

Avis juridique:

La transparence, les pouvoirs décisionnels
et la responsabilité démocratique de
l'Accord économique et commercial global
entre le Canada et l'UE (AECG)

préparé pour foodwatch par le

**Pr Wolfgang Weiss, titulaire de la chaire de
droit public, droit européen et droit public
international de l'Université de Speyer en
Allemagne**

février 2021

Déclaration sur la transparence, les pouvoirs décisionnels et la responsabilité démocratique de l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'UE (AECG)

1) Transparence de la prise de décision du comité de l'AECG

En ce qui concerne la transparence des travaux des comités de l'AECG, la Commission Européenne publie l'ordre du jour (c'est-à-dire l'ordre du jour de chaque réunion) et les rapports de synthèse des réunions du comité. Les procès-verbaux complets des réunions ne sont pas publiés. Elle considère cela comme suffisant pour avoir une vue d'ensemble des travaux des comités et des échanges. On s'attend à ce que toute décision officielle des comités soit publiée.

D'ailleurs, le comité mixte de l'AECG a pris la décision, dans son règlement intérieur (décision 1/2018)ⁱ de publier les ordres du jour provisoires – règle 8 (3) – et la « synthèse du procès-verbal » – règle 9 (5). Selon la règle 9 (2) et (3), un procès-verbal très détaillé est tenu pour chaque réunion mais il n'est pas publié. Les « rapports » publiés sur le site Web de la Commission Européenne au sujet de chaque réunion des comités de l'AECG constituent donc des « synthèses de ces procès-verbaux ».

Toutefois, la censure de parties de rapports ou d'ordres du jour n'est pas prévue par le règlement intérieur ci-dessus, excepté les informations confidentielles selon l'art. 26.4 de l'AECG. Les informations confidentielles sont celles considérées comme telles selon le droit national.

À cet égard, les pratiques de la Commission quant aux détails rendus publics, respectent probablement les réglementations existantes bien que la pratique fréquente de la censure soulève des questions. Ce n'est pas certain qu'il s'agisse vraiment d'informations confidentielles devant être protégées et qui ne doivent pas être divulguées, ou si la censure a été réalisée pour d'autres raisons.

Néanmoins, les synthèses n'offrent pas un aperçu satisfaisant des activités des comités. Ceci est particulièrement regrettable lorsqu'il s'agit de l'adoption des décisions contraignantes par les comités de l'AECG. Toute élaboration de règles ou adoption d'actes juridiques doit être effectuée de manière transparente afin de pouvoir déterminer les positions et hypothèses sous-jacentes. Pour ce faire, une plus grande transparence est requise dans la prise de décision contraignante par les organes de suivi des traités, outre la publication des ordres du jour et de comptes rendus courts de réunion. Les motifs des parties lors de l'adoption des décisions contraignantes par les comités de l'AECG ne peuvent donc pas être compris.

La transparence sur les décisions contraignantes et leur élaboration, doit donc aller au-delà des règles mentionnées ci-dessus. Car l'UE s'est engagée en faveur de la transparence et du rapprochement avec les citoyens, notamment dans le domaine de la prise de décision – voir l'article 1 (2) TUE (« les décisions sont prises dans le plus grand respect possible du principe d'ouverture et le plus près possible des citoyens ») et l'article 11 (1) et (2) TUE. La Commission a promis d'étendre la transparence, notamment dans le domaine des politiques commerciales, dans sa communication « Le commerce pour tous » de 2015. Cela inclut également la transparence après la conclusion des négociations de la phase de mise en œuvre d'un accord.ⁱⁱ

Ceci est stipulé dans la communication « Le commerce pour tous » à la page 18 :

« le processus d'élaboration des politiques doit être transparent et le débat s'appuyer sur des faits. » ... « La Commission intensifiera également ses efforts en vue de promouvoir un débat informé au sein des États membres et un dialogue plus approfondi avec la société civile au sens large. Cela permettra de sensibiliser les citoyens aux négociations d'accords de

commerce et d'investissement en cours et d'obtenir un retour d'information de la part des parties prenantes. »

La Commission ne fait pas honneur à cet objectif de « sensibilisation des populations » quant à l'élaboration et l'adoption des décisions contraignantes dans les comités ALE et autres organes de suivi des traités, avec son attitude décrite ci-dessus. Les décisions des comités contribuent aussi au processus d'élaboration des politiques dans la politique commerciale bilatérale avec le Canada et représentent, au niveau des questions concrètes, les négociations sur ces problèmes.

À la page 19 de la communication « Le commerce pour tous », la Commission promet « plus d'ouverture dans l'élaboration des politiques ». Ce faisant, la Commission reconnaît l'importance de la transparence notamment les impacts réglementaires de la politique commerciale :

« La transparence est fondamentale pour mieux légiférer. Le manque de transparence nuit à la légitimité de la politique commerciale de l'UE et sape la confiance du public. Il y a une demande de transparence accrue dans les négociations commerciales, en particulier lorsqu'il est question de thèmes de politique intérieure comme la réglementation. ... La transparence devrait s'appliquer à tous les stades du cycle de négociation, de la définition des objectifs aux négociations elles-mêmes et au cours de la phase d'après-négociations. »

Outre les négociations sur les accords proprement dites, la mise en œuvre ultérieure, en particulier l'élaboration des décisions contraignantes, relève de la politique intérieure. Comme le montre plus en détail le point n° 2 ci-après, les comités de l'AECG disposent de pouvoirs décisionnels considérables.

2) La portée des mandats décisionnels des comités de l'AECG

Les pouvoirs décisionnels des comités de l'AECG ne sont pas mineurs mais considérables. En particulier, les comités *peuvent* amender des parties de l'AECG comme démontré ci-après.

Le nombre même de mandats décisionnels des nombreux comités de l'AECG est différent de celui auquel nous sommes habitués avec les autres accords commerciaux ou d'association. Les comités de l'AECG sont très actifs comme en témoigne la liste des activités y afférentes de la Commission.ⁱⁱⁱ

Le fait qu'il n'y ait pas beaucoup de décisions prises jusqu'à présent n'indique rien sur la portée et l'intensité des mandats : le chapitre 8 de l'AECG sur la protection des investissements, une partie essentielle, n'est pas encore entré en vigueur.

Avec leurs décisions, les comités du traité peuvent développer davantage, compléter, mettre en œuvre, voire amender le contenu de l'AECG.

Le mandat du **comité mixte de l'AECG** est très large : « Le Comité mixte de l'AECG 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 présent accord » (art. 26.1 §3 AECG).

Le mandat va au-delà de l'application et de la mise en œuvre (voir art. 26.1 §4 AECG). Les comités de traité de l'AECG disposent d'environ 30 pouvoirs décisionnels différents. Le comité mixte central de l'AECG supervise les comités spécialisés et détient les pouvoirs plus considérables :

- En effet, il peut amender la structure institutionnelle de l'AECG au-delà de la situation actuelle établie par ce dernier. Car le comité mixte de l'AECG peut dissoudre les comités spécialisés, en établir de nouveaux et leur assigner des tâches (art. 26.1 §5 al. g, h AECG).^{iv}

- Il peut aussi modifier des points particuliers de l'AECG (voir l'art. 26.1 §5 al. c conjointement avec l'art. 4.7 §1 al. f, l'art. 8.1, l'art. 8.10 §3, l'art. 20.22) c'est-à-dire décider de l'extension du concept de propriété intellectuelle – art. 8.1 AECG – ou de la définition d'un traitement juste et équitable des investisseurs – art. 8.10.3 AECG. Il peut amender ou compléter des dispositions de l'AECG sur le système harmonisé – art. 2.13.1 al. b AECG – et réfléchir aux modifications du chapitre 4 de l'AECG – art. 4.7.1 al. f à lire conjointement avec l'art. 26.1.5 al. c AECG – ou apportent des amendements au chapitre 23 – art. 23.11.5 AECG. Selon l'art. 20.22.1, à lire conjointement avec l'art. 26.1.5 al. c, le comité mixte de l'AECG peut, en modifiant l'annexe 20-A, ajouter ou retirer des indications géographiques d'origine protégées. Le comité de gestion mixte doit modifier les annexes du chapitre 5, art. 5.14.2 al. d AECG (il est vrai que ce dernier est soumis à l'approbation des parties tandis que tous les autres pouvoirs décisionnels susmentionnés ne nécessitent pas l'approbation ultérieure des parties).
- Le comité mixte de l'AECG peut prescrire une interprétation contraignante des dispositions de ce dernier (art. 26.1.5 al. e), ce qui consiste en une autre forme de modification de l'AECG.
- Il peut décider d'amender les annexes et les protocoles de l'AECG (art. 30.2 §2 AECG) qui font partie intégrante de l'AECG (art. 30.1 AECG).
- Au sein des comités spécialisés, la compétence du comité du commerce des marchandises de décider des mesures de mise en œuvre de l'échange d'informations d'alerte sur les produits entre l'UE et le Canada (art. 21.7 §5) ou celle du comité des services et de l'investissement à modifier le code de conduite des membres du Tribunal des investissements et les règles de procédure applicables (art. 8.44 §2 et 3 al. b AECG), devrait être également examinée dans ce contexte de changement ou de modification des règles de l'AECG.

Ces comités de traité représentent donc un nouveau moyen d'envergure d'exercer des pouvoirs publics complets pour les organes exécutifs, surtout en comparaison des accords commerciaux préexistants de l'UE et des compétences relativement limitées des organes de suivi des traités établis à cet égard (Ex. : l'ALE avec la Corée du Sud ou l'union douanière avec la Turquie). Cette extension exhaustive de la délégation des pouvoirs publics aux organes de suivi des traités nécessite une plus grande transparence sur leurs activités décisionnelles que par le passé.

Les exemples qui suivent illustrent l'impact potentiellement lourd de conséquences de la prise de décision par le comité sur les règles de l'UE :

a) Abaissement des normes de contrôle de la santé publique de l'UE

Des contrôles efficaces des importations de denrées alimentaires sont indispensables pour protéger la santé des consommateurs.

Selon le texte actuel de l'AECG, les contrôles des importations doivent être effectués sur 100 % des importations d'animaux vivants (voir l'annexe 5-J de l'AECG). Cependant, le comité de gestion mixte de SPS (un comité spécialisé selon l'article 5.14 AECG à lire conjointement avec l'article 26.2 §1 al. d AECG) peut reconnaître l'équivalence des différentes normes ou modifier la fréquence des contrôles des importations.

Techniquement, ceci est réalisé par l'adoption d'une décision amendant l'annexe 5-J du chapitre 5 selon l'article 5.14 §2 al. d AECG. Autrement, le comité mixte de SPS peut recommander au comité mixte de l'AECG de modifier la fréquence des contrôles de l'annexe 5-J.

Ainsi, les normes de contrôle peuvent être abaissées à tout moment par les décisions du comité à l'avenir. Cela peut nuire aux normes sanitaires et phytosanitaires appliquées dans les contrôles des importations, conduisant ainsi à une protection sanitaire insatisfaisante des consommateurs dans l'UE.

Apparemment, les parties contractantes ont discuté en long et en large de la gestion des contrôles des importations. Les procès-verbaux relatifs aux discussions menées par le comité de SPS de l'AECG sur les dispositions sur les contrôles des importations dans le texte du traité et leurs éventuelles modifications font environ 30 pages. Toutefois, le fait que ces 30 pages soient presque entièrement censurées, est perturbant notamment car la santé des animaux importés et la confirmation qu'ils ne sont pas atteints de maladies infectieuses, ont non seulement une importance commerciale pour les acteurs du marché d'importation mais également une importance capitale pour la santé des consommateurs dans l'UE.

b) Gel des normes de protection de l'UE

Conformément à l'art. 5.6 §3 AECG, l'annexe 5-E de l'AECG stipule dans quels domaines les mesures SPS^v prises au Canada sont considérées comme équivalentes aux exigences de l'UE, et pour lesquelles d'autres conditions peuvent y être mentionnées. Dans l'annexe 5-E de l'AECG, l'équivalence est déjà établie de manière contraignante selon le droit international, conformément aux conditions stipulées à cet égard, et limitée, dans les faits, à ce qui y est explicitement mentionné. Par conséquent, l'équivalence s'applique actuellement aux mesures explicitement énumérées dans l'annexe 5-E. L'annexe 5-E contient, dans sa section A, certaines mesures sanitaires applicables à certains produits d'origine animale. La section B relative aux mesures phytosanitaires, est actuellement vide. Toutefois, cette annexe peut être complétée par une décision du comité de SPS selon l'article 5.14 §2 al. d AECG ou par une décision du comité mixte de l'AECG.

Par conséquent, le comité mixte de l'AECG et le comité de gestion mixte de SPS peuvent chacun prendre des décisions sur la reconnaissance de l'équivalence des normes de SPS.

Le sens spécifique de telles décisions repose dans leur nature juridique internationale. Une fois les normes de protection reconnues comme équivalentes dans le contexte de l'AECG, ces normes deviennent un engagement contraignant pour l'UE selon le droit international. Ainsi, l'AECG, en tant que traité international, stipule ce qui sera mis en œuvre plus tard sous forme de législation dérivée de l'UE ou de législation nationale en ce qui concerne les importations en provenance du Canada. Ainsi, si l'UE ou ses États membres adopte des règles ou applique des réglementations en conflit avec les obligations découlant de l'AECG, ces règles constitueraient automatiquement une violation du droit international.

Cette situation aurait de graves conséquences sur une multitude de domaines touchant directement la vie quotidienne des citoyens, consommateurs et travailleurs, ainsi que des entreprises. Par ailleurs, elle permet à l'AECG d'affaiblir les parlements. À travers la reconnaissance mutuelle de l'équivalence des normes de produits et de procédures dans le cadre de l'accord AECG, les normes de protection sont effectivement gelées car il devient alors plus difficile d'élever une norme relative aux importations.

Bien qu'une partie contractante puisse après élever les normes de son propre marché intérieur, il ne peut pas exiger que les importations venant de son partenaire commercial respectent ces nouvelles normes après une reconnaissance de l'équivalence.

Par conséquent, en pratique, une norme reconnue comme équivalente, demeurera inchangée en raison de l'exigence imposant une égalité de traitement de tous les fournisseurs d'un marché. Les modifications peuvent être effectuées après négociations seulement entre les parties contractantes. Ainsi, dès que le comité de SPS responsable ou le comité mixte de l'AECG reconnaît les normes sanitaires et phytosanitaires canadiennes moins élevées dans le cadre des contrôles des importations comme étant équivalentes à celles de l'UE, ces normes ne pourront plus être élevées par l'une des parties sans violer le droit international.

3) La responsabilité démocratique et donc la légitimité des décisions des comités de l'AECG

La prise de décision des comités de l'AECG a pour base les décisions du Conseil conformément à l'article 218 (9) TFUE de ladite procédure simplifiée pour promulguer des décisions contraignantes selon le droit international dans les comités de l'AECG. Dans ses décisions, conformément à l'article 218 (9) TFUE, le Conseil élabore les positions à prendre par l'UE dans les comités, ainsi que les décisions des comités de traité. Même si cela correspond aux règles institutionnelles actuelles du droit de l'UE, des préoccupations subsistent au sujet de la légitimité démocratique de cette procédure.

En effet, la procédure prévue à l'article 218 (9) TFUE est insuffisante du point de vue démocratique. Dans cette procédure, seul le Conseil décide des décisions des comités de l'AECG. Le Parlement européen ne peut pas codécider, il est seulement informé. En outre, il n'y a pas d'autres mécanismes de responsabilité parlementaire ou publique des comités de l'AECG quant à leurs décisions. Les spécialistes ont tôt fait de se plaindre de ce manque de contrôle démocratique. La procédure telle que stipulée, ne correspond pas à l'égalité des droits du Conseil et du Parlement européen pour l'élaboration des relations commerciales, telle qu'établie par la CJUE relativement à l'article 218 (6) TFUE. Le Conseil et le PE détiennent des pouvoirs symétriques quant à la législation et l'élaboration de traités ; ils « disposent des mêmes pouvoirs, en rapport avec un domaine donné, dans le respect de l'équilibre institutionnel prévu par les traités ».^{vi}

Par conséquent, conformément à cet équilibre institutionnel, cette égalité entre le Conseil et le Parlement européen doit être aussi observée après la conclusion des accords commerciaux, dans le développement futur des relations commerciales bilatérales par des décisions contraignantes des comités de l'AECG ; l'art. 218 (9) TFUE n'empêche pas l'application de structures de légitimation plus complètes aux décisions de comité, et n'exclut pas non plus explicitement la demande de consentement du Parlement européen. Dans la pratique constitutionnelle établie, le Parlement européen est impliqué dans la prise de décision du Conseil quant à l'application provisoire des accords commerciaux conformément à l'art. 218 (5) TFUE sans que ce soit expressément prévu par le TFUE. Par conséquent, selon l'article 218 (9), on devrait appliquer le même niveau d'implication du Parlement.

En ce qui concerne le droit constitutionnel, le manque démocratique de la procédure simplifiée selon l'article 218 (9) TFUE a aussi été relevé par le Tribunal constitutionnel fédéral allemand – de la perspective du droit constitutionnel national qui, à cet égard, doit aussi être respecté par l'UE en vertu de l'article 4 (2) TUE – même si le Tribunal n'a pas encore rendu sa décision finale. Dans

la décision du Tribunal constitutionnel fédéral du 13/10/2016 sur l'AECG, au §59, 65, le Tribunal identifie clairement le problème démocratique :

« de plus, on ne peut écarter complètement que l'établissement du système de comité de l'AECG empiète sur le principe de la démocratie, qui fait partie de l'identité constitutionnelle de la loi fondamentale. ... La légitimation démocratique et la surveillance de telles décisions apparaissent incertaines et seront uniquement garanties si les décisions touchant les compétences des États membres ou la portée du programme d'intégration européenne, seront prises avec l'approbation de l'Allemagne. »^{vii}

Le manque de sensibilité de la Commission pour garantir la responsabilité démocratique et la responsabilité de tout exercice de pouvoir souverain dans les comités de l'AECG établis par l'UE ne cadre pas avec ses engagements en faveur d'une légitimité plus forte et plus large de la politique commerciale comme soulignée dans la communication « Le commerce pour tous ».

ⁱ https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/february/tradoc_157677.pdf

ⁱⁱ Le commerce pour tous. Vers une politique de commerce et d'investissement plus responsable. COM (2015).

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

^{iv} La Cour constitutionnelle allemande a également évalué ces pouvoirs comme étant des pouvoirs de modification, selon sa décision du 13 octobre 2016, §60

(https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2016/10/rs20161013_2bvr136816en.html) : « les pouvoirs significatifs du comité mixte de l'AECG incluent, sous réserve des dispositions dans l'AECG, le pouvoir de décider des amendements de l'accord (art. 26.1(5) al. c de l'avant-projet de l'AECG) et de modifier ses protocoles et annexes (art. 30.2(2) première phrase de l'avant-projet de l'AECG). Et en termes quantitatifs, les protocoles et les annexes forment la plus grande partie de l'accord en question. En outre, le comité mixte de l'AECG peut, par décision, ajouter d'autres catégories de propriété intellectuelle à la définition des « droits de propriété intellectuelle » (art. 8.1 « droits de propriété intellectuelle », deuxième phrase de l'avant-projet de l'AECG). »

^v Selon l'art. 5.1 §1 al. a AECG, la notion du terme est identique à la définition pertinente dans l'accord SPS de l'OMC, annexe A.

^{vi} CJUE, affaire C-658/11 ECLI:EU:C:2014:2025, §56.

^{vii} Identique à la note de fin de texte iv