

## **"L'exercice du droit de retrait au regard des droits constitutionnels britannique et européen"**

Il a fort justement été remarqué que le retrait d'un État membre de l'Union constitue « une situation factuelle que le droit doit être préparé à régler ». <sup>1</sup> Renouant avec la teneur de l'article I-60 TECE, l'article 50 TUE constitue l'encadrement constitutionnel du droit de retrait au niveau de l'Union. Le retrait annoncé du Royaume-Uni, premier cas d'invocation de ce droit, fournit l'occasion bienvenue de s'interroger tant sur sa nature que sur ses conditions d'exercice telles qu'elles résultent tant du droit constitutionnel de l'Union que de celui du Royaume-Uni.

Si, en vertu de l'article 50 TUE, tout État membre peut en effet désormais décider de se retirer de l'Union en exerçant volontairement un droit inconditionnel (I.), sa décision doit néanmoins être prise « conformément à ses règles constitutionnelles », une référence qui, dans le cas précis, n'est pas sans soulever de sérieuses questions (II) que cette brève contribution ne pourra qu'effleurer.

### **I. Le retrait volontaire : droit inconditionnel de l'État membre**

Au lendemain du référendum du 23 juin 2016 la surprise fut grande. Qu'ils avaient milité pour le « Brexit » ou le « Bremain » les citoyens britanniques et leurs leaders politiques découvraient soudainement que la perspective d'une sortie de l'Union était devenue tangible et qu'ils n'y étaient point préparés.

Le libellé de l'article 50 ne tolère pourtant aucun doute : les États membres étant souverains, ils demeurent libres de décider à tout instant de terminer leur appartenance à l'Union. On peut alors concevoir le retrait comme « une sorte de mécanisme de 'déblocage' » <sup>2</sup>. Il permet en effet de régler un problème grave avec – où, dans le cas présent, '*dans*' – un État membre.

Son existence même invalide la thèse eurosceptique d'une Union prison des peuples et des États. Qu'on cherche à le qualifier de droit 'constitutionnellement garanti', de 'garantie suprême de la souveraineté', de 'droit volontaire, unilatéral et inconditionnel' ou de 'droit fondamental de l'État membre', il se montre en tout état de cause plus souple que le droit de retrait du droit international qui exige au moins un changement fondamental de circonstances. <sup>3</sup> En droit de l'Union l'État sortant n'est même pas tenu d'indiquer les motifs de sa décision. On peut penser que les autorités du Royaume-Uni et l'opinion publique britannique n'ont jamais ressenti une appartenance pleine et entière à l'Union européenne. Du référendum du 5 juin 1975 à celui du 23 juin 2016 le pourcentage des votants attachés à rester dans l'Union a en tout cas fortement décliné de 67,2% à 48,1 %.

Nonobstant les néfastes conséquences politiques et économiques potentielles, on peut saluer cette première occurrence probable de l'exercice du droit de retrait. Cela démontrera idéalement que, premièrement, les règles prévues sont opérantes, que, deuxièmement, aucun

---

<sup>1</sup> Rostane Mehdi, Article I-60 – Le retrait volontaire de l'Union, in Burgorgue-Larsen, Levade, Picod (dir.), Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Commentaire article par article, Bruylant 2007, tome 1, p. 737.

<sup>2</sup> Cf. Jean-Claude Piris, Le traité constitutionnel pour l'Europe : une analyse juridique, Bruylant, Bruxelles 2006, p. 155.

<sup>3</sup> Article 62 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969.

État membre n'est contraint de le demeurer et que, troisièmement, le statut qui attendra à la sortie sera nettement moins avantageux que celui que le sortant occupait auparavant.

La seule condition pour y parvenir est d'ordre formel. Le Royaume-Uni doit notifier au Conseil européen son intention de se retirer. A partir de ce moment-là le retrait devient en principe inéluctable. Dans le meilleur des cas les négociations qui s'en suivent aboutissent à « un accord fixant les modalités de son retrait, en tenant compte du cadre de ses relations futures avec l'Union » (art. 50.2), dans le pire des cas le retrait devient effectif et les traités cessent de s'appliquer au Royaume-Uni deux ans après la notification.

On peut alors comprendre que le gouvernement britannique réfléchisse à deux fois avant de déclencher la procédure de l'article 50. Peut-on inférer des traités, et notamment du devoir de coopération loyale, codifié par l'article 4-3 TUE, un devoir de notifier la décision de retrait dans un délai raisonnable ? Dans l'affirmative ce délai raisonnable peut-il dépasser 6 mois ? Dans la logique de l'article 50 la décision de se retirer ne produit d'effets qu'à partir de sa notification. En attendant l'Union européenne ne peut se remettre qu'au bon vouloir du gouvernement britannique lequel semble partagé sur la meilleure position de négociation à adopter. Si des négociations doivent avoir lieu en vue de la conclusion d'un accord de retrait cela ne constitue pourtant qu'une obligation de moyens.

En dépit des proclamations répétées que « *Brexit means Brexit* », on ne peut même pas exclure à ce stade que le gouvernement du Royaume-Uni ne fasse marche arrière dans les mois à venir pour informer le secrétaire général du Conseil qu'il « a décidé de rester membre de l'Union européenne » et de bénéficier ainsi des dispositions du sinistre « nouvel arrangement pour le Royaume-Uni dans l'Union européenne » adopté par le Conseil européen de février 2016.

La nature volontaire, unilatérale et inconditionnelle du droit de retrait témoigne du fait que l'Union, toute en possédant les traits d'une fédération, n'est pas en voie de devenir un État fédéral. Les droits (fondamentaux) de ses États membres priment en effet clairement sur les droits fondamentaux des citoyens de l'Union - qu'ils soient de nationalité britannique ou de la nationalité d'un autre État membre - auxquels l'exercice du droit de retrait portera inévitablement atteinte.

S'agissant des citoyens britanniques on pouvait déjà déplorer certaines restrictions du droit de vote au référendum du 23 juin 2016. Tant les prisonniers que les citoyens britanniques résidant depuis 15 ans hors du Royaume-Uni étaient en effet privés du droit de vote alors que les citoyens du Commonwealth avaient droit au vote. Si l'incapacité générale des premiers contrevient manifestement à la CEDH, l'application de la règle des 15 ans a été admis tant par les juridictions britanniques que par la Cour edh elle-même.

Tant la Cour d'appel de Londres que la Cour Suprême, par un jugement du 24 mai 2016, ont en effet débouté deux Britanniques contestant l'incapacité de vote après 15 ans de vie hors du Royaume-Uni. Harry Shindler résidant en Italie et Jacquelyn McLennan, une avocate vivant en Belgique estimaient que cette impossibilité de vote contrevenait à leurs droits de libre circulation au sein de l'Union européenne. Si le droit à des élections libres et la jurisprudence de la Cour edh ont été pris en compte dans le jugement originel de la High Court du 28 avril 2016, aucune des trois juridictions n'a jugé utile de poser une question préjudicielle à la CJUE. On sait pourtant que cette dernière se montre volontiers critique face à des mesures restrictives ayant pour effet de dissuader les citoyens européens de faire usage de leurs droits de libre circulation.

Concernant les conséquences futures d'un retrait pour les citoyens de l'Union on pensera non seulement aux citoyens britanniques privés à l'avenir « de la jouissance effective de l'essentiel de leurs droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union » mais aussi au sort des citoyens d'autres États membres résidants au Royaume-Uni dont il faudra protéger les droits acquis. Dans la mesure où la conclusion d'un accord de retrait n'est pas assurée il faudra éventuellement compter sur des mesures unilatérales. On peut également penser que le renvoi aux règles constitutionnelles nationales constitue à cet égard une mesure de sauvegarde. Cette référence peut en effet avoir pour but d'assurer que la décision de retrait soit prise en toute connaissance de cause selon une procédure démocratique et respectueuse du principe de l'État de droit et des droits fondamentaux. Ce dont il convient de s'assurer.

## **II. La référence au droit constitutionnel national**

En vertu de l'article 50 TUE il est clair que l'Etat membre qui décide de se retirer doit donc le faire « conformément à ses règles constitutionnelles ». Mais quelle est précisément la portée d'une telle référence ? Les auteurs de droit international considèrent qu'on « est fondé à parler de référence (ou renvoi) quand la mise en application d'une norme relevant d'un ordre juridique donné exige le recours à une notion relevant d'un autre ordre juridique ».<sup>4</sup>

Il n'est guère convaincant de vouloir ériger cette référence en une condition matérielle justiciable au regard du droit de l'Union. On préfère y voir une reconnaissance de la liberté souveraine des États conforme au devoir de l'Union de respecter de l'identité constitutionnelle de ses États membres (art. 4 TUE). De semblables références existent (au pluriel) dans d'autres dispositions du droit primaire (art. 42-2, 48, 49, 54 TUE, art. 25, 218, 223, 262, 269 et 357 TFUE, et art. 40 protocole 4). Elles ont pour objet d'assurer que des décisions de portée constitutionnelle ne soient adoptées dans l'Union sans le consentement solennel des États membres.

La référence de l'article 50 est cependant unique en ce qu'elle renvoie aux règles constitutionnelles d'un seul État membre. On remarquera aussi que la demande d'adhésion, elle, n'est pas soumise à une telle exigence. Le parallélisme des formes est tout de même sauvegardé car l'accord d'adhésion doit encore être ratifié par tous les États contractants, « conformément à leurs règles constitutionnelles respectives ».

Si l'observation des règles constitutionnelles internes relève de prime abord de la compétence des seules autorités britanniques, on doit tout de même s'interroger sur les effets d'une décision de retrait et de sa notification qui ne respecteraient pas pleinement ces règles. Le Royaume-Uni pourrait-il par exemple invoquer ultérieurement la nullité de l'accord de retrait conclu avec l'Union en alléguant d'une violation manifeste de règles internes relatives à son consentement d'être lié ?<sup>5</sup> Bien que l'on ne voit pas d'intérêt du Royaume-Uni d'agir de telle sorte, la simple éventualité laisserait planer un doute et ajouterait encore à l'insécurité juridique régnante.

---

<sup>4</sup> Cf. Charles de Visscher, La notion de référence (renvoi) au droit interne dans la protection diplomatique des actionnaires de sociétés anonymes, RBDI 1971.1, pp. 1 à 6 citant D. Anzilotti, Cours de Droit international, Paris 1929, p. 59.

<sup>5</sup> En vertu de l'article 46 de la Convention de Vienne sur le droit des traités un tel vice du consentement peut en effet être invoqué à condition que cette violation ait été manifeste et concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale.

Le fait que les règles constitutionnelles britanniques sont largement non-écrites et que leur interprétation soulève actuellement un débat passionné ne facilite guère les choses. Des questions méritent alors d'être soulevées quant au recours au référendum, quant au rôle à jouer par le Parlement de Westminster et quant aux compétences dévolues aux nations constitutives dont deux au moins se montrent plutôt opposées à une sortie de l'Union européenne.

S'agissant de la décision de recourir dans un régime parlementaire au référendum pour trancher une question aussi complexe que la sortie de l'Union européenne on peut légitimement éprouver quelques réserves. De tels consultations doivent obéir en Grande-Bretagne au *Political Parties, Elections and Referendums Act* de 2000. Celle du 23 juin 2016 a été organisée par le *European Union Referendum Act* de décembre 2015 lequel ne souffle mot des effets produits par le résultat.

En raison du principe de la souveraineté parlementaire les référendums sont par tradition consultatifs et extrêmement rare au Royaume-Uni. À ce jour, seuls trois référendums nationaux ont eu lieu : le premier sur le maintien dans la CEE en 1975, le second sur le système de vote lors des élections législatives en 2011, et le troisième sur l'opportunité de rester dans l'Union européenne en 2016. L'exemple suisse démontre par ailleurs que le succès de cet instrument découle de la confrontation du citoyen avec les conséquences de sa décision. Le recours aux instruments de la démocratie directe requiert en effet une culture politique de l'information et de la responsabilité. Celle-ci a clairement fait défaut. Dans un cas différent mais comparable, à savoir le référendum d'autodétermination au Monténégro, la Commission de Venise recommande en outre l'adoption de règles précises relatives au quorum requis, aux conditions de majorité nécessaires et aux critères d'attribution du droit de vote aux non-résidents.<sup>6</sup>

Les règles (constitutionnelles) britanniques révèlent également des faiblesses quand il s'agit de savoir qui du gouvernement ou du parlement est compétent pour prendre la décision de notifier formellement la volonté de se retirer. Certes, le principe cardinal demeure la souveraineté du Parlement (*the Queen in Parliament*) signifiant que „what a sovereign Parliament can do, a sovereign Parliament can always undo“. Dans la mesure où l'adhésion du Royaume-Uni a été entériné en 1972 par le *European Communities Act* du 17 octobre 1972, lequel précise dans son intitulé qu'il prend soin au regard de l'élargissement des Communautés « d'inclure le Royaume-Uni », la logique voudrait que le retrait exige également l'adoption d'un *Act of Parliament*.

Cette lecture est cependant officieusement contredite par l'office de Theresa May. Ainsi le gouvernement semble croire qu'il peut déclencher la procédure de retrait par une notification à intervenir en 2017 sans que cela ne requiert le concours préalable du Parlement de Westminster. Le gouvernement estime en effet qu'il peut notifier la décision de retrait en faisant usage de ce que l'on nomme outre-manche la „royal prerogative“ dans les affaires étrangères. La question est cependant âprement débattu dans la doctrine britannique.<sup>7</sup> Plusieurs actions en justice ont par ailleurs été intentées devant la *High Court* de Londres pour empêcher le gouvernement de contourner le parlement dans la mise en œuvre de l'article 50 TUE. Les décisions sont attendues pour le mois d'octobre.

---

<sup>6</sup> Cf. Avis n° 343 / 2005 du 19 décembre 2005.

<sup>7</sup> Voir les contributions récentes au blog de l'association britannique de droit constitutionnel : <https://ukconstitutionallaw.org/blog/>

Ce débat gagne encore en acuité si l'on tient compte de l'émergence d'une nouvelle catégorie de « lois constitutionnelles » (*constitutional statutes*) en droit britannique. Dans un arrêt du 18 février 2002 dans l'affaire *Thoburn v. Sunderland City Council* Lord Justice Laws estimait en effet qu'il y avait désormais en droit constitutionnel britannique une hiérarchie entre des lois ordinaires et des lois constitutionnelles et que le parlement ne pouvait plus abroger les dernières que de manière explicite.<sup>8</sup> Le *European Communities Act de 1972* est explicitement cité dans cet arrêt parmi les lois de type constitutionnel. Si cette jurisprudence était confirmée cela signifierait donc que la notification de la décision de retrait nécessiterait une autorisation explicite du Parlement britannique lequel devra expressément abroger le *European Communities Act* tel qu'amendé par le *European Union Act* en 2011.

Il ne faut pas oublier en outre que le processus de dévolution des pouvoirs aux nations constitutives du Royaume-Uni (*England, Scotland, Wales et Northern Ireland*) a entraîné un partage des compétences qui se reflète dans la législation de dévolution de 1998 telle qu'amendée à ce jour. S'agissant notamment du *Scotland Act* de 1998 il y a débat sur le point de savoir si le parlement écossais doit consentir les mesures qui auraient pour effet de mettre un terme à l'application du droit de l'UE en Écosse ou si le parlement de Westminster peut passer outre. Selon une convention (non écrite) de la Constitution, la fameuse *Sewel convention*, Westminster ne doit normalement pas légiférer dans des matières dévolues sans l'accord du parlement écossais. Cette convention a récemment été codifiée par le *Scotland Act* du 23 mars 2016.<sup>9</sup> Si la décision du retrait devait donc être prise en dépit de son opposition, il appartiendra en dernier ressort au peuple d'Écosse de décider à quelle Union il préfère d'appartenir.

En conclusion on peut avoir l'impression que le droit constitutionnel de l'Union européenne est finalement mieux outillé pour répondre à l'hypothèse d'un retrait que ne l'est celui du Royaume-Uni.

Jörg Gerkrath

Professeur en droit européen à l'Université du Luxembourg

8 septembre 2016

---

<sup>8</sup> High Court of Justice (Queen's Bench Division, Administrative Court), 18 February 2002 *Steve Thoburn v Sunderland City Council*.

<sup>9</sup> „It is recognized that the Parliament of the United Kingdom will not normally legislate with regard to devolved matters without the consent of the Scottish Parliament.“