou bien justement du fait qu'elle est positivement conforme à cet article ? Dans le premier cas, on est en présence d'une tautologie, qui ne parvient pas à expliquer dans quelle mesure la résolution 2249 est un fondement autonome de l'intervention allemande en Syrie. Dans le second cas, il faut encore démontrer pourquoi l'opération constitue un exercice du droit de légitime défense.

²⁴ Conseil de sécurité, résolutions 2170 (2014), 15 août 2014 ; 2199 (2015), 12 février 2015 ; 2249 (2016), 20 novembre 2015.

²⁵ Doc. préc. note 4, p. 2.

Cette ambiguïté n'a rien d'étonnant et correspond sans doute à l'effet recherché par le Conseil de sécurité. Peu après les attentats de Paris et de Saint-Denis, la résolution devait encourager une pratique étatique inspirée par une conception extensive du droit de légitime défense, sans en modifier explicitement les conditions d'exercice. Comme le Royaume-Uni et les Pays-Bas, qui ont également fait référence à la résolution 2249 lors de l'autorisation parlementaire accordée à l'intervention en Syrie, l'Allemagne contribue donc à l'« effet boule de neige » à droit constant déclenché par la résolution 2249. Une fois établi – ou plutôt évoqué – le lien existant entre la légitime défense et le système de sécurité collective onusien, l'autorisation parlementaire mentionne également le lien entretenu avec le système de sécurité mutuelle de l'Union européenne.

C. L'article 42 § 7 du Traité sur l'Union européenne

Selon la clause d'assistance mutuelle de l'article 42 § 7 du Traité sur l'Union européenne, « [a]u cas où un État membre serait l'objet d'une agression armée sur son territoire, les autres États membres lui doivent aide et assistance par tous les moyens en leur pouvoir, conformément à l'article 51 de la charte des Nations unies ». Invoquée par la France le 16 novembre 2015, cette clause avait donné lieu le jour suivant à une promesse d'assistance de la part des États membres de l'Union²⁶. Cette déclaration collective adoptée par les ministres de la défense des États membres dans le cadre du Conseil des affaires étrangères (défense) n'est pas un acte du Conseil de l'Union²⁷ : le *Grundrechtspartei* en a contesté en vain la constitutionnalité devant la Cour constitutionnelle, qui sait parfois être très détaillée dans l'analyse du droit institutionnel de l'Union au titre des contrôles *ultra vires* et du contrôle du respect de l'identité constitutionnelle.

La valeur politique de cette première utilisation de la clause d'assistance mutuelle suffit à rendre opportune sa mention dans l'autorisation de l'opération. Toutefois, son articulation avec les autres fondements de l'opération reste incertaine du point de vue du droit international. Bien que les obligations découlant du Traité sur l'Union européenne soient autonomes par rapport au droit onusien et au droit coutumier, la référence de l'article 42 § 7 TUE à l'article 51 de la Charte des Nations Unies tend à exclure que des notions autonomes d'« agression armée » ou de « légitime défense » puissent être utilisées dans ce cadre. Comme pour la résolution 2249, le sens du lien établi avec le droit de légitime défense n'est clair qu'en apparence. La mention de l'article 42 § 7 vient donc corroborer le droit de légitime défense comme fondement principal de l'intervention allemande, sans pour autant lever les ambiguïtés du point de vue de l'Allemagne.

²⁶ Conseil des affaires étrangères, 16-17 novembre 2015, <http://www.consilium.europa.eu/fr/meetings/fac/2015/11/16-17/>. Pour un commentaire, « Vereint gegen den Terror? Die Anwendung der europäischen Bündnisklausel nach den Pariser Anschlägen », <http://voelkerrechtsblog.org/vereint-gegen-den-terror/>.

²⁷ Remarques introductives de la Haute Représentante de l'Union européenne et Vice-Présidente de la Commission européenne Federica Mogherini lors de la conférence de presse avec Jean-Yves Le Drian, Ministre de la défense français, 17 novembre 2015, https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/5553_fr.

C. Arbitrage d'investissement et contrôle de constitutionnalité de la loi sur la sortie de l'Allemagne du nucléaire

Emanuel CASTELLARIN, Professeur à l'Université de Strasbourg

Le *Bundesverfassungsgericht* déclare la constitutionnalité, sous réserve d'une compensation adéquate des producteurs d'énergie nucléaire affectés, de la loi de mai 2011 relative à l'arrêt de la production d'énergie nucléaire à l'horizon 2022. La procédure devant la Cour constitutionnelle, parallèle à un arbitrage d'investissement, illustre la convergence des garanties substantielles et la complémentarité des garanties procédurales offertes par le droit constitutionnel et par le droit international des investissements. Les différences entre les deux espaces normatifs restent néanmoins importantes.

The *Bundesverfassungsgericht* declares that the statute of May 2011 on the phasing-out of the production of nuclear energy by 2022 is constitutional, subject to an adequate compensation of the affected producers. The proceedings before the Constitutional Court are parallel to an investment arbitration. This case shows the convergence of substantial standards of treatment and the complementarity of remedies available to foreign investors under constitutional law and international investment law. However, the differences between these two legal systems are also remarkable.

Par un arrêt du 6 décembre 2016²⁸, le *Bundesverfassungsgericht* s'est prononcé sur la constitutionnalité des dispositions législatives par lesquelles en mai 2011 le Parlement allemand a décidé d'arrêter la production d'énergie nucléaire à l'horizon 2022²⁹. Fin 2010, une loi avait prolongé la durée d'exploitation autorisée des centrales nucléaires établie en 2002³⁰ ; mais la loi sur l'énergie nucléaire de mai 2011, adoptée par la même majorité parlementaire quelques jours après l'accident de Fukushima, a réduit cette durée et imposé la fermeture rapide de certaines d'entre

²⁸ BVerfG, 1 BvR 2821/11, 1 BvR 1456/12, 1 BvR 321/12, 6 décembre 2016. Pour deux commentaires, N. LAVRANOS, « The German Constitutional Court Judgment in the Vattenfall case: Lessons for the ECT Vattenfall Arbitral Tribunal », <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/12/29/german-constitutional-court-judgment-vattenfall-case-lessons-ect-vattenfall-arbitral-tribunal/> ; L. Y. ZIELINSKI, « “Legitimate Expectations” in the Vattenfall Case: At the Heart of the Debate over ISDS », <http://kluwerarbitrationblog.com/2017/01/10/legitimate-expectations-in-the-vattenfall-case-at-the-heart-of-the-debate-over-isds/>.

²⁹ *Dreizehntes Gesetz zur Änderung des Atomgesetzes*, 31 juillet 2011.

³⁰ *Elftes Gesetz zur Änderung des Atomgesetzes*, 8 décembre 2010.

elles. Saisie par les sociétés Vattenfall, E.ON et RWE, propriétaires des centrales nucléaires concernées, la Cour constitutionnelle considère que les dispositions législatives en cause étaient constitutionnelles, sous réserve qu'une compensation adéquate soit accordée aux producteurs d'énergie nucléaire affectés par la mesure. Les modalités de la compensation devront être fixées par le législateur avant le 30 juin 2018.

Cet arrêt est intéressant du point de vue du droit international car il s'insère dans le débat sur l'arbitrage mixte d'investissement, particulièrement vif en Allemagne, dont on a rendu compte dans cette revue³¹. L'une des affaires qui a le plus contribué à attirer l'attention de l'opinion publique allemande sur l'arbitrage d'investissement est celle, en cours depuis mai 2012, relative à l'indemnisation de quatre milliards d'euros demandée par la société suédoise Vattenfall en raison notamment des conséquences de l'entrée en vigueur de la loi de mai 2011³². Dans l'attente de la conclusion de la procédure arbitrale et des suites de l'arrêt de la Cour constitutionnelle sur le plan interne, cette affaire permet déjà à ce stade de formuler des observations sur la relation existant entre le droit constitutionnel et le droit international des investissements. En particulier, on peut observer une certaine convergence des garanties substantielles (I), de même que l'on peut mettre en évidence la complémentarité des garanties procédurales offertes aux investisseurs (II).

I. LA CONVERGENCE DES GARANTIES SUBSTANTIELLES

La Cour constitutionnelle aborde des questions similaires à celles traitées par les tribunaux arbitraux en matière d'investissement. Cette affaire démontre que l'arbitrage d'investissement et le contrôle de constitutionnalité des lois contribuent, selon leurs logiques propres et sur la base d'une légitimité différente, à la prééminence du droit. Bien que la technique suivie par la juridiction constitutionnelle diffère de celle de l'arbitrage d'investissement, cet arrêt nuancé aboutit à des résultats compatibles avec la logique du droit international des investissements.

L'article 14 de la Loi fondamentale consacre le droit de propriété et établit les conditions des expropriations licites. Tout d'abord, la Cour doit déterminer si l'on est en présence d'une propriété protégée par la Loi fondamentale. L'autorisation d'exploiter les centrales nucléaires pour une durée et pour une quantité d'énergie déterminée, établie en 2002 et modifiée en 2010, ne fait pas l'objet, en tant que telle, d'un droit de propriété. Plus généralement, des autorisations de droit public ne peuvent pas faire l'objet d'un droit de propriété. Néanmoins, l'autorisation concernée doit être prise en compte en ce qui concerne la protection des propriétés

³¹ J. SCHEU, « L'Allemagne, le traité transatlantique et la remise en question de l'arbitrage international d'investissement », <http://www.droit-allemand.org/revue/p4/>.

³² *Ibid.*, §§ 31-32. Un autre différend opposant Vattenfall à l'Allemagne à partir de 2009 avait été résolu à l'amiable par une transaction, enregistré par une sentence du... 11 mars 2011.

que sont les centrales nucléaires. Bien que le concept de propriété soit défini de manière plus restrictive que celui d'investissement en droit international, la Cour finit par accorder aux biens des demandeurs une protection d'étendue équivalente à celle du droit des investissements.

Selon la Cour, la loi de 2011 ne peut pas constituer une expropriation au sens de l'article 14 § 3 de la Loi fondamentale car ce concept suppose un transfert de propriété. Toutefois, la Cour confirme que, lorsqu'une disposition législative apporte au pouvoir d'utiliser et de disposer de ses biens des limitations qui ont pour effet de déposséder une personne, la constitutionnalité doit en être appréciée selon un contrôle de proportionnalité plus sévère, au vu notamment des compensations prévues. Cela permet à la Cour, en dépit d'une définition de l'expropriation plus restrictive qu'en droit des investissements, d'aborder la question centrale de la compensation. Certes, le contrôle de proportionnalité *stricto sensu* n'a pas beaucoup de succès auprès des tribunaux arbitraux, mais la démarche de la Cour est similaire, pour l'essentiel, à celle de plusieurs tribunaux arbitraux au sujet de l'expropriation indirecte.

Le retrait sans compensation de la prolongation accordée en 2010 est constitutionnel, comme l'est l'accélération de la sortie du nucléaire pour protéger la santé humaine et l'environnement après l'accident de Fukushima, même en l'absence de nouvelles connaissances scientifiques. Toutefois, la loi est inconstitutionnelle dans la mesure où elle ne prévoit pas de compensation en ce qui concerne la durée d'exploitation des centrales prévue en 2002. En effet, le droit de propriété comprend aussi la protection de certaines attentes légitimes quant à la stabilité du cadre juridique, condition de base de l'investissement. L'arrêt rattache ainsi au droit de propriété constitutionnellement garanti une composante importante du standard de traitement juste et équitable protégé par les accords de protection des investissements.

L'arrêt se résume en deux constats largement compatibles avec la pratique arbitrale. En premier lieu, le législateur peut modifier le cadre réglementaire pour poursuivre des objectifs légitimes de politique publique, mais il doit prévoir une compensation pour les atteintes au droit de propriété. En deuxième lieu, toutes les attentes des investisseurs ne sont pas légitimes, mais certaines modifications imprévisibles du cadre réglementaire portent atteinte à leurs droits.

La convergence générale du droit constitutionnel et du droit international des investissements n'empêche pas des différences de taille quant à la garantie des investisseurs. Du point de vue de ces derniers, les garanties procédurales qui leur sont offertes sont donc complémentaires.

II. LA COMPLÉMENTARITÉ DES GARANTIES PROCÉDURALES

Cette affaire illustre une triple différence de la justice constitutionnelle par rapport à l'arbitrage d'investissement. En premier lieu, les personnes protégées ne

sont pas les mêmes : les deux sociétés allemandes ne sont pas, en tant que telles, des investisseurs étrangers protégés par un accord de protection des investissements. Elles n'ont pas eu accès à un tribunal arbitral, alors que leur demande est recevable devant la Cour constitutionnelle. Face aux difficultés découlant du fait que l'État suédois est le seul actionnaire de Vattenfall, la juridiction constitutionnelle fait preuve de souplesse pour établir la recevabilité de sa requête, compte tenu de la nécessité d'un recours effectif et de la mise en œuvre effective de la liberté d'établissement au sein de l'Union européenne³³.

En deuxième lieu, l'objet de la procédure (et donc les mesures contre lesquelles les investisseurs sont protégés) n'est pas le même. Alors que la Cour constitutionnelle est saisie seulement de la constitutionnalité des dispositions législatives contestées, le tribunal arbitral est saisi du traitement de l'investisseur dans son ensemble, et cela quelle qu'en soit la forme et quel que soit l'organe ou l'agent de l'État qui se trouve à l'origine de ce traitement. Enfin, le standard de protection peut être appliqué de manière remarquablement différente dans une même situation. A ce sujet, il faudra comparer l'indemnisation que l'Allemagne sera éventuellement obligée de verser par la sentence arbitrale, avec la compensation déterminée selon les règles fixées par le législateur sous le contrôle de la Cour constitutionnelle.

Au vu de ces différences, les garanties procédurales de la justice constitutionnelle et de l'arbitrage d'investissements se complètent. D'une part, cette affaire démontre que les juridictions internes disposent des moyens nécessaires pour la protection des investisseurs. La souplesse de la Cour constitutionnelle en ce qui concerne la recevabilité de la requête de Vattenfall est significative de la volonté d'assurer un accès à la justice à un investisseur étranger qui se trouve dans une situation analogue à celle d'investisseurs allemands. La légitimité dont la Cour bénéficie lui confère même un certain avantage : sans doute, si un tribunal arbitral retenait une interprétation aussi souple (*offene Auslegung*) des traités qui fondent sa compétence, il encourrait de vives critiques des États ou de la doctrine.

Mais d'autre part, cette affaire démontre également que les juridictions internes ne suffisent pas à assurer pleinement le respect des droits des investisseurs, même dans un « *highly evolved, efficient legal system which guarantee[s] appropriate legal protection of foreign investors* »³⁴. Ce constat vaut également dans d'autres domaines, par exemple en ce qui concerne les droits de l'homme, le droit de propriété étant protégé, par exemple, également au titre du 1^{er} protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme. Tout d'abord, on peut se demander quel effet pratique a pu jouer l'éventualité d'une condamnation de l'Allemagne dans le cadre de la procédure arbitrale. La prise en compte réciproque des procédures est difficile à évaluer en termes juridiques, mais elle a certainement

³³ §§ 191-202.

³⁴ Stop-TTIP, *Legal Statement on investment protection and investor-state dispute settlement mechanisms in TTIP and CETA*, <https://stop-ttip.org/wp-content/uploads/2016/10/13.10.16-Legal-Statement-1.pdf>, p. 3.

été présente dans la stratégie des acteurs concernés. Ainsi, l'arrêt de la Cour pourrait avoir été influencé par le souci de démontrer que le droit constitutionnel allemand offre aux investisseurs un niveau de protection satisfaisant, ce qui illustrerait un processus d'émulation supposant nécessairement l'existence d'une concurrence entre juridictions.

Ensuite, cette affaire soulève la question de l'opportunité de l'insertion dans les accords de protection des investissements d'une règle d'épuisement des voies de recours internes, parfois proposée comme solution aux dysfonctionnements de l'arbitrage d'investissement³⁵. L'arrêt aurait-il été le même si une procédure arbitrale « parallèle » n'était pas déjà en cours ? Sans doute, l'effectivité de droits reconnus non seulement par le droit international, mais aussi par le droit constitutionnel, aurait été moindre. Dans un différend qui s'est cristallisé en 2012 et dans lequel il est établi que l'investisseur avait droit à une compensation, le versement de celle-ci se fait encore attendre. La modulation dans le temps des effets de l'arrêt de la Cour constitutionnelle, nécessaire pour donner au législateur le temps d'intervenir, implique que l'ordre juridique allemand ne sera pas en mesure d'assurer une compensation effective avant quelques dizaines de mois (au mieux). À supposer qu'elle soit adéquate, on pourra difficilement considérer cette compensation comme prompte, comme l'exige le droit international des investissements.

³⁵ *Ibid.*, p. 2.

D. La Cour constitutionnelle fédérale allemande et l'Accord économique et commercial global euro-canadien

Emanuel CASTELLARIN, Professeur à l'Université de Strasbourg

Le *Bundesverfassungsgericht* autorise la signature et l'application provisoire de l'Accord économique et commercial global euro-canadien (AECG ou CETA), sans préjudice du futur contrôle de la constitutionnalité de l'AECG en vue de sa conclusion en tant qu'accord mixte. La signature et l'application provisoire de l'accord ne sont autorisées qu'avec des réserves résultant du contrôle *ultra vires* et du contrôle du respect de l'identité constitutionnelle allemande. Ces conditions de constitutionnalité tiennent à l'interprétation du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (sur l'étendue des compétences de l'Union et sur l'article 218 § 9) et à des questions de droit international public relatives à l'application provisoire de l'accord.

The *Bundesverfassungsgericht* authorises the signature and the provisional application of the Euro-Canadian Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), without prejudice of the future control of CETA's constitutionality in view of its conclusion as a mixed agreement. The signature and provisional application of the agreement are only authorised subject to conditions based on the *ultra vires* control and the control of the respect of the German constitutional identity. These conditions relate to the interpretation of the Treaty on the Functioning of the European Union (on the scope of EU's competences and on article 218 § 9) and to issues of public international law on the provisional application of the agreement.

Par un arrêt du 13 octobre 2016³⁶, le *Bundesverfassungsgericht* a autorisé, avec des réserves, la signature et l'application provisoire de l'Accord économique et commercial global euro-canadien (AECG ou CETA). Dans plusieurs affaires jointes, le parti *Die Linke* (dans le cadre d'un conflit entre organes constitutionnel) et plus de 200 000 autres demandeurs (dans le cadre d'un recours direct pour violation des droits fondamentaux) demandaient à la cour d'enjoindre au gouvernement fédéral de ne pas voter en faveur de la signature, de l'application provisoire et de la conclusion de l'accord au sein du Conseil de l'Union européenne. En effet, s'agissant d'un accord mixte de l'Union et de ses États membres, le vote favorable du

³⁶ BVerfG, 2 BvR 1368/16, 2 BvE 3/16, 2 BvR 1823/16, 2 BvR 1482/16, 2 BvR 1444/16, 13 octobre 2016. Pour un commentaire, J. BÄUMLER, « Yes, but...For now! The German Federal Constitutional Court's judgment on CETA », <http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2016/10/jelena-b%C3%A4umler-on-the-german-federal-constitutional-courts-judgment-on-ceta-.html>.

gouvernement fédéral allemand était une condition nécessaire de la signature et de l'application provisoire, puis de la conclusion de l'accord.

Selon les demandeurs, l'autorisation de signer, d'appliquer provisoirement et *a fortiori* de conclure l'accord violerait l'article 38 § 1 de la Loi fondamentale (représentation du peuple allemand par le Bundestag), ainsi que l'article 79 § 3 (clause d'éternité) et l'article 20 §§ 1 et 2 (principes démocratiques). En d'autres termes, se plaçant sur le terrain des contrôles *ultra vires* et du respect de l'identité constitutionnelle allemande, les requérants demandaient à la Cour d'enjoindre au gouvernement fédéral, au titre de mesure conservatoire, de s'abstenir d'autoriser la signature de l'accord et son application provisoire, en raison du risque de préjudices irréversibles qui découlerait d'une telle décision. L'arrêt concerne seulement cette demande de mesures conservatoires et ne préjuge pas de la compatibilité de l'accord avec la Loi fondamentale, qui fera l'objet d'un nouvel arrêt en vue de la conclusion (ratification) de l'accord.

Après avoir souligné le risque d'effets négatifs d'une telle injonction si la conclusion de l'accord s'avérait finalement constitutionnelle, la Cour constitutionnelle pose trois conditions pour que la signature et l'application provisoire de l'accord soient elles-mêmes constitutionnelles. En premier lieu, toute décision du Conseil relative à l'accord doit porter uniquement sur les parties de l'accord qui relèvent de la compétence exclusive de l'Union. En deuxième lieu, dans l'attente de l'arrêt relatif à la constitutionnalité de l'accord, la Cour exige que les décisions adoptées par les comités institués par celui-ci aient une « base démocratique » suffisante. En troisième lieu, l'Allemagne doit être en mesure de mettre fin de manière unilatérale à l'application provisoire de l'accord à son égard. Ces trois conditions étant remplies selon la Cour, il n'est pas nécessaire d'enjoindre au gouvernement fédéral de s'abstenir d'autoriser la signature de l'accord. L'AECG a donc pu être signé le 30 octobre 2016 et certaines de ses dispositions font d'ores et déjà l'objet d'une application provisoire. Par un arrêt du 7 décembre 2016 dans quatre affaires jointes portant sur les requêtes de plus de 68000 demandeurs³⁷, la Cour constate que le gouvernement fédéral a respecté les conditions établies dans l'arrêt d'octobre. La Cour rejette donc la demande d'une injonction de mettre fin à l'application provisoire de l'accord à l'égard de l'Allemagne.

En attendant l'arrêt définitif sur la compatibilité de l'accord avec la Loi fondamentale, ces deux arrêts soulèvent d'ores et déjà des questions importantes en ce qui concerne l'articulation entre le droit constitutionnel national, le droit des relations extérieures de l'Union européenne et le droit international général. Ces arrêts illustrent également l'intensité du contrôle de la Cour constitutionnelle allemande sur la constitutionnalité de la procédure de conclusion des accords internationaux. La Cour constitutionnelle allemande, pionnière dans ces deux domaines, était confrontée à une affaire délicate car cruciale non seulement pour les relations euro-canadiennes, mais aussi pour l'avenir de la politique commerciale de l'Union européenne. Dans l'ensemble, la solution adoptée par la Cour est équilibrée

³⁷ BVerfG, 2 BvR 1444/16, 2 BvR 1482/16, 2 BvR 1823/16, 2 BvE 3/16, 7 décembre 2016.

car elle a permis la signature et l'entrée provisoire en vigueur de l'accord, tout en affirmant des conditions de nature à satisfaire certaines demandes des requérants.

Si on peut se féliciter que cet arrêt contribue à une prise en compte accrue des principes démocratiques et du principe de l'État de droit dans la conclusion des accords internationaux, l'intervention d'une juridiction constitutionnelle nationale constitue aussi une nouvelle étape du psychodrame du processus de signature de l'AECG. Conclu comme accord mixte sans que la CJUE ait été saisie de la question de la détermination des compétences respectives de l'Union et de ses États membres, l'AECG illustre toutes les difficultés soulevées par ce type d'accords. Etant signés et conclus par l'Union et par chacun de ses États membres, ces accords sont sujets ; avant leur entrée en vigueur définitive, à un véritable chemin de croix, dont chacun des États membres est une station. Selon un schéma bien connu pour la révision des traités constitutifs de l'Union, chaque État membre peut prendre en otage le processus de conclusion des accords concernés, en conditionnant son acceptation d'un texte pourtant longuement discuté à des aménagements plus ou moins spécifiques et plus ou moins disparates de dernière minute. Si cet arrêt illustre le rôle que peuvent jouer les juridictions constitutionnelles nationales, le parlement wallon a démontré, toujours en octobre 2017, le pouvoir de blocage de certaines entités infra-étatiques³⁸. Les accords mixtes sont désormais sujets à des contrôles nationaux qui dépassent largement ceux des gouvernements et des parlements nationaux.

La multiplicité de ces contrôles n'est pas disproportionnée au regard de l'importance politique de l'accord, mais il est paradoxal que la Cour constitutionnelle doive apprécier, à l'occasion d'une procédure d'urgence, la constitutionnalité d'un accord très complexe, issu de plusieurs années de négociations et prêt pour la signature. La Cour exprime la conscience qu'elle a des difficultés liées à son intervention, lorsqu'elle apprécie les conséquences potentielles de l'injonction qui lui est demandée, notamment pour la crédibilité internationale de la politique commerciale de l'Union. Il n'est guère étonnant que cette affaire, parallèlement à l'épisode wallon et à d'autres accords économiques envisagés, ait suscité des réflexions sur les moyens qui permettraient la participation de tous les organes nationaux intéressés à toutes les phases de la négociation, prévenant ainsi un contrôle de dernière minute³⁹. Plus généralement, c'est l'utilisation même de la technique de l'accord mixte qui est sujette à caution. Les interactions entre les institutions de l'Union et les organes étatiques sont normales dans le cadre de la conclusion d'accords de l'Union. Toutefois, ces interactions ne peuvent aller jusqu'à paralyser l'exercice par l'Union de ses compétences exclusives : au prix de

³⁸ Parmi les nombreux commentaires, voy. C. MESTRE, « L'Union européenne à la sauce belge », <https://blogdroiteuropeen.com/2017/01/06/lunion-europeenne-a-la-sauce-belge-par-le-professeur-christian-mestre>.

³⁹ Cette réflexion engage notamment une ancienne juge constitutionnelle allemande (G. LÜBBE-WOLFF, « Democracy, Separation of Powers, and International Treaty-making. The example of TTIP », *Current Legal Problems*, 2016, pp. 175-198) et plusieurs autres universitaires (Déclaration de Namur, <http://declarationdenamur.eu> ; *Trading Together Declaration*, <http://www.trading-together-declaration.org>).

négociations moins ambitieuses, il est sans doute opportun de délimiter le contenu des accords internationaux de l'Union de manière à conclure séparément les accords qui relèvent des compétences exclusives de l'Union et ceux qui relèvent d'autres types de compétences.

Fidèle à sa jurisprudence consolidée sur le contrôle *ultra vires* et sur le contrôle du respect de l'identité constitutionnelle, la Cour dicte les conditions de la constitutionnalité des actes de droit dérivé de l'Union qui permettent l'entrée en vigueur de l'AECG. Pour parvenir à ce résultat, la Cour adopte une démarche activiste, inévitablement sujette à débat, tant en ce qui concerne l'interprétation du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (I) qu'en ce qui concerne les questions relatives à l'entrée en vigueur provisoire de l'accord (II).

I. L'INTERPRÉTATION DU TRAITÉ SUR LE FONCTIONNEMENT DE L'UNION EUROPÉENNE

La Cour constitutionnelle fédérale n'hésite pas à exprimer son point de vue sur des questions cruciales pour l'avenir des relations extérieures de l'Union, sans pour autant saisir la CJUE d'un renvoi préjudiciel. La position de la Cour est très protectrice de la position des États membres par rapport à l'Union, tant en ce qui concerne les compétences externes (A) qu'en ce qui concerne l'interprétation de l'article 218 § 9 TFUE, relatif aux décisions concernant un accord de l'Union en vigueur (B).

A. Les compétences externes

La Cour pose comme première condition que les décisions du Conseil portent uniquement sur les parties de l'accord qui relèvent de la compétence exclusive de l'Union. Cette condition peut paraître à première vue évidente : la nature mixte de l'accord étant due précisément au fait que les domaines de compétence exclusive de l'Union ne couvrent pas l'ensemble de l'accord, l'Union n'est compétente qu'à l'égard de certaines questions couvertes par celui-ci.

Toutefois, la répartition des compétences entre l'Union et les États membres est incertaine dans les domaines couverts par l'AECG, comme par d'autres accords récents de l'Union en matière économique. L'interprétation de l'article 207 TFUE, qui intègre les « investissements étrangers directs » dans le champ de la politique commerciale commune et donc de la compétence exclusive de l'Union, n'est pas aisée. Cette disposition ne précise pas dans quelle mesure elle couvre le traitement des investisseurs étrangers et le règlement des différends s'y rattachant. En outre, les investissements étrangers indirects, dits « de portefeuille », pourraient relever de la compétence exclusive de l'Union au titre d'autres dispositions du TFUE. La CJUE devrait clarifier ces questions dans l'avis 2/15 à propos de l'accord

économique négocié par l'Union européenne avec Singapour⁴⁰. Un avis lui sera demandé également concernant l'AECG.

En attendant ces clarifications, la Cour constitutionnelle fédérale procède à sa propre interprétation du TFUE, sans renvoyer aucune question préjudicielle à la CJUE. La position de la Cour est cohérente avec la position exprimée par plusieurs États membres dans l'avis 2/15. La Cour considère que les dispositions relatives à la protection des investissements, y compris celles qui sont relatives au système de règlement des différends, n'entrent pas dans la compétence exclusive de l'Union. Selon la Cour, ces questions, en particulier celles qui sont relatives au règlement des différends mixtes entre un investisseur étranger et les pouvoirs publics, relèvent par conséquent de la compétence de la République fédérale d'Allemagne.

Si la position de la Cour n'est pas surprenante, elle reste dangereuse pour le développement de la politique commerciale commune et pour le respect du principe de l'Union de droit. Certes, les juridictions constitutionnelles nationales peuvent, au même titre que tout autre interprète, avancer leur interprétation du TFUE et l'attention que la Cour constitutionnelle fédérale porte à ces questions permet de nourrir le débat en la matière et la réflexion de la CJUE. Cependant, en attendant l'interprétation de la CJUE, il suffit à la Cour constitutionnelle de contester que telle ou telle question relève des compétences exclusives de l'Union pour influencer d'ores et déjà sur la mise en œuvre du droit de l'Union. En termes pratiques, le droit constitutionnel allemand empêche le Conseil d'adopter des décisions relatives aux questions contestées, indépendamment de toute vérification de l'étendue de ses pouvoirs en droit de l'Union.

La possibilité que la jurisprudence allemande relative à l'identité constitutionnelle puisse faire échec à l'application du droit de l'Union n'est pas simplement théorique⁴¹. Faut-il en conclure que, si la CJUE retenait dans l'avis 2/15 une interprétation du TFUE différente de celle de la Cour constitutionnelle fédérale, cette interprétation irait à l'encontre de l'identité constitutionnelle allemande ? Par ailleurs, l'Union a déjà adopté des actes de droit dérivé en vue du règlement des différends en matière d'investissement au titre des accords de l'Union⁴². A l'avenir, ces actes pourraient-ils s'avérer inconstitutionnels en droit allemand ?

Comme pour ce qui concerne les questions de compétence, la Cour constitutionnelle n'hésite pas à donner son interprétation de l'article 218 § 9 TFUE.

⁴⁰ CJUE, Avis 2/15, conclusions de l'avocat général Sharpston, 21 décembre 2016.

⁴¹ BVerfG, 2 BvR 2735/14, 15 décembre 2015.

⁴² Règlement établissant des dispositions transitoires pour les accords bilatéraux d'investissement conclus entre des États membres et des pays tiers, n° 1219/2012, 12 décembre 2012, JOUE L 351, 20 décembre 2012, pp. 40–46 ; règlement n° 912/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 établissant un cadre pour la gestion de la responsabilité financière liée aux tribunaux de règlement des différends entre investisseurs et États mis en place par les accords internationaux auxquels l'Union européenne est partie, 23 juillet 2014, JO L 257, pp. 121-134.

B. L'article 218 § 9 TFUE

Selon cet article, le Conseil, sur proposition de la Commission, établit « les positions à prendre au nom de l'Union dans une instance créée par un accord, lorsque cette instance est appelée à adopter des actes ayant des effets juridiques, à l'exception des actes complétant ou modifiant le cadre institutionnel de l'accord ». En particulier, selon l'article 30.2 § 2 AECG, « le Comité mixte de l'AECG peut décider d'amender les protocoles et annexes du présent accord ». Même si la CJUE ne précise pas totalement le sens de l'expression « actes ayant des effets juridiques »⁴³, l'amendement des protocoles et annexes de l'AECG en fait sans aucun doute partie.

La Cour exige des moyens appropriés de contrôle sur les amendements apportés à l'AECG par le Comité mixte, au sein duquel ne siègent que des représentants de l'Union européenne (plus particulièrement, de la Commission) et non des États membres. On peut saluer l'arrêt dans la mesure où il prend au sérieux, à l'instar de l'AECG, la régulation de l'intégration économique euro-canadienne par des comités. En exigeant que les décisions adoptées par les comités institués par l'AECG aient une base démocratique suffisante, la Cour constitutionnelle contribue de manière utile au débat sur l'interprétation de cette disposition, qu'il n'est pas erroné d'interpréter à la lumière des principes démocratiques des articles 10 et 11 TUE.

La Cour reconnaît que la procédure de vote applicable à l'article 218 § 9 TFUE est la majorité qualifiée. Or, la Cour exige que les décisions concernant l'article 30.2 § 2 AECG ne puissent être prises que sur la base d'une décision unanime du Conseil de l'Union. A l'occasion de la signature de l'AECG, la question des modalités de mise en œuvre de l'article 218 § 9 TFUE a été temporairement neutralisée par la déclaration 18 de la Commission, contenue dans l'Instrument interprétatif commun de l'AECG⁴⁴, dont la Cour se satisfait dans l'arrêt de décembre.

Toutefois, les problèmes soulevés par la Cour constitutionnelle ne tarderont pas à émerger à nouveau dans le cadre de l'arrêt définitif sur la constitutionnalité de l'AECG. S'agissant d'un accord mixte, l'exigence d'unanimité posée par la Cour constitutionnelle ne surprend guère. D'ailleurs, la CJUE a déjà fait preuve de souplesse dans l'interprétation de l'article 218 § 9 pour l'adapter à des circonstances

⁴³ CJUE, C-399/12, *Allemagne c. Conseil (Organisation internationale de la vigne et du vin)*, 7 octobre 2014, Rec.

⁴⁴ « Il est noté qu'il est peu probable qu'une décision modifiant l'AECG et une interprétation contraignante de l'AECG adoptées par le comité mixte de l'AECG soient requises dans un avenir proche. La Commission n'a donc pas l'intention de présenter, au titre de l'article 218, paragraphe 9, de proposition visant à modifier l'AECG ou à adopter une interprétation contraignante de l'AECG avant l'aboutissement de la procédure principale devant la Cour constitutionnelle allemande ».

non prévues explicitement⁴⁵. Comme en matière de compétence, si l'interprétation de la Cour constitutionnelle n'est pas illogique, elle n'est pas non plus la seule possible. Cependant, l'attitude de la Cour constitutionnelle manifeste une tendance à se substituer à la CJUE dans la résolution des difficultés d'interprétation du traité, imposant une interprétation particulière sous peine d'inconstitutionnalité.

Comme déjà dans l'arrêt relatif au traité de Lisbonne et dans l'affaire *Gauweiler* relative aux opérations monétaires sur titres⁴⁶, la Cour constitutionnelle allemande met en œuvre ses compétences de manière particulièrement active. Si on ne peut lui reprocher de ne pas avoir saisi la CJUE d'un renvoi préjudiciel dans le cadre de cette procédure d'urgence, on sait que le problème essentiel de sa démarche consiste dans son ambiguïté : il s'agit à la fois d'un appel au dialogue et d'une menace de dresser le droit constitutionnel national contre le droit de l'Union. L'arrêt d'octobre illustre les risques d'un recours à l'identité constitutionnelle « à l'allemande », qui se sont déjà manifestés à plusieurs reprises⁴⁷. L'hypertrophie des instruments de contrôle démocratique national risque d'empêcher le fonctionnement des institutions de l'Union tel qu'il est prévu par les traités, et donc aussi le développement d'instruments de contrôle démocratique appropriés au niveau de l'Union. Ce constat s'impose aussi à propos de l'application provisoire de l'AECG.

II. L'APPLICATION PROVISOIRE DE L'ACCORD

La troisième condition que la Cour constitutionnelle pose pour reconnaître la constitutionnalité de la décision de signer l'AECG porte sur les modalités de l'application provisoire de l'accord à l'Allemagne. La technique de l'application provisoire a connu en droit international un développement important ces dernières années. De la même manière que le recours aux accords en forme simplifiée⁴⁸, cette technique illustre la tension qui peut apparaître entre le contrôle démocratique de la conduite des relations internationales et l'effectivité des accords concernés. Cette dernière préoccupation est d'autant plus logique s'agissant des accords mixtes de l'Union, dont l'entrée en vigueur définitive peut être particulièrement longue et difficile, qu'ils doivent être ratifiés par tous les États membres. Aussi l'article 218 § 5 TFUE habilite-t-il le Conseil à autoriser l'application provisoire des accords de l'Union.

⁴⁵ Ainsi, cet article peut s'appliquer aussi à des instances créées par des accords auxquels l'Union n'est pas partie et auxquelles l'Union ne participe pas (aff. préc. note 8).

⁴⁶ BVerfG, 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2713/13, 2 BvE 13/13, 17 décembre 2013 et 21 juin 2016.

⁴⁷ P. ex., F. MAYER, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence constitutionnelle allemande », in L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Pedone, 2011, pp. 63-87, pp. 80-87.

⁴⁸ Ces accords, connus dans tous les systèmes constitutionnels, se sont développés de manière spectaculaire dans le système constitutionnel des États-Unis (*executive agreements*), surtout au XX^e siècle, pour pallier la nécessité de ratification parlementaire des traités.

La Cour constitutionnelle se montre particulièrement exigeante à ce sujet. En premier lieu, considérant que des chapitres entiers de l'accord relèvent de la compétence étatique⁴⁹, la Cour a exigé que l'intégralité de ces chapitres soit exclue de l'application provisoire. Finalement, la modulation de l'application provisoire ne s'est pas faite par chapitre, mais par article. Reconnaisant dans l'arrêt de décembre la compatibilité de cette solution avec la Loi fondamentale allemande, la Cour constitutionnelle fait preuve d'un réalisme qui aurait sans doute pu inspirer une rédaction plus prudente de l'arrêt d'octobre.

En second lieu, la Cour considère que l'Allemagne est en mesure de mettre fin de manière unilatérale à l'application provisoire de l'accord à son égard. Il s'agit d'une interprétation discutable de l'article 30.7 § 3, c, selon lequel « [u]ne Partie peut mettre fin à l'application provisoire du présent accord par un avis écrit à l'autre Partie ». La Cour enjoint au gouvernement fédéral de notifier cette exigence « de manière pertinente en droit international » (*in völkerrechtlich erheblicher Weise*). L'interprétation de la Cour pose problème car, s'il est vrai que l'Allemagne est partie à l'AECG, elle ne l'est qu'en tant que composante de l'ensemble formé par l'Union et par ses États membres. En effet, dans les accords mixtes, l'Union et ses États membres constituent une seule partie, comme l'illustre l'intitulé officiel de l'AECG : « Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, *d'une part*, et l'Union européenne et ses États membres, *d'autre part* » (italiques ajoutés).

Le raisonnement de la Cour semble s'expliquer par le fait que l'application provisoire d'un accord mixte doit être soumise au même régime que la signature et la conclusion de l'accord : puisque l'Allemagne doit approuver, au sein du Conseil, la signature de l'accord et le ratifier, elle doit également en approuver l'application provisoire. Par une sorte de parallélisme des formes, elle doit pouvoir mettre fin à celle-ci. En réalité, l'interprétation retenue par la Cour constitutionnelle soulève une question très délicate quant à l'articulation des droits respectifs de l'Union et de ses États membres et révèle une certaine incohérence.

Bien qu'il s'agisse dans un tel cas d'exercer un droit reconnu à l'Union et/ou à ses États membres, la question soulevée par la Cour se pose la plupart du temps en termes d'obligations : qui, de l'Union ou des États membres, est soumis aux obligations découlant d'un accord mixte ? Certainement, l'Union et ses États membres sont soumis ensemble à ces obligations, qualifiées de conjointes. Mais chacun est-il également obligé pour l'intégralité des obligations concernées (les obligations étant alors solidaires) ? Dans la négative, l'Union d'une part et ses États membres d'autre part sont tenus chacun par une part de l'obligation ; dans l'affirmative, chacun est tenu par l'intégralité de l'obligation. La Commission européenne et une partie de la doctrine militent pour la première hypothèse, que la jurisprudence de la CJUE conforte de manière implicite. Il s'agit en soi moins d'une

⁴⁹ Il s'agit notamment de ceux relatifs à la propriété intellectuelle, au transport maritime (chapitre 14), à la protection des investissements (chapitre 8 et 13), aux relations entre le commerce et le travail (chapitre 23) et à la reconnaissance des qualifications professionnelles (chapitre 11).

question de droit de l'Union que d'une question de droit international : à défaut d'une clause d'opposabilité dans l'AECG, le droit de l'Union est inopposable au Canada. Le droit international général milite en faveur de la solidarité des obligations, ce qui implique que, symétriquement, tant l'Union que ses États membres peuvent exercer l'intégralité des droits découlant de l'AECG, par exemple celui de mettre fin à l'application provisoire. Il faut donc croire que la Cour traite cette question en s'appuyant sur le droit international général, et non par référence au droit de l'Union⁵⁰.

Cela n'a rien de critiquable en soi. Toutefois, dans cet arrêt ce raisonnement n'est pas exempt de toute incohérence dans la mesure où il se fonde précisément sur la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres, laquelle n'est pas opposable au Canada. C'est précisément cette logique qui inspire les partisans du caractère conjoint et non solidaire des obligations (et des droits) de l'Union. C'est d'ailleurs une logique déjà présente dans la jurisprudence de la Cour de Karlsruhe : par exemple lorsqu'elle a considéré dans l'arrêt *Lisbonne* que les États membres de l'Union gardent, en tant que membres de l'OMC, leur droit d'action ou de défense dans le cadre du règlement des différends, *pour les questions qui relèvent de leur compétence*⁵¹. Ce raisonnement, s'il était appliqué à l'AECG, remettrait en cause la logique même de l'accord mixte : dans les matières de sa compétence, l'Union (c'est-à-dire, le Conseil à la majorité qualifiée) pourrait décider seule de la signature et de l'application provisoire de l'accord, sans être tenue d'obtenir le consentement de chaque État membre. Le raisonnement mené par la Cour n'est pas totalement cohérent s'agissant des conséquences découlant du caractère mixte de l'accord : d'une part, elle en fait découler, logiquement, l'exigence que les décisions relatives à l'accord soient prises à l'unanimité ; d'autre part, cependant, elle en tire la possibilité d'un retrait unilatéral de l'application provisoire. Le parallélisme du raisonnement de la Cour n'est qu'apparent : suivant la logique de l'unanimité nécessaire, elle aurait dû conclure que le retrait de l'application provisoire ne peut être décidé qu'à l'unanimité, comme toutes les autres décisions relatives à l'AECG. Soumise à l'unanimité mais sujette au retrait unilatéral de chaque État membre, l'application provisoire conserve-t-elle le sens que la procédure « communautaire » de l'article 218 § 5 TFUE a prévu ? A-t-elle même simplement un sens vis-à-vis du Canada ? En admettant même que l'Allemagne puisse mettre fin à son égard à l'application provisoire de l'AECG s'agissant des questions qui relèvent de sa compétence, le raisonnement retenu par la Cour soulève d'autres questions. Seul le Conseil pouvant décider de mettre fin à l'application provisoire de l'accord s'agissant des questions relevant de la compétence de l'Union, l'accord resterait applicable dans ce domaine tant que le Conseil ne s'est pas prononcé dans ce sens. L'AECG resterait alors applicable à l'Allemagne en tant qu'accord de la seule Union, en application de l'article 216 TFUE et en aucun cas l'Allemagne ne pourrait mettre fin à l'intégralité

⁵⁰ §§ 38 et 72.

⁵¹ BVerfG, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09, 30 juin 2009, §§ 374-376 (le raisonnement est fondé sur le droit constitutionnel et sur le droit de l'Union).

de l'accord. Une telle solution serait-elle compatible avec la conception très large de l'identité constitutionnelle que retient la Cour ?

En réalité, la Cour semble consciente des ambiguïtés de son raisonnement. Elle admet que la question est sujette à débat, mais se contente de la déclaration du gouvernement fédéral selon laquelle l'interprétation adoptée par la Cour est correcte. Cette ambiguïté s'est traduite dans la déclaration n° 21 de l'Instrument interprétatif commun établi à l'occasion de la signature de l'AECG : « L'Allemagne et l'Autriche déclarent que, en tant que parties à l'AECG, elles peuvent exercer leurs droits découlant de l'article 30.7, paragraphe 3, point c), de l'AECG. *Les dispositions nécessaires seront prises conformément aux procédures de l'UE* » (italique ajouté). Loin de clarifier la question, cette déclaration fait perdurer l'ambiguïté, laissant la porte ouverte tant à l'interprétation selon laquelle seul le Conseil pourrait mettre fin à l'application provisoire, qu'à celle aux termes de laquelle chaque État membre pourrait y procéder dans la limite de ses compétences. S'engouffrant dans la brèche de l'identité constitutionnelle ouverte par la Cour elle-même, les demandeurs à la procédure de décembre ont relevé la possible incompatibilité du comportement du gouvernement fédéral avec l'arrêt d'octobre. Pour qualifier la déclaration allemande de notification « pertinente en droit international », selon les conditions posées dans l'arrêt d'octobre, la Cour s'appuie une fois de plus sur les assurances données par le gouvernement fédéral dans le cours de la procédure.

La souplesse ainsi accordée au gouvernement fédéral peut être analysée comme la manifestation d'un sain pragmatisme permettant malgré tout l'application provisoire partielle de l'AECG. Néanmoins, il s'agit d'une conclusion quelque peu paradoxale pour une juridiction par ailleurs si pointilleuse dans l'interprétation du droit de l'Union et si exigeante quant au respect des principes démocratiques. L'arrêt définitif sur la constitutionnalité de l'AECG reviendra probablement sur cette question comme sur d'autres. Loin d'apporter des réponses définitives sur le droit des relations extérieures de l'Union, il s'agira sans doute d'une étape dans un dialogue avec la CJUE qui semble devoir s'étendre dans le temps.