

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Chronique de jurisprudence communautaire. Les relations extérieures (1er janvier 2006 - 31 décembre 2008)

Devisscher, Purdey; Van Elsuwege, Peter; Adam, Stanislas

Published in:
Cahiers de droit européen

Publication date:
2009

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Devisscher, P, Van Elsuwege, P & Adam, S 2009, 'Chronique de jurisprudence communautaire. Les relations extérieures (1er janvier 2006 - 31 décembre 2008)', *Cahiers de droit européen*, numéro 3/4, pp. 463-548.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Jurisprudence

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE COMMUNAUTAIRE

Les relations extérieures
(1^{er} janvier 2006 — 31 décembre 2008)

PAR

Stanislas ADAM

*Aspirant du Fonds de la Recherche Scientifique — Flandre (FWO),
rattaché à l'Université de Gand (Institut européen) (*)*

Purdey DEVISSCHER

*Aspirante du Fonds de la Recherche Scientifique — Flandre (FWO),
rattachée à l'Université de Gand (Institut européen)*

ET

Peter VAN ELSUWEGE

*Chargé de Recherches du Fonds de la Recherche Scientifique — Flandre (FWO),
rattaché à l'Université de Gand (Institut européen)*

SOMMAIRE

	Pages
Introduction	465
CHAPITRE I. — Questions institutionnelles	466
Section 1. — LES CONFLITS SUR LA COMPÉTENCE EXTERNE	466
a. <i>La délimitation des domaines respectifs de la CE et de l'UE</i>	466
La base juridique de l'accord PNR	467
L'article 47 UE et la relation hiérarchique entre les piliers	471
b. <i>La répartition des compétences entre la CE et ses Etats membres.</i>	474
La nature de la compétence de la CE pour conclure la nouvelle Convention de Lugano	475

(*) L'auteur est également collaborateur extérieur à la faculté de droit de Namur (F.U.N.D.P., centre de recherche *Projuicit*).

Une approche concrète et systémique du critère de l'affectation pour la délimitation de la compétence externe implicite	480
c. <i>L'utilisation de la clause de flexibilité (art. 308 CE) dans le cadre de la lutte contre le terrorisme</i>	482
d. <i>Les compétences de la CE en matière de coopération au développement</i>	486
Les compétences d'exécution de la Commission	487
Le rapport entre la coopération au développement et la coopération économique, financière et technique avec les pays tiers	489
e. <i>Les rapports entre la politique commerciale commune et la protection de l'environnement</i>	491
Section 2. — LA PROTECTION PAR LA COUR DE JUSTICE DE L'EXCLUSIVITÉ DE SA COMPÉTENCE JURIDICTIONNELLE	495
Section 3. — LES MESURES TRANSITOIRES ET D'ADAPTATION À L'ACQUIS COMMUNAUTAIRE DANS LE CADRE DE L'ADHÉSION DE NOUVEAUX ETATS MEMBRES	499
CHAPITRE II. — Les rapports entre le droit communautaire et le droit international.	502
Section 1. — LES EFFETS DES RÉOLUTIONS DU CONSEIL DE SÉCURITÉ DE L'ONU AU SEIN DE L'ORDRE JURIDIQUE COMMUNAUTAIRE	503
Section 2. — LES EFFETS, AU SEIN DE L'ORDRE JURIDIQUE COMMUNAUTAIRE, D'UN ACCORD AUQUEL LA CE N'EST PAS PARTIE	506
a. <i>L'encadrement de la théorie de la substitution et les effets d'un accord international auquel l'ensemble des Etats membres sont parties</i>	506
b. <i>Les effets d'un accord international auquel de nombreux Etats membres sont parties</i>	508
CHAPITRE III. — Les accords internationaux	512
Section 1. — LES ACCORDS OMC	513
a. <i>La compétence d'interprétation de l'accord ADPIC par la Cour de justice</i>	513
b. <i>La confirmation de l'absence d'invocabilité des accords OMC et ses effets</i>	518
L'absence de responsabilité extracontractuelle de la CE en cas de violation du droit de l'OMC	518
L'effet de «contagion» de l'absence d'invocabilité sur d'autres accords internationaux	527
c. <i>Les hypothèses d'invocabilité des accords OMC consacrées par la jurisprudence Fedioll/Nakajima</i>	527
La remise en question des exceptions à l'absence d'invocabilité ...	528
La confirmation et le renforcement de l'approche subjective de l'exception Nakajima	530
d. <i>L'interprétation conforme du droit communautaire aux accords OMC.</i>	532
e. <i>L'interprétation autonome, par la Cour de justice, des règles communautaires interprétées par l'organe de règlement des différends de l'OMC.</i>	535

Section 2. — LA CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LE DROIT DE LA MER (MONTEGO BAY).....	535
Section 3. — L'ACCORD D'ASSOCIATION AVEC LA TURQUIE.....	537
a. <i>La libre circulation des travailleurs</i>	538
b. <i>La liberté d'établissement — clause de standstill</i>	543
c. <i>L'union douanière — règles d'origine</i>	544
Section 4. — L'ACCORD EURO-MÉDITERRANÉEN D'ASSOCIATION AVEC LE MAROC.....	545
Section 5. — L'ACCORD EURO-MEDITERRANEEN D'ASSOCIATION AVEC LA TUNISIE.....	546
Table des arrêts et avis examinés	547
COUR DE JUSTICE.....	547
TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE.....	548

Introduction

1. — Au cœur d'enjeux politiques et économiques de première importance, le droit des relations extérieures de la Communauté européenne occupe une place sans cesse grandissante dans le contentieux communautaire. Cette évolution n'est pas étrangère au dynamisme dont la Cour de justice a fait preuve en la matière, en particulier au cours des années qui viennent de s'écouler (1). Le temps semblait donc venu de dédier une chronique spécifique à la jurisprudence relative aux relations extérieures dans ces *Cahiers*. Le propos, qui couvre la période s'étalant de janvier 2006 à décembre 2008, se subdivise en trois parties. Les questions institutionnelles — dont celle des rapports entre les piliers et l'autre, classique, de la répartition verticale de la compétence externe — retiennent dans un premier temps l'attention (chapitre I). Plusieurs arrêts récents clarifient par ailleurs l'articulation entre le droit communautaire et, d'une part, les résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU et, d'autre part, les accords internationaux auxquels la CE n'est pas partie (chapitre II). Sont enfin étudiés les principaux arrêts dans lesquels les juridictions communautaires ont interprété divers accords internationaux qui lient la CE (chapitre III).

(1) Voy. en ce sens, J.-V. LOUIS, «Editorial. La Cour et les relations extérieures de la Communauté», *C.D.E.*, 2006/3-4, p. 291.

CHAPITRE I. — Questions institutionnelles

2. — Trois catégories de conflits institutionnels dans le domaine des relations extérieures ont, pour l'essentiel, donné lieu à des débats devant les juridictions communautaires durant les trois années couvertes : outre celle, classique, de la compétence externe (1), sont successivement épinglées la préservation par la Cour de l'exclusivité de sa compétence juridictionnelle (2) et la distinction entre « *mesures transitoires* » et « *mesures d'adaptation* » à l'acquis communautaire dans le cadre de l'adhésion de nouveaux Etats membres (3).

Section 1. — LES CONFLITS SUR LA COMPÉTENCE EXTERNE

3. — La jurisprudence récente des juridictions communautaires n'évite pas les questions traditionnelles des rapports entre les piliers (a) et de la répartition des compétences externes entre la CE et ses Etats membres (b). Elle aborde pourtant plusieurs autres questions, dont l'importance ne saurait être niée, à savoir l'interprétation des objectifs que permet de poursuivre la clause de flexibilité contenue à l'article 308 CE (c), le choix de la base juridique en matière de coopération économique, financière et technique avec les pays tiers et la coopération au développement (d) et, enfin, les rapports entre la politique commerciale commune et la protection de l'environnement (e).

a. — *La délimitation des domaines respectifs de la CE et de l'UE*

4. — La période examinée est marquée par des clarifications significatives sur les domaines couverts par chacun des trois piliers, dans l'attente de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne (2). Ainsi, dans un arrêt où était contestée la décision-cadre sur la pollution par les navires (3), la Cour a notamment confiné à une portée strictement accessoire la compétence pénale qu'elle avait par ailleurs reconnue à la CE dans son célèbre arrêt sur les sanctions pénales environnementales, et ce en vue de préserver la spécificité de la coopération policière et judiciaire en matière pénale (4).

(2) Ce dernier prévoit en effet la disparition formelle des piliers, même si la PESC sera toujours soumise à des règles largement spécifiques.

(3) CJCE, aff. C-440/05, *Commission c. Conseil*, 23 oct. 2007, *Rec.*, p. I-9097.

(4) CJCE, aff. C-176/03, *Commission c. Conseil*, 13 sept. 2005, *Rec.*, p. I-7879. Voy. à ce sujet M. BLANQUET, O. DUBOS, F. FINES, M. GAUTIER, J. MOLINIER, « Chronique de jurisprudence communautaire. Droit général de l'Union européenne (2005 à 2007) », *C.D.E.*, 2008/3-4, pp. 484 à 487.

Dans le domaine des relations extérieures, deux arrêts importants ont traité de problèmes de délimitation entre les piliers : dans le premier, était contestée la base juridique communautaire de l'accord conclu entre la CE et les Etats-Unis d'Amérique sur l'échange de données personnelles des passagers aériens (5); dans le second, était au contraire mis en doute le choix du Conseil de faire reposer sur le deuxième pilier, consacré à la PESC, une décision visant à accorder une contribution financière de l'UE à la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (ci-après, la CEDEAO) dans le cadre du moratoire sur les armes légères et de petit calibre.

La base juridique de l'accord PNR

5. — L'affaire *PNR* s'inscrit dans le prolongement des réactions législatives des Etats-Unis d'Amérique suite aux attaques terroristes du 11 septembre 2001 (6). L'*Aviation Transportation and Security Act* contraint les compagnies aériennes actives sur le territoire américain, sous peine de sanctions, à fournir aux autorités douanières des Etats-Unis un accès électronique aux données dans leurs systèmes automatiques de réservation et de contrôle des départs. Un tel système, qualifié de *Pull*, se distingue du système *Push*, lequel implique, plutôt qu'une mise à disposition directe, un envoi d'informations déjà filtrées par les compagnies aériennes. Dans la mesure où le système *Pull* suppose l'exercice d'un pouvoir souverain, par une autorité publique étrangère, sur des entreprises établies dans la CE, des discussions furent entamées avec le gouvernement des Etats-Unis en vue de conclure un accord international. La Commission craignait néanmoins que ce système n'entre en conflit avec la directive 95/46/CE du Parlement et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. Or, selon l'article 25 de cette directive, un tel transfert de données vers les Etats-Unis était subordonné à la condition que la Commission adopte une «décision d'adéquation» quant au niveau de protection des données offert par le pays destinataire.

Convaincu qu'une telle décision excédait les compétences de la Commission et doutant de la conformité du système d'échanges de données au droit à la vie privée, le Parlement déposa, fin avril 2004, une demande d'avis à la Cour de justice, fondée sur l'article 300, §6

(5) Cet accord est mieux connu sous le nom d'accord «PNR» (*Passenger Name Records*).

(6) CJCE, aff. jtes. C-317 et 318/04, *Parlement c. Conseil et Commission*, 30 mai 2006, *Rec.*, p. I-4721.

CE (7). Cette procédure d'avis se présentait néanmoins dans le contexte d'une urgence caractérisée, dès lors que les compagnies aériennes, sous la menace de sanctions par le gouvernement américain, avaient déjà commencé à accorder un accès à leurs données PNR, malgré l'absence de cadre légal approprié. Quelques semaines seulement après le dépôt de la demande d'avis du Parlement européen, le Conseil prit dès lors la décision de conclure l'accord PNR. La Commission avait, entre-temps, adopté la décision d'adéquation. La décision portant conclusion de l'accord était fondée sur l'article 95 CE, tandis que la décision d'adéquation reposait sur la directive 95/46/CE. Or, aucun effet suspensif ne s'attache au dépôt d'une demande d'avis sur la base de l'article 300, §6 CE (8). Conscient que la Cour ne pourrait faire autrement que de constater la perte d'objet de sa demande d'avis, le Parlement retira cette dernière.

Il déposa par contre une requête en annulation contre chacune des décisions précitées. Les moyens invoqués à l'appui de ces recours sont partiellement distincts. Dans les deux cas était invoquée une violation des principes essentiels de la directive 95/46/CE ainsi que des droits fondamentaux, en ce compris le principe de proportionnalité. A l'appui de sa contestation à l'encontre de la décision portant conclusion de l'accord, le Parlement reprochait néanmoins au Conseil, en sus, le choix erroné de l'article 95 du Traité CE comme base juridique, le manque de motivation ainsi que la méconnaissance du principe de coopération loyale. Sur ce dernier aspect, le Parlement défendait l'idée que le Conseil avait méconnu l'article 10 CE en concluant l'accord PNR malgré la saisine de la Cour pour avis, et avant que cette procédure ait pu être menée à bien.

Dans son arrêt prononcé le 30 mai 2006, la Cour accueille les deux demandes en annulation, mais au terme d'une analyse limitée à la seule question du choix de la base juridique. La décision d'adéquation ne pouvait reposer sur la directive 95/46/CE dès lors que celle-ci exclut de son champ d'application des mesures qui, à l'instar de l'échange de données PNR, ont pour objet «*la sécurité publique et les activités de*

(7) Pour rappel, cette disposition énonce : «*La Parlement européen, le Conseil, la Commission ou un Etat membre peut recueillir l'avis de la Cour de justice sur la compatibilité d'un accord envisagé avec les dispositions du présent traité. L'accord qui a fait l'objet d'un avis négatif de la Cour de justice ne peut entrer en vigueur que dans les conditions fixées à l'article 48 du traité sur l'Union européenne*».

(8) Avis 1/04 (radiation), *Accord PNR*, 16 décembre 2004, *JO C 69/12*, 19 mars 2005. La Cour a, pour la première fois, conclu à l'absence d'effet suspensif lié au dépôt d'une demande d'avis sur la procédure de conclusion de l'accord qui en fait l'objet dans son avis 3/94 (CJCE, avis 3/94, *Accord-cadre sur les bananes (OMC)*, 13 décembre 1995, *Rec.*, p. I-4577, points 11 à 23).

l'Etat relatives à des domaines du droit pénal». Quant à la décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord, elle ne pouvait être fondée sur l'article 95 CE dès lors que «*l'accord vise le même transfert de données que la décision d'adéquation et donc des traitements de données qui sont (...) exclus du champ d'application de la directive*».

6. — Sous le couvert d'un examen du champ d'application de la directive sur le traitement des données à caractère personnel, la Cour dénonce en réalité, dans cet arrêt, le choix d'une base juridique communautaire pure pour fonder tant la décision d'adéquation que celle portant conclusion de l'accord PNR. En effet, la Cour indique que la décision d'adéquation «*ne vise pas un traitement de données nécessaire à la réalisation d'une prestation de services, mais considéré comme nécessaire pour sauvegarder la sécurité publique et à des fins répressives*» et que, pour cette raison, elle «*ne relève pas du champ d'application du droit communautaire*» (9). Il importe peu, à cet égard, qu'un tel échange ait lieu à l'occasion ou dans la perspective d'une prestation de service (en l'occurrence, la vente d'un titre de transport aérien). Selon toute vraisemblance, le système d'échanges de données PNR avec les Etats-Unis devait dès lors être fondé sur le traité UE (10). Ce raisonnement éclaire du reste l'analyse retenue par la Cour quant à la base juridique de l'accord PNR lui-même. Il est en effet surprenant, à première vue, que la Cour subordonne l'usage de l'article 95 CE, qui a rang primaire, au champ d'application de la directive sur la protection des données à caractère personnel, qui n'est pourtant qu'une norme de droit dérivé. Cette articulation se comprend néanmoins au regard du principe plus général reflété à l'article 3, §2 de cette directive, selon lequel tout acte qui, par sa finalité et son contenu, relève principalement de la PESC ou de la CPJP, ne peut trouver sa base juridique que dans le traité UE (11).

(9) Selon une jurisprudence constante, le choix de la base juridique d'un acte doit reposer sur des éléments objectifs, susceptibles de contrôle juridictionnel, parmi lesquels figurent, notamment la finalité et le contenu de l'acte. Voy. not. CJCE, aff. C-300/89, *Commission c. Conseil* («dioxyde de titane»), 11 juin 1991, *Rec.*, p. I-2867, point 10.

(10) Suite à l'arrêt de la Cour dans l'affaire PNR, un doute subsistait toutefois quant à l'éventualité que cet accord doive être conclu sur une base «interpiliers», soit tout à la fois sur le fondement du traité CE et du traité UE. Voy. not. à ce sujet A. ADAM, «L'échange des données à caractère personnel entre l'Union européenne et les Etats-Unis. Entre souci de protection et volonté de coopération», *R.T.D.E.*, 2006, pp. 422 et s. L'arrêt CEDEAO, examiné plus loin, rend néanmoins une telle possibilité assez douteuse. Voy. *infra*, point 8.

(11) Voy., pour un arrêt fondateur, CJCE, aff. C-170/96, *Commission c. Conseil* («transit aéroportuaire»), 12 mai 1998, *Rec.*, p. I-2763.

7. — Suite à cet arrêt, le Conseil a conclu un accord intérimaire, au nom cette fois de l'UE (12). En 2007, cet accord a été remplacé par un autre du même type, destiné à rester en vigueur durant sept ans (13). Ce nouvel accord présente un contenu très proche du précédent, et ce malgré les critiques nombreuses dont ce dernier avait fait l'objet. Le Conseil a toutefois constaté que la Cour avait concentré son argumentation sur de pures questions de procédure et n'avait formulé aucune objection de fond en matière de droits fondamentaux. Ce dernier élément met en lumière un autre enseignement de l'affaire PNR, sur le plan cette fois du contrôle juridictionnel des accords internationaux. En précipitant la conclusion de l'accord qui fait l'objet d'une demande d'avis déposée à la Cour, le Conseil neutralise l'objectif préventif de la procédure visée à l'article 300, §6 CE. Dans l'affaire PNR, cette attitude n'a pas seulement rendu inévitable l'annulation de la décision de conclusion, portant ainsi préjudice à la crédibilité de la CE sur la scène internationale. Elle a, en plus, définitivement exclu ou presque une analyse complète, par la Cour, de la compatibilité au traité de l'accord PNR, et plus spécialement au respect dû à la vie privée. Il ne semble pas interdit de considérer qu'un tel comportement «*met en péril la réalisation*» du but poursuivi par la procédure d'avis et constitue dès lors une méconnaissance du devoir de loyauté communautaire inscrit à l'article 10 CE (14). Quoi qu'il en soit, l'avortement de la procédure d'avis 1/04 et les recours contentieux qui lui ont fait suite militent en faveur de l'aménagement de formules procédurales mieux adaptées au traitement de demandes d'avis particulièrement urgentes. Une piste pourrait notamment consister à permettre à la Cour, dans de telles circonstances, de décréter une interdiction tem-

(12) Voy. l'accord entre l'UE et les États-Unis d'Amérique des 16 et 19 octobre 2006 sur le traitement et le transfert de données des dossiers passagers (données PNR) par les transporteurs aériens au ministère américain de la sécurité intérieure, *JO L* n° 298/29, 27 octobre 2006.

(13) Décision 2007/551/PESC/JAI du Conseil du 23 juillet 2007, *JO L* n° 204/16, 4 août 2007. Voy. égal. l'accord entre l'UE et l'Australie sur le traitement et le transfert de données des dossiers passagers (données PNR) provenant de l'Union européenne par les transporteurs aériens au service des douanes australien, *JO L*, n° 213/57, 8 août 2008.

(14) S. ADAM, «Quelques réflexions sur les relations entre les procédures *a priori* et *a posteriori* d'examen de compatibilité des accords communautaires suite à l'affaire dite de l'accord PNR», *C.D.E.*, 2006, liv. 5-6, pp. 677 et 678. Dans ses conclusions présentées le 22 novembre 2005, l'avocat général Léger estimait au contraire qu'il ne pouvait être question, en l'espèce, d'une violation par le Conseil de son devoir de loyauté, dès lors qu'une jurisprudence constante refuse de reconnaître au dépôt d'une demande d'avis un quelconque effet suspensif sur la procédure de conclusion de l'accord international qui en fait l'objet (points 277 à 281).

poraire de conclusion de l'accord envisagé par le Conseil, pour peu que l'avis soit rendu dans un bref délai.

L'article 47 UE et la relation hiérarchique entre les piliers

8. — Dans son arrêt *Commission c. Conseil* du 20 mai 2008 («CEDEAO» ou «ECOWAS»), la Cour de justice clarifie les frontières entre les relations extérieures de la CE en matière de coopération au développement (Titre XX du traité CE) et les compétences de l'UE dans le cadre de la PESC (Titre V du traité UE) (15). Cet arrêt fait suite à un certain nombre d'autres conflits interinstitutionnels, portés devant la Cour, quant aux rapports entre les premier et troisième piliers (16). Dans l'affaire CEDEAO, la Commission contestait néanmoins, pour la première fois, la légalité d'une décision PESC au motif qu'elle aurait dû être adoptée sur le fondement du traité CE. Le recours s'articulait pour l'essentiel autour de l'article 47 UE, qui prévoit qu'aucune disposition du traité UE n'affecte le droit communautaire et dont la Cour de justice est compétente pour assurer le respect (17).

L'action commune litigieuse, fondée sur l'article 23 UE, visait à octroyer une contribution de l'UE à la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) dans le cadre du moratoire sur les armes légères et de petit calibre. Selon la Commission, la décision ne ressortissait pas à la PESC mais plutôt à la politique communautaire de coopération au développement et, plus spécifiquement, à l'accord de Cotonou. Le lien direct entre la prolifération des armes légères et de petit calibre, d'une part, et les perspectives de développement durable en Afrique de l'Ouest, d'autre part, était au cœur de l'argumentation de la Commission.

Conformément à ce qu'elle avait décidé à l'égard d'actes adoptés sous l'empire du troisième pilier, la CJCE confirme la préséance du traité CE sur les bases juridiques de la PESC. Selon une jurisprudence bien établie, si l'examen d'une mesure démontre qu'elle poursuit une double finalité ou qu'elle a une double composante et si l'une de celles-ci est identifiable comme principale tandis que l'autre n'est qu'accessoire, l'acte doit être fondé sur la base juridique qui correspond à son centre de gravité (18). La Cour indique dans un premier temps que cer-

(15) CJCE, aff. C-91/05, *Commission c. Conseil*, 20 mai 2008, *Rec.*, p. I-3651.

(16) Voy. *supra*, les arrêts cités aux notes 3 et 4.

(17) Art. 46 f UE. Voy. pour un arrêt fondateur, CJCE, aff. C-170/96, *Commission c. Conseil* («transit aéroportuaire»), 12 mai 1998, *Rec.*, p. I-2763, point 17.

(18) Voy. par ex. CJCE, aff. C-36/98, *Espagne c. Conseil*, 30 janvier 2001, *Rec.*, p. I-779, point 59.

taines mesures visant à la promotion de la sécurité internationale, notamment dans le cadre de la lutte contre la prolifération des armes légères et de petit calibre sur le continent africain, peuvent tomber dans le champ d'application du titre XX du traité CE, pour autant qu'elles servent à réaliser des objectifs de développement socio-économique. Or, tandis que l'avocat général Mengozzi était d'avis que l'action commune querellée avait bien pour objet principal le maintien de la paix et le renforcement de la sécurité internationale — ce qui eut impliqué qu'elle ne pouvait pas être adoptée par la CE en application du titre XX du traité CE —, la Cour juge au contraire que la décision poursuit en parallèle des objectifs de la PESC et de la politique de coopération au développement, sans que l'un de ces objectifs soit accessoire par rapport à l'autre. Habituellement, lorsqu'une telle situation met en présence des bases juridiques dans le seul traité CE, l'acte doit être fondé sur chacune d'entre elles, sauf en cas d'incompatibilité des procédures et/ou lorsque le cumul de bases juridiques serait de nature à porter atteinte aux prérogatives du Parlement européen (19). Cette solution est toutefois exclue à l'égard d'une mesure qui poursuit plusieurs objectifs ou qui a plusieurs composantes relevant, respectivement, des premier et deuxième piliers. L'équilibre entre le respect de l'article 47 UE et de l'article 5 CE implique en effet qu'un acte qui est tout à la fois susceptible de relever du droit communautaire et du traité UE, sans que l'une de ses composantes ne soit accessoire par rapport à l'autre, ne peut être adopté que sur la base du traité CE. Il importe peu à cet égard que la compétence communautaire en question soit exclusive ou partagée. Contrairement à l'avocat général, qui fait allusion à l'incompatibilité des procédures entre les premier et deuxième piliers pour justifier une telle solution, la Cour construit son raisonnement autour de la seule interdiction d'empiètement contenue à l'article 47 UE.

9. — Cet arrêt emporte plusieurs conséquences pour l'articulation entre les piliers et la structure de l'Union européenne. Tout d'abord, il démontre que la relation horizontale entre les compétences communautaires et celles de l'UE au titre de la PESC ne saurait être confondue avec la division verticale des compétences entre la CE et ses Etats membres. Si, dans un domaine de compétences partagées, tel que la politique de coopération au développement, les Etats membres restent compétents pour souscrire eux-mêmes des engagements à l'égard des Etats tiers, collectivement ou individuellement, voire conjointement

(19) CJCE, aff. C-300/89, *op. cit.*, note 9, para. 17-21; aff. C-178/03, *Commission c. Parlement et Conseil* («Convention de Rotterdam»), 10 janvier 2006, *Rec.*, p. I-107, para. 57. Voy. sur ce dernier arrêt *infra*, point 23.

avec la Communauté (20), il n'en va pas de même pour l'UE. Cette dernière est en effet, en vertu de l'article 47 UE, tenue de respecter les compétences de la CE, qu'elles soient exclusives ou non et quand bien même elles n'auraient pas encore été exercées. Une action de l'UE ne saurait dès lors être réduite au simple exercice collectif de compétences retenues par les Etats membres.

Cette lecture de l'article 47 UE confirme la conclusion à laquelle le Tribunal de Première Instance et la Cour de justice ont abouti dans les affaires *Kadi et Al Barakaat*, à savoir que l'architecture des piliers est basée sur la «*coexistence de l'Union et de la Communauté en tant qu'ordres juridiques intégrés mais distincts*» (21). Partant, l'article 47 UE exclut l'adoption d'un acte fondé simultanément sur le premier pilier et l'un des piliers intergouvernementaux. Soit un acte concerne principalement le deuxième pilier, auquel cas il doit trouver son fondement juridique dans le traité UE, soit il concerne principalement le premier ou ce dernier et la PESC, sans que l'une de ses composantes soit accessoire par rapport à l'autre, auquel cas l'acte ne peut être fondé que sur le traité CE. Il est remarquable que, dans l'arrêt CEDEAO, les dimensions communautaire et PESC de la décision annulée étaient inextricablement liées. Ceci implique que, malgré la seule référence de la Cour, dans cet arrêt, à la nature de la règle contenue à l'article 47 UE et non pas aux incompatibilités procédurales entre les piliers, l'annulation partielle d'un acte contenant des éléments clairement dissociables n'est *a contrario* pas impossible. Dans ce type de cas, l'arrêt CEDEAO ne paraît ainsi pas nécessairement écarter toute possibilité que des constructions normatives reposent sur une structure inter-piliers, composées de deux ou plusieurs actes séparés. La pratique des sanctions internationales, fondées tout à la fois sur des positions ou actions communes (PESC) et les articles 60 et 301 CE, en fournit une illustration.

L'interprétation de l'article 47 UE donnée par la Cour dans l'affaire CEDEAO réduit du reste la portée pratique de la PESC. En effet, seules des actions dans les domaines de la politique étrangère et de sécurité qui n'affectent pas les compétences de la CE tombent sous le deuxième pilier. Une affectation au sens de l'article 47 UE risque

(20) CJCE, aff. jtes. C-181/91 et C-248/91, *Parlement c. Conseil*, 30 juin 1993, *Rec.*, p. I-3685, point 16; CJCE, aff. C-316/91, *Parlement c. Conseil*, 2 mars 1994, *Rec.*, p. I-625, point 26. Il semble permis de qualifier de telles compétences de «parallèles».

(21) TPICE, aff. T-315/01, *Kadi c. Conseil et Commission*, 21 sept. 2005, *Rec.*, p. II-3649, point 120; TPICE, aff. T-306/01, *Yusuf et Al Barakaat c. Conseil et Commission*, 21 sept. 2005, *Rec.*, p. II-3533, point 156; CJCE, aff. jtes. C-402/05 P et C-415/05 P, *Kadi et Al Barakaat c. Conseil et Commission*, 3 sept. 2008, *Rec.*, p. I-6351, point 202. Voy. sur ces arrêts *infra*, point 31.

pourtant de se présenter fréquemment au regard des compétences étendues de la CE en matière de coopération au développement (titre XX CE) ou de coopération économique, financière et technique avec les pays tiers (titre XXI CE) (22).

Enfin, la reformulation de l'article 47 UE par le traité de Lisbonne doit être relevée. Tandis que cette disposition subordonne la PESC aux compétences communautaires, le nouvel article 40 du traité sur l'Union européenne (TUE) consacre au contraire la réciprocité de l'interdiction d'affectation entre la PESC et les autres domaines de la compétence externe de l'UE, appelée à jouir d'une personnalité juridique unique. Selon l'article 40 TUE, la mise en œuvre de la PESC n'affecte pas les procédures et l'étendue respective des attributions des institutions prévues pour l'exercice des autres compétences de l'Union et *vice versa*. Cette évolution est porteuse d'un grand nombre d'interrogations, qui ne pourront selon toute vraisemblance trouver une solution que devant la Cour de justice. Dès que cette nouvelle disposition sera entrée en vigueur, l'identification de la base juridique d'une mesure comportant de manière indissociable une dimension PESC et communautaire ne reposera en tout cas plus sur la hiérarchie dérivée de l'article 47 UE mais sur une analyse des incompatibilités procédurales et du rôle du Parlement européen. Cela dit, malgré la réciprocité du principe inscrit à l'article 40 TUE, il semblerait préférable de privilégier la procédure qui consacre le plus de prérogatives en faveur du Parlement européen, conformément à la jurisprudence antérieure (23).

b. — *La répartition des compétences entre la CE et ses Etats membres*

10. — Tout aussi complexe est la problématique de la répartition dite «verticale» des compétences entre la CE et ses Etats membres. La période couverte a essentiellement été marquée par l'*avis 1/03* sur le projet de nouvelle Convention de Lugano concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (24). Symptomatique des difficultés qui

(22) Sur cette compétence, voy. *infra*, points 17 à 21.

(23) Voy. not. CJCE, aff. C-178/03 («*Convention de Rotterdam*»), *op. cit.*, note 19. Voy. déjà en ce sens P. VAN ELSUWEGE, «On the boundaries between the European Union's first pillar and second pillar : a comment on the ECOWAS Judgment of the European Court of Justice», *Col. Journ. Eur. Law*, 2009, pp. 544 à 546.

(24) CJCE, avis 1/03, *Nouvelle convention de Lugano concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, 7 février 2006, *Rec.*, p. I-1145.

persistent autour de la théorie de l'«affectation» plus de trente-huit ans après l'arrêt *A.E.T.R.* (25), cet avis apporte des enseignements cruciaux sur la portée et les limites de la compétence externe implicite de la CE.

La nature de la compétence de la CE pour conclure la nouvelle Convention de Lugano

11. — L'*avis* 1/03 est le premier cas où la Cour se prononce sur un accord envisagé relevant du titre IV du traité CE. La Convention de Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale trouve son origine dans l'établissement, entre les Etats membres de l'AELE et les Etats membres de la CE, d'une coopération judiciaire analogue à celle qui résultait, entre ces derniers, de la Convention dite «Bruxelles I». Suite au transfert d'une partie de la «justice et des affaires intérieures» (ci-après, la JAI) vers le premier pilier, la Convention «Bruxelles I» a été remplacée et modernisée, entre la plupart des Etats membres, par le Règlement n° 44/2001, adopté sur la base du nouveau titre IV du Traité CE (26). Il était dès lors nécessaire de réviser la première Convention de Lugano en vue d'aligner ses dispositions avec celles de ce nouveau Règlement. Des divergences de vues étaient néanmoins apparues au sein du Conseil quant à la nature exclusive ou non de la compétence de la CE pour conclure un tel accord. Il incombe de relever que, d'une part, le contenu de la nouvelle Convention de Lugano apparaissait d'emblée très proche de celui du Règlement n° 44/2001 et que, d'autre part, cette Convention contenait une clause de déconnexion par laquelle les Etats membres s'engageaient à appliquer le Règlement et non pas la nouvelle Convention de Lugano dans leurs relations réciproques.

Dans son avis rendu le 7 février 2006, la Cour conclut sans peine à l'existence d'une compétence de la CE pour ratifier la nouvelle Convention de Lugano, dans la mesure où des règles relatives à la compétence judiciaire, à la reconnaissance et à l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ont déjà été adoptées au niveau communautaire, et couvrent largement les domaines visés par la nouvelle Convention. Acquisse dans son principe, cette compétence devait encore être élucidée dans sa nature. Dans ses arrêts «*ciel*

(25) CJCE, aff. 22/70, *Commission c. Conseil* («AETR»), 31 mars 1971, *Rec.*, p. 263, points 17 et 18.

(26) JO L n° 12/1, 12 janvier 2001. Conformément au Protocole sur la position du Danemark, ce Règlement n'est pas applicable à cet Etat, qui demeure lié, envers les autres Etats membres, par la convention «Bruxelles I».

ouvert» (27), la Cour avait apporté des précisions sur la théorie de l'affectation développée dans l'arrêt *A.E.T.R.* ainsi que dans les avis 2/91 (28) et 1/94 (29) : la CE acquiert une compétence externe du fait de l'exercice de sa compétence interne lorsque les engagements internationaux qu'elle prend relèvent du domaine d'application de règles communes ou, en tout cas, d'un domaine «*déjà couvert en grande partie*» par de telles règles. Une telle exclusivité peut être constatée lorsque la CE a inclus dans ses actes législatifs internes des clauses relatives au traitement à réserver aux ressortissants de pays tiers ou lorsqu'elle a conféré expressément à ses institutions une compétence pour négocier avec les pays tiers. C'est notamment sur la base du premier de ces deux critères que la Cour a constaté que la Communauté a acquis la compétence exclusive de contracter avec les États tiers des engagements se rapportant à la limitation de la liberté tarifaire des transporteurs aériens non communautaires, notamment sur les liaisons intracommunautaires, dès lors qu'un règlement communautaire a, fût-ce implicitement, réglé cette question (30). Même en l'absence de telles clauses expresses, cette exclusivité peut se déduire de l'«*harmonisation complète*» réalisée par la CE dans un domaine déterminé. Une clarification était attendue par le Conseil et plusieurs États membres sur le caractère exhaustif ou non des critères énumérés dans les arrêts «*ciel ouvert*», et sur ce qu'est un domaine «*déjà couvert en grande partie*» par des règles communes.

Dans son avis 1/03, la Cour commence par préciser que, dans l'hypothèse visée par l'avis 1/76, l'exclusivité de la compétence de la CE découle de ce que la compétence interne ne peut être utilement exercée qu'en même temps que la compétence externe. Cette hypothèse doit être distinguée de celle visée par l'arrêt *A.E.T.R.*, où c'est,

(27) CJCE, aff. C-467/98, *Commission c. Danemark*, 5 nov. 2002, *Rec.*, p. I-9519, point 56; CJCE, aff. C-468/98, *Commission c. Suède*, 5 nov. 2002, *Rec.*, p. I-9575, point 53; CJCE, aff. C-469/98, *Commission c. Finlande*, 5 nov. 2002, *Rec.*, p. I-9627, point 57; CJCE, aff. C-471/98, *Commission c. Belgique*, 5 nov. 2002, *Rec.*, p. I-9681, point 67; CJCE, aff. C-472/98, *Commission c. Luxembourg*, 5 nov. 2002, *Rec.*, p. I-9741, point 61; CJCE, aff. C-475/98, *Commission c. Autriche*, 5 nov. 2002, *Rec.*, p. I-9797, point 67; CJCE, aff. C-476/98, *Commission c. Allemagne*, 5 nov. 2002, *Rec.*, p. I-9855, point 82.

(28) CJCE, avis 2/91, *Convention n° 170 de l'Organisation internationale du Travail concernant la sécurité dans l'utilisation des produits chimiques au travail*, 19 mars 1993, *Rec.*, p. I-1061.

(29) CJCE, avis 1/94, *Compétence de la Communauté pour conclure des accords internationaux en matière de services et de protection de la propriété intellectuelle*, 15 nov. 1994, *Rec.*, p. I-5267.

(30) Voy., pour l'un des derniers arrêts de ce type, CJCE, aff. C-523/04, *Commission c. Pays-Bas*, 24 avril 2007, *Rec.*, p. I-3267, spéc. points 63 et 64.

au contraire, l'adoption de règles communes qui exclut la compétence des Etats membres pour contracter avec des tiers des obligations affectant ces règles (31). Après avoir rattaché la demande d'avis 1/03 à cette dernière hypothèse, la Cour rejette une acception restrictive des arrêts «*ciel ouvert*», estimant que les trois cas d'exclusivité mentionnés dans ces derniers ne sont que des exemples d'affectation, dont la formulation trouve son origine dans les contextes particuliers qui avaient donné lieu à leur énoncé.

La Cour promet ensuite une approche qualitative et *in concreto* du critère de l'affectation. En vue d'apprécier si un domaine est déjà «*couvert en grande partie*» par des règles communes, l'analyse doit reposer «*non seulement sur l'étendue des règles en cause, mais aussi sur leur nature et leur contenu*», en prenant en compte tant «*l'état actuel du droit communautaire dans le domaine concerné (que) ses perspectives d'évolution, lorsque celles-ci sont prévisibles au moment de l'analyse*». Cet exercice doit permettre d'apprécier si et dans quelle mesure un accord international risque de perturber «*l'application uniforme et cohérente des règles communautaires et un bon fonctionnement du système qu'elles instituent*». En dépit de l'opinion défendue par certains Etats membres, la Cour estime que la seule présence dans l'accord d'une clause de déconnexion, du reste incomplète, ne fournit pas une garantie de l'absence d'affectation des règles communautaires et ne résout dès lors aucunement la question préalable de l'exclusivité de la compétence de la CE. Fidèle à la démarche qu'elle a annoncée, la Cour se lance dès lors dans un examen spécifique et prospectif des effets que l'entrée en vigueur de la nouvelle Convention de Lugano pourrait avoir sur les règles communautaires et le bon fonctionnement du système qu'elles instituent. Cet examen, dont les avis 1/91, 1/94 mais aussi 2/92 (32) formaient les prémices, annonce selon toute vraisemblance un usage qui devrait se généraliser à l'avenir pour la délimitation de la compétence externe implicite de la CE.

Une première partie de l'examen de la Cour porte sur les parties du projet d'accord et du Règlement n° 44/2001 relatives aux règles de *compétence des juridictions*. L'accord et le Règlement sont susceptibles de couvrir en partie des domaines similaires. Le Règlement précise en effet, en son article 4, §1^{er}, que «*si le défendeur n'est pas domicilié sur*

(31) Il convient de rappeler que, selon l'avis 2/91, ce principe est également applicable lorsque des règles ont été adoptées dans des domaines ne relevant pas d'une politique commune et, notamment, dans des domaines où il existe des dispositions d'harmonisation.

(32) CJCE, avis 2/92, *Troisième Décision révisée de l'OCDE sur le traitement national*, 24 mars 1995, *Rec.*, p. I-521.

le territoire d'un Etat membre (et donc, potentiellement, dans un Etat partie à la Convention de Lugano), *la compétence est, dans chaque Etat membre, réglée par la loi de cet Etat membre (...)*». Or, la nouvelle Convention de Lugano vise à étendre le système mis sur pied par le Règlement aux Etats qui acceptent de la conclure et ce système s'articule autour de la compétence du juge du domicile du défendeur. Partant, l'article 4, §1^{er} implique que, à supposer que le renvoi qui y est opéré à la législation nationale puisse fonder une compétence des Etats membres pour conclure un accord international, le seul critère utilisable serait celui du domicile du défendeur. La nouvelle Convention de Lugano aurait dès lors, dès ce stade, un effet sur la mise en œuvre du Règlement n° 44/2001. L'application du critère du domicile du défendeur pourrait par ailleurs donner lieu à des conflits avec d'autres dispositions du Règlement si ce dernier devait voir ses règles étendues à d'autres Etats. Ainsi, s'agissant d'une personne morale défenderesse à un litige et domiciliée en dehors d'un Etat membre, la Convention de Lugano pourrait, en raison du critère du domicile du défendeur qu'elle retient, entrer en conflit avec les dispositions du Règlement relatives aux succursales, aux agences ou aux autres établissements sans personnalité juridique et qui rattachent un tel litige au territoire où se situent ces derniers (33). Ici aussi, la cohérence du système de règlement des conflits sur la compétence prévu par le Règlement n° 44/2001 est susceptible d'être affectée par la nouvelle Convention de Lugano. Quant à l'identité de l'objet et du libellé de la Convention avec ceux du règlement, elle ne garantit nullement l'absence d'affectation. Lorsque la nouvelle Convention de Lugano contient des articles identiques à ceux qui prévoient, dans le Règlement, l'application d'un critère autre que celui du domicile du défendeur, et conduit sur cette base à la désignation comme for compétent d'un Etat tiers partie à cette Convention (34), alors que le défendeur est domicilié dans un Etat membre, en l'absence de la Convention, ce dernier Etat serait compétent, alors qu'avec la Convention, c'est l'Etat tiers. Les dispositions de la nouvelle Convention de Lugano relatives aux règles de compétence affectent dès lors l'application uniforme et cohérente des règles communautaires concernant la compétence judi-

(33) La Cour cite notamment comme exemples les litiges en matière de contrats d'assurances, pour lesquels le Règlement prévoit que, lorsque l'assureur n'est pas domicilié sur le territoire d'un Etat membre, mais possède une succursale, une agence ou tout autre établissement dans un Etat membre, il est considéré, pour les contestations relatives à leur exploitation, comme ayant son domicile sur le territoire de cet Etat membre.

(34) Par exemple, les tribunaux de l'Etat membre où l'immeuble est situé sont compétents en matière de droits réels immobiliers.

ciaire en matière civile et commerciale et le bon fonctionnement du système qu'elles mettaient sur pied.

La Cour étudie ensuite les règles concernant *la reconnaissance et l'exécution des décisions* en matière civile et commerciale. Selon la Cour, ces règles et les règles sur la compétence ne constituent pas des ensembles distincts et autonomes. Elles sont, au contraire, étroitement liées. Le mécanisme simplifié de reconnaissance et d'exécution repose en effet sur la confiance réciproque que s'accordent le juge de l'Etat d'origine et le juge de l'Etat requis, compte tenu notamment de la coordination de leurs compétences respectives. Or, la nouvelle Convention de Lugano impose la reconnaissance dans un Etat partie des décisions judiciaires rendues en matière civile et commerciale dans tout autre Etat partie, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une procédure d'*exequatur*. Ici aussi, la portée du Règlement n° 44/2001 ne peut dès lors qu'être affectée par cette Convention, dans la mesure où cette dernière élargit le champ d'application de la reconnaissance — et donc aussi de la confiance dont il vient d'être question — et augmente d'autant le nombre de cas dans lesquels seront reconnues des décisions rendues par des juridictions d'Etats tiers, auxquelles ne s'applique pas le Règlement n° 44/2001. La Cour déduit de l'ensemble de ces considérations que la CE est compétente, à l'exclusion des Etats membres, pour conclure la nouvelle Convention de Lugano.

12. — Outre les précisions qu'il donne au sujet du Règlement n° 44/2001 lui-même (35), l'apport de l'avis 1/03 est double. D'une part, l'insertion d'une clause de déconnexion dans un accord international n'est pas déterminante pour résoudre la question préalable de l'exclusivité de compétence de la CE. Bien au contraire, une telle clause est un indice du risque d'affectation des règles communautaires par l'accord dans lequel elle est incorporée. D'autre part, la Cour précise dans cet avis la portée de la théorie de l'affectation et des compétences

(35) Cet apport «incident» d'un avis sur l'interprétation d'une disposition de droit communautaire dérivé demeure assez exceptionnel. En l'espèce, certains auteurs avaient défendu l'idée que le Règlement n° 44/2001 ne portait pas préjudice à la théorie dite de l'«effet réflexe» en matière de conflits de juridiction. En vertu de cette théorie, un juge d'un Etat membre doit pouvoir décliner sa compétence et renvoyer l'affaire devant le juge d'un Etat tiers si, la situation factuelle inversée, il serait en droit d'invoquer sa compétence juridictionnelle exclusive. Il semble résulter de l'analyse proposée par la Cour dans son avis 1/03 que le Règlement n° 44/2001 ne puisse recevoir une telle lecture (voy. spéc. le point 153). Voy. sur cette question, T. KRUGER, «Opinion 1/03, Competence of the Community to Conclude the New Lugano Convention on the Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters», *Columbia Journal of European Law*, 2006-2007, pp. 195 et 196.

externes implicites exclusives, au regard du critère de l'harmonisation large d'un domaine d'activité. Pour mieux saisir l'importance de cette clarification, il est utile de replacer l'avis 1/03 dans la problématique plus générale de la délimitation de la compétence externe implicite de la CE.

Une approche concrète et systémique du critère de l'affectation pour la délimitation de la compétence externe implicite

13. — La majorité des commentaires de l'arrêt *A.E.T.R.* parus peu de temps après son prononcé estimaient que la compétence externe implicite de la Communauté non seulement était limitée aux politiques communes (la politique commerciale, la politique agricole et la politique des transports), mais encore et surtout ne pouvait découler que de l'existence de règles internes dans le domaine considéré, l'exclusivité de cette compétence externe implicite étant pour sa part fonction de l'effet de l'accord sur ces règles (36). Dans son premier avis (1/75), la Cour indiqua que l'absence de règles internes était par contre sans influence sur la nature exclusive de la compétence externe explicite de la CE, singulièrement en matière de politique commerciale commune (37). Dans le deuxième (1/76), précisant la portée du parallélisme des compétences déjà annoncé dans l'arrêt *Kramer* (38), elle admit qu'une compétence externe implicite pouvait exister même en l'absence de règles communes, pourvu que cette compétence interne ne puisse être exercée utilement qu'en même temps que la compétence externe (39). L'avis 2/91 fut, pour sa part, l'occasion d'invalider la thèse selon laquelle une compétence externe implicite ne pourrait exister en dehors du champ des politiques communes. Cet avis avait en effet pour objet une Convention de l'OIT sur la sécurité dans l'utilisation des produits chimiques au travail, une matière ressortissant à la politique sociale au sens large et qui, partant, ne rentrait pas dans le champ d'une politique commune de la CE.

14. — Comme il a été rappelé plus haut, la portée précise du critère de l'affectation continuait par contre à poser question. L'avis 2/91 annonçait déjà, dans une certaine mesure, l'analyse *concrète* et *systé-*

(36) Voy., pour un résumé critique de ces thèses, R. KOVAR, «La contribution de la Cour de justice au développement de la condition internationale de la Communauté», *C.D.E.*, 1978, pp. 535 à 537.

(37) CJCE, avis 1/75, *Arrangement sur les dépenses locales (OCDE)*, 11 nov. 1975, *Rec.*, p. 1355.

(38) CJCE, aff. 3, 4 et 6/76, *Kramer*, 14 juillet 1976, *Rec.*, p. 1279, points 29 à 33.

(39) Avis 1/76, *Accord relatif à l'institution d'un Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure*, 26 avril 1977, *Rec.*, p. 741, point 4.

mique consacrée par l'avis 1/03. Le seul constat d'une correspondance large entre les domaines couverts par un accord et par des règles internes ne suffit pas pour conclure à une affectation. Cette dernière fait ainsi défaut, en principe, lorsque ces règles communautaires ne fixent que des prescriptions minimales que ne remettent pas en cause l'accord ou, au contraire, lorsqu'elles contiennent des dispositions qui vont plus loin que l'accord mais sur lesquelles ce dernier est sans effet. Par contre, même en l'absence de contradictions, l'affectation peut découler de ce que l'accord relève d'un domaine déjà couvert en grande partie par des règles communautaires, adoptées dans la perspective d'une harmonisation encore plus complète. Les pistes devaient néanmoins être brouillées par l'avis 1/94 et les arrêts «*ciel ouvert*», où la Cour avait énuméré trois cas de compétence externe implicite, à savoir une «*harmonisation complète dans un domaine déterminé*» (40), l'hypothèse où la CE a inclus dans ses actes législatifs internes des clauses relatives au traitement à réserver aux ressortissants de pays tiers ou, enfin, des clauses habilitant expressément les institutions à négocier et conclure des accords internationaux avec des pays tiers. La question pouvait être posée de savoir si cette énumération était ou non exhaustive.

Spécifiquement interrogée sur ce dernier point dans l'avis 1/03, la Cour indique que les trois cas précités ne sont que des illustrations de cas d'affectation (41). Elle renoue ainsi avec un test de l'affectation plus proche de celui proposé dans l'avis 2/91, mais en le précisant et en donnant à l'analyse des rapports entre l'accord international et les règles communautaires une dimension plus concrète et plus flexible, systémique et dynamique. La compétence externe implicite de la CE s'examine non seulement au regard du domaine couvert par les règles communautaires et par les dispositions de l'accord envisagé — lesquels doivent largement coïncider —, mais également de la nature et du contenu de ces règles et dispositions et de leurs évolutions prévisibles, afin de s'assurer que l'accord n'est pas susceptible de porter atteinte à l'application uniforme et cohérente des règles communautaires et au bon fonctionnement du système qu'elles instituent.

Encore que la réponse à la demande d'avis ne l'exigeait pas à proprement parler, il aurait sans doute été souhaitable que la Cour pro-

(40) CJCE, avis 1/94, *op. cit.*, note 29, point 96.

(41) Les rédacteurs du traité de Lisbonne ont entendu codifier cette jurisprudence de la Cour de justice en énonçant que la compétence externe implicite exclusive existe lorsqu'elle «*est prévue dans un acte législatif de l'Union*» ou lorsque l'accord international en question est «*susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée*» (art. 3, §2 TFUE).

fite de sa saisine pour avis pour proposer une synthèse plus explicite de la doctrine de l'affectation, en mettant en évidence le lien qu'elle entretient avec l'hypothèse de parallélisme visée dans l'arrêt *Kramer* et dans l'avis 1/76. Elle s'est en effet contentée de répéter la formule déjà usitée dans les avis 1/94 et 1/03, de même que dans les arrêts «*ciel ouvert*», selon laquelle lorsqu'une compétence interne ne peut être utilement exercée qu'en concluant un accord international, une telle nécessité non seulement crée une compétence externe (42) mais, en sus, ménage à cette dernière un caractère exclusif. Or, cette hypothèse d'exclusivité ne se comprend qu'au regard de la théorie de l'affectation. En effet, lorsqu'elle conditionne l'utilité de la compétence interne dans un domaine déterminé, la conclusion d'un accord international par la CE équivaut à l'exercice simultané d'une telle compétence. Une telle ratification réalisant en quelque sorte une «*harmonisation complète*» des mesures visées par un tel accord, les Etats membres perdent la possibilité d'agir dans les domaines correspondants, en marge de la CE, puisque l'exercice d'une telle compétence externe porterait nécessairement atteinte aux mesures harmonisées. La particularité de ce cas de figure est, naturellement, que l'examen de l'«affectation» est en l'occurrence fictif : en effet, par hypothèse, des règles internes n'ont pas encore été adoptées au moment où l'accord international est conclu et, partant, c'est ce dernier événement et lui seul qui crée l'exclusivité. Pour cette même raison, la compétence externe implicite de la CE, telle qu'elle fut consacrée dans l'arrêt *Kramer* et l'avis 1/76, n'est exclusive qu'en tant qu'elle est indissociable de l'exercice utile d'une compétence interne. Un accord international qui couvrirait également d'autres domaines, relevant quant à eux des compétences partagées, devrait dès lors être à la fois conclu par la CE et ses Etats membres.

c. — *L'utilisation de la clause de flexibilité (art. 308 CE)
dans le cadre de la lutte contre le terrorisme*

15. — L'arrêt très attendu et d'ores et déjà très commenté prononcé par la Cour de justice dans les affaires *Kadi et Al Barakaat Interna-*

(42) A défaut, un accord international ne peut être conclu par la CE dans des matières qui ne font pas encore ou ne font que très partiellement l'objet d'une réglementation sur le plan communautaire qu'en vertu d'une compétence externe explicite. Tel est notamment le cas en matière de protection de l'environnement. Voy. CJCE, avis 2/00, *Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques*, 6 déc. 2001, *Rec.*, p. I-9713, points 44 à 47; CJCE, aff. C-459/03, *Commission c. Irlande* («*Usine Mox*»), *Rec.*, p. I-4635, point 95. Sur ce dernier arrêt, voy. égal. *infra*, chap. I, section 2.

tional Foundation est porteur d'un enseignement double pour le droit des relations extérieures de la CE (43). D'une part, la Cour y clarifie la nature des objectifs que permet de poursuivre la clause de flexibilité contenue à l'article 308 CE et, d'autre part, elle y expose sa conception de l'articulation entre l'ordre juridique communautaire — notamment les règles qui font partie de ses «*fondements mêmes*» — et les normes issues de l'ordre juridique des Nations Unies, en particulier les résolutions adoptées par le Conseil de sécurité sur le fondement du Chapitre VII de la Charte de San Francisco. Cette seconde dimension est abordée dans le deuxième chapitre, consacré aux rapports entre les ordres juridiques communautaire et international.

Le conflit qui a opposé Mr. Abdullah Kadi et la Fondation Al Barakaat International au Conseil prend sa source dans le combat mené par les Nations Unies contre le financement du terrorisme international. Depuis la seconde moitié des années quatre-vingt-dix, le Conseil de sécurité de l'ONU a pris l'habitude d'adopter des sanctions dites «*intelligentes*» (en anglais, *smart sanctions*) qui, plutôt que d'être dirigées contre un pays ou ses dirigeants, visent à geler les avoirs d'un nombre limité de personnes physiques ou morales soupçonnées d'activités terroristes ou de participation à leur financement. L'objectif est de lutter plus efficacement contre le risque majeur que représente le terrorisme international pour la paix et la sécurité dans le monde, tout en ciblant les effets négatifs des sanctions adoptées sur les seules personnes ou entités qui peuvent en être tenues pour responsables. Kadi et Al Barakaat avaient été placés par un comité des Nations Unies (dit «*Comité Taliban*») sur une liste de personnes et associations visées par de telles mesures restrictives, à charge pour les Etats d'en assurer la mise en oeuvre. Les Etats membres de l'UE ont adopté une position commune, au titre de la PESC, ainsi que divers règlements communautaires pour donner suite à ces mesures. Suite au rejet par le TPICE de leurs recours en annulation contre les mesures restrictives dont ils faisaient l'objet, Kadi et Al Barakaat formèrent un pourvoi devant la Cour de justice.

Cette dernière était en particulier appelée à se prononcer sur la base juridique retenue par le Conseil pour adopter les règlements commu-

(43) CJCE, aff. jtes. C-402/05 P et C-415/05 P, *op. cit.*, note 21. Voy. en particulier, G. DE BURCA, «The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi», NYU School of Law Jean Monnet Working Paper n° 1/09 (disponible à l'adresse suivante : www.jeanmonnetprogram.org/papers/09/090101.html); N. LAVRANOS, «Judicial Review of UN sanctions by the European Court of Justice», *N.J.I.L.*, 2009, pp. 343 à 359; A. GATTINI, *C.M.L. Rev.*, 2009/1, pp. 213 à 239.

nautaires en question. Les articles 60 CE et 301 CE, introduits par le traité de Maastricht, n'évoquent en effet que les relations économiques avec des «*pays tiers*», une formule qui semble difficilement pouvoir fonder des mesures adoptées contre des individus, groupes ou associations qui ne dirigent pas un Etat tiers ou qui ne peuvent être associées à ses dirigeants ou aux personnes qui sont directement ou indirectement contrôlées par ceux-ci. Le Conseil avait toutefois estimé que l'usage de l'article 308 CE, en complément des articles 60 CE et 301 CE, permettait de fonder la compétence de la Communauté pour adopter de telles mesures restrictives. Cette clause de flexibilité permettrait à la Communauté, dans le cadre limité de la passerelle créée par les articles 60 CE et 301 CE entre les premier et deuxième piliers, de poursuivre la réalisation d'un objectif de la PESC par l'adoption de mesures restrictives contre des individus, groupes ou entités qui ne sont pas assimilables à un pays tiers.

Confirmée par le TPICE, cette lecture de l'article 308 CE est par contre rejetée par la Cour de justice. La Cour admet certes que les articles 60 CE et 301 CE ne se prêtent pas, à eux seuls, à une telle extension de leur champ d'application, comme l'avaient notamment suggéré la Commission et l'avocat général Poiares Maduro. Ces dispositions se caractérisent en effet par l'exigence d'un lien entre la mesure envisagée et le régime dirigeant d'un pays tiers. Ni la structure du traité CE, ni son libellé ne permettent par contre d'étendre la passerelle établie par ces articles entre les traités CE et UE à d'autres dispositions, et en particulier à la clause de flexibilité contenue à l'article 308 CE. D'une part, les ordres juridiques de l'Union et de la Communauté sont «*intégrés mais distincts*». D'autre part, la clause de flexibilité a pour objet de favoriser le «*fonctionnement du marché commun*», et non pas de réaliser des objectifs de la PESC. La Cour n'arrête toutefois pas là son raisonnement et, finalement, confirme le choix opéré par le Conseil de retenir comme bases juridiques du Règlement les articles 60 CE, 301 CE et 308 CE. Tout d'abord, la nature économique et financière des mesures querellées permet de les ranger dans le champ d'application *ratione materiae* des articles 60 CE et 301 CE. Ensuite et surtout, la Cour estime que l'objectif poursuivi par les mesures restrictives en question peut être rattaché à des objets assignés par le traité CE à la Communauté, et ce sur un double plan. Premièrement, la Cour aperçoit dans les articles 60 CE et 301 CE l'expression d'un «*objectif implicite et sous-jacent*», qui est de rendre possible l'adoption de mesures restrictives de nature économique par l'utilisation efficace d'un instrument communautaire. Deuxièmement, ces mesures restrictives dirigées contre des particuliers, même dépourvus de tout lien avec le gouvernement d'un pays tiers, présentent un

lien avec le fonctionnement du marché intérieur. La Cour avance sur ce dernier point qu'un ensemble de mesures de ce type adoptées unilatéralement par chaque Etat membre serait susceptible d'avoir des effets sur les échanges intra-communautaires et sur l'exercice du droit d'établissement des personnes qui en sont affectées, voire créer des distorsions de concurrence entre des entreprises établies dans la Communauté. La lecture erronée de l'article 308 CE par le TPICE est toutefois sans incidence sur le choix de la base juridique retenue par le Conseil. La Cour rejette par conséquent le moyen d'annulation qui en est tiré par *Kadi et Al Barakaat*.

16. — Cet arrêt souligne l'inadaptation du traité aux évolutions de la pratique des sanctions internationales, qui privilégie depuis quelques années — pour des motifs humanitaires et d'efficacité — les mesures ciblées sur des individus et entités tenus pour responsables de menaces pour la paix et la sécurité. Fort heureusement, le traité de Lisbonne lève toute ambiguïté sur la compétence de l'Union pour adopter de telles sanctions «intelligentes» (44). Davantage qu'une opération cosmétique, ce changement répond à une exigence de sécurité juridique essentielle, s'agissant de mesures dont les effets sont particulièrement graves pour ceux qui en sont frappés.

Il est du reste permis de s'interroger sur l'articulation proposée par la Cour entre les passerelles visées aux articles 60 CE et 301 CE, d'une part, et la clause de flexibilité, d'autre part. Le raisonnement qui a conduit à identifier dans les clauses-passerelle un objectif «*implicite et sous-jacent*» spécifiquement communautaire n'évite pas, selon nous, une certaine tension avec deux points de vue qu'elle défend par ailleurs, à savoir, d'une part, que les mesures restrictives querellées visent essentiellement des objectifs de politique étrangère et de sécurité et, d'autre part, que leur but essentiel et leur objet n'est pas d'affecter les relations économiques de la Communauté avec un pays tiers (45). Une lecture plus dynamique du traité aurait sans doute permis de promouvoir une interprétation non-littérale des articles 60 CE et 301 CE, et de conclure que ces derniers seuls étaient à même de fonder les mesures querellées, sans devoir faire usage de l'article 308 CE. La référence faite aux «pays tiers» dans les articles 60 CE et 301 CE s'explique en effet par la circonstance que, à l'époque à laquelle ces dispositions ont été insérées dans le traité, la pratique des sanctions internationales «intelligentes» n'était pas encore répandue. Une telle solution n'aurait cependant pas été sans incidence procédurale,

(44) Voy. les art. 75 *in fine* et 215, §2 TFUE.

(45) Voy. spéc. le point 169 de l'arrêt.

puisqu'elle aurait suffi à réformer les jugements querelés et à annuler les mesures critiquées. Ceci aurait placé la Cour face à une délicate alternative. Selon un premier cas de figure, elle aurait pu arrêter à ce stade son examen. Une telle issue aurait été, à n'en pas douter, à la source d'une légitime insatisfaction dès lors que l'arrêt d'annulation aurait éludé la question primordiale des droits fondamentaux. Selon un second cas de figure, la Cour aurait pu, ainsi que l'y avait invité l'avocat général Poiras Maduro, poursuivre malgré tout son examen sur ce dernier point, dans l'intérêt de la sécurité juridique et pour prévenir la persistance dans l'ordre juridique communautaire d'une violation possible de ces droits (46). Jusqu'à présent, la Cour s'est toutefois montrée réticente à s'engager dans une telle voie (47). Discrètement, le rejet du moyen tiré du choix erroné de base juridique dans l'affaire *Kadi et Al Barakaat* a permis à la Cour d'éviter ce dilemme, et d'aborder sans arrière-pensées la problématique cruciale des droits fondamentaux, examinée plus loin (48).

d. — *Les compétences de la CE en matière de coopération au développement*

17. — La délimitation des compétences externes de la CE dans le domaine de la coopération au développement, visée au titre XX du traité CE, est depuis un certain temps déjà au cœur de controverses (49). L'évolution de l'intégration européenne a toutefois récemment donné naissance à de nouveaux défis juridiques. Tout d'abord, les liens étroits entre le développement et la sécurité — mis en exergue dans des documents politiques tels que la Stratégie européenne de sécurité (50) ou le Consensus européen pour le développement (51) — ont été à l'origine de conflits interinstitutionnels sur les rapports entre les piliers et sur les pouvoirs d'exécution de la Commission. Ensuite, l'insertion par le traité de Nice d'un nouveau titre XXI dans le traité CE, consacré à la coopération économique, financière et technique avec les pays tiers, a engendré de nouveaux problèmes quant à la déli-

(46) Voy. le seizième paragraphe des conclusions présentées les 16 et 23 janvier 2008.

(47) Voy. par exemple, CJCE, aff. C-376/98, *Allemagne c. Parlement européen et Conseil* («Directive sur le tabac»), 5 oct. 2000, *Rec.*, p. I-8419, point 118.

(48) Voy. *infra*, chap. II, section 1^{ère}.

(49) Voy. par exemple, CJCE, aff. jtes. C-181 et 248/91, *Parlement c. Conseil*, 30 juin 1993, *Rec.*, p. I-3685; CJCE, aff. C-316/91, *Parlement c. Conseil*, 2 mars 1994, *Rec.*, p. I-625; CJCE, aff. C-268/94, *Portugal c. Conseil*, 3 déc. 1996, *Rec.*, p. I-6177.

(50) *Une Europe sûre dans un monde meilleur*, Bruxelles, 12 déc. 2003.

(51) *JO C n° 46/1*, 24 février 2006.

mitation des compétences en matière de coopération au développement.

Les compétences d'exécution de la Commission

18. — Dans un arrêt *Parlement c. Commission* du 23 octobre 2007, la Cour de justice indique que la compétence d'exécution de la Commission en matière d'aide financière et technique ainsi que de coopération économique avec les pays en voie de développement, qui ressortit au droit communautaire, ne s'étend pas aux projets visant principalement la lutte contre le terrorisme et la criminalité internationale, qui doivent pour leur part être rangés dans la PESC (52). Elle accueille en ce sens un recours en annulation intenté par le Parlement européen contre une décision de la Commission approuvant un projet relatif à la sécurité des frontières de la République des Philippines, adoptée en exécution du Règlement CEE n° 443/92 relatif à l'aide financière et technique et à la coopération économique avec les pays en développement d'Amérique latine et d'Asie (53).

Le Parlement reprochait à la Commission d'avoir excédé sa compétence d'exécution de ce Règlement dès lors que la sécurité internationale et la lutte contre le terrorisme ne font pas partie intégrante de l'assistance institutionnelle que vise cet acte. La Commission, tout en reconnaissant qu'elle ne jouissait pas d'une compétence autonome en matière de lutte contre le terrorisme, soulignait au contraire la nécessité d'une interprétation flexible de ses compétences au regard du lien direct entre la stabilité interne et le renforcement des capacités du pays concerné par les mesures d'assistance. La Cour de justice reconnaît explicitement que les articles 177 CE à 181 CE (titre XX CE), introduits par le traité de Maastricht et ayant trait à la coopération au développement, poursuivent une multitude d'objectifs, dont certains — tels la consolidation de la démocratie et de l'Etat de droit ainsi que le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales — présentent une nature politique. Cette interprétation large de la nouvelle politique de développement de la Communauté est confirmée par des documents politiques comme le Consensus européen pour le développement, précité, ainsi que le nouvel instrument financier de la coopération au développement (54), qui comptent parmi leurs

(52) CJCE, aff. C-403/05, *Parlement c. Commission*, 23 oct. 2007, *Rec.*, p. I-09045.

(53) *JO L* n° 52/1, 27 février 1992.

(54) Règlement (CE) n° 1717/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 novembre 2006 instituant un instrument de stabilité, *JO L* n° 327/1, 24 novembre 2006.

objectifs principaux la lutte contre le terrorisme et la criminalité organisée. La Cour partage dès lors le point de vue de son avocat général que certaines mesures d'assistance concernant la sécurité et la stabilité peuvent être adoptées au titre de l'aide au développement. Cette position serait ultérieurement réaffirmée dans l'arrêt CEDEAO (55).

La Cour ne s'exprime pas ici sur le rapport entre les piliers mais se limite à une analyse de l'objet et de la nature du Règlement n° 443/92. Ce dernier ne vise pas expressément la lutte contre le terrorisme et la criminalité internationale, ni la stabilité et la sécurité intérieure. Dans ces conditions, seul l'objectif du renforcement institutionnel en matière de coopération économique pourrait fonder une compétence d'exécution de la Commission, dans le but de stimuler l'investissement et le développement. Etant donné que la décision attaquée ne présente pas de lien avec un tel but, la Commission a excédé les compétences d'exécution qui lui avaient été confiées par le Conseil.

19. — Les conclusions de l'avocat général Kokott aident à mieux comprendre cet arrêt, en particulier la logique qui sous-tend l'interprétation large des articles du traité relatifs à la coopération au développement, d'une part, et l'approche stricte des compétences d'exécution de la Commission, d'autre part. Dans l'interprétation qu'elle propose du traité, la Cour n'est pas impassible à l'évolution du concept d'aide au développement, tel qu'il est compris par les Nations Unies et d'autres organisations internationales compétentes. C'est ce qui lui permet de conclure que des mesures ayant pour objet la sécurité et la stabilité internationale peuvent être fondées sur les dispositions du traité CE relatives à la compétence en matière d'aide au développement, pour peu qu'elles visent essentiellement le développement économique et social des pays qui bénéficient de l'assistance ainsi que la lutte contre la pauvreté de leur population. Cette flexibilité ne va toutefois pas jusqu'à permettre un élargissement autonome de ses compétences d'exécution par la Commission, telles qu'elles sont définies dans un règlement. Un tel élargissement nécessite, pour des motifs de transparence et de légitimité démocratique, une modification législative conforme aux procédures prévues par le traité CE, ce qui implique notamment l'intervention du Parlement européen.

(55) CJCE, aff. C-91/05, *op. cit.*, note 15, points 65 et 66.

Le rapport entre la coopération au développement et la coopération économique, financière et technique avec les pays tiers

20. — L'interprétation flexible donnée aux articles 177 CE à 181 CE ne va toutefois pas sans poser certains problèmes de délimitation des frontières entre la coopération au développement et les autres domaines de l'action extérieure de l'UE (en particulier, la PESC) et de la CE. La Cour a ainsi été appelée à se prononcer sur la délimitation des domaines respectifs des titres XX (coopération au développement) et XXI (coopération économique, financière et technique avec les pays tiers) du traité CE, à l'occasion d'un recours en annulation d'une décision du Conseil accordant une garantie communautaire à la Banque européenne d'investissement en cas de pertes résultant de prêts et de garanties de prêts en faveur de projets en dehors de la Communauté (56). Le Conseil avait fondé cette décision sur la «coopération économique, financière et technique avec des pays tiers» (article 181 A CE). De l'avis du Parlement, la décision aurait également dû être fondée sur l'article 179 CE, base juridique de la coopération en matière de développement. Au soutien de sa position, le Parlement faisait observer que la plupart des pays tiers concernés par la décision sont des pays en voie de développement.

La Cour écarte d'emblée l'argument de la Commission selon lequel, au sens littéral, les «pays tiers» auxquels il est fait référence à l'article 181 A CE couvrent tant des pays en voie de développement que d'autres pays tiers. Une telle interprétation renferme en effet le risque que le recours à cette disposition ne soit utilisé pour détourner les finalités spécifiques de la coopération au développement. Dans le système du traité, le titre XX relatif à la coopération au développement apparaît ainsi comme prioritaire par rapport à l'aide économique, financière et technique en général, pour ce qui concerne la coopération avec les pays en voie de développement. Cette interprétation est confortée par les termes mêmes de l'article 181 A CE, lequel précise qu'il s'applique «sans préjudice des autres dispositions du présent traité, et notamment de celles du titre XX». Il en va d'autant plus ainsi que le titre XX, et plus particulièrement l'article 177 CE, poursuit des objectifs plus spécifiques que ceux de la coopération économique, financière et technique visée au titre XXI. Il s'ensuit que l'article 181 A CE ne constitue pas la base juridique appropriée de mesures poursuivant des objectifs de coopération au développement énoncés à l'article 177 CE, telles que la décision d'octroi d'une garantie à la BEI querellée en l'espèce.

(56) CJCE, aff. C-155/07, *Parlement européen c. Conseil*, 6 nov. 2008, n.e.p.

Il est remarquable que la Cour ne définisse pas dans cet arrêt la notion de «pays en voie de développement», même si elle souligne que cette notion doit faire l'objet d'une «*interprétation communautaire autonome*». A défaut d'une définition dans le traité, la pratique communautaire accorde un crédit particulier à la liste des bénéficiaires de l'aide publique au développement adoptée par le comité d'aide au développement de l'OCDE. Admettant que le concept de «pays en voie de développement» est dynamique et sujet à des facteurs d'influence peu prévisibles, la Cour se contente d'indiquer qu'une grande partie des pays bénéficiaires de l'aide communautaire indirectement visée par la décision querellée est susceptible de relever de cette catégorie. Cette décision possède dès lors une double composante : l'une, relative à la coopération au développement et relevant de l'article 179 CE; l'autre, relative à la coopération économique, financière et technique avec des pays tiers qui n'appartiennent pas à la catégorie des pays en voie de développement, relevant pour sa part de l'article 181 A CE. Or, selon une jurisprudence constante, si l'un des objectifs ou l'une des composantes est identifiable comme principal(e) tandis que l'autre n'est qu'accessoire, l'acte doit se fonder sur une seule base juridique, à savoir celle qui correspond à la composante prépondérante. Si, toutefois, une mesure poursuit à la fois plusieurs objectifs ou a plusieurs composantes qui sont lié(e)s de façon indissociable, sans que l'un(e) soit accessoire par rapport à l'autre, une telle mesure doit être fondée, à titre exceptionnel, sur les différentes bases juridiques correspondantes. Il n'est fait exception à cette règle que lorsque les procédures envisagées par ces différentes bases juridiques sont incompatibles (57).

En l'espèce, la décision attaquée vise des actions de nature similaire mais qui touchent plusieurs pays, ressortissant à diverses régions. Suivant sur ce point l'avocat général Kokott, la Cour rejette un critère purement quantitatif en vue de déterminer un centre de gravité sur la base de données géographiques ou démographiques. Or, la décision querellée contient deux composantes qui sont indissociablement liées, sans qu'il soit possible d'identifier laquelle est principale. La Cour jugeant compatibles les procédures de consultation et de co-décision, la décision attaquée aurait dû être fondée sur les deux bases juridiques précitées. Contrairement à la situation qui avait donné lieu au fameux arrêt *Dioxyde de titane*, le Conseil statue en effet à la majorité qualifiée, tant dans le cadre de la procédure visée à l'article 179 CE que dans celle prévue à l'article 181 A CE. Le rôle différent du Parlement européen dans

(57) Voy. la jurisprudence citée *supra* à la note 9.

l'un et l'autre cas ne pose pas de problème en l'espèce puisque l'ajout de l'article 179 CE comme base juridique de la décision attaquée assure à cette institution un pouvoir de codécision, alors qu'il est en règle simplement consulté lorsqu'il est fait appel à l'article 181 A CE. La double base juridique a donc bien un effet de renforcement de la dimension démocratique du processus décisionnel dans cette hypothèse.

21. — Cet arrêt clarifie les rapports entre les titres XX et XXI du traité CE et entre les articles 179 CE et 181 A CE. La coopération au développement et la coopération économique, financière et technique avec les autres pays tiers sont des politiques complémentaires dans l'action extérieure de la CE. Leur champ d'application respectif repose à la fois sur un critère géographique (les pays en développement pour le titre XX du traité et les autres pays tiers pour son titre XXI) et sur un critère matériel ou fonctionnel (les objectifs spécifiques énoncés, pour les pays en voie de développement, à l'article 177 CE, §1^{er} CE et les actions de coopération économique, financière et technique pour son titre XXI). Le traité de Lisbonne confirme cette distinction (58). A défaut d'une définition communautaire de la notion de «pays en développement» et compte tenu de l'interprétation large des compétences de la CE en matière d'aide au développement, de nouveaux conflits interinstitutionnels ne sont pas à exclure dans le futur. Cela dit, le choix de l'une ou l'autre base juridique sera devenu sans incidence sur le rôle du Parlement européen suite à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, ce dernier ayant étendu la procédure législative ordinaire (codécision) à la coopération économique, financière et technique avec les pays tiers.

e. — *Les rapports entre la politique commerciale commune et la protection de l'environnement*

22. — La Cour de justice s'est prononcée sur un problème assez proche à l'occasion d'un recours introduit par la Commission contre une décision du Conseil concernant l'approbation de la Convention de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable à certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet d'un commerce international (59). Il s'agis-

(58) Voy. les articles 208 à 211 ainsi que les articles 212 et 213 TFUE.

(59) CJCE, aff. C-94/03, *Commission c. Conseil*, 10 janvier 2006, *Rec.*, p. I-1. Cet arrêt doit être rapproché d'un autre, prononcé le même jour, où la Cour s'est prononcée sur la légalité du Règlement communautaire par lequel les obligations résultant de cette convention internationale étaient mises en œuvre. Voy. CJCE, aff. C-178/03, *op. cit.*, note 19.

sait cette fois de délimiter les contours respectifs de la politique commerciale commune et de la politique environnementale. Le grief formulé par la Commission contre l'acte portant conclusion de cette Convention tenait à sa base juridique, à savoir la protection de l'environnement (art. 175 CE). Selon elle, un tel fondement n'était pas approprié au regard de l'objectif principal de cette convention, qui est de régir le commerce international de certains produits dangereux. A son estime, la décision de conclusion aurait dès lors dû être adoptée par le Conseil sur le fondement de l'article 133 CE.

La Convention de Rotterdam a pour objectif d'encourager le partage des responsabilités et la coopération dans le domaine de l'importation et de l'exportation de certains produits chimiques dangereux. L'un des apports essentiels de cette Convention est de soumettre ce type de transactions commerciales à une procédure dite de consentement préalable en connaissance de cause (Prior Informed Consent), qui implique l'échange d'informations sur l'importation de produits chimiques, une diffusion de ces informations aux opérateurs économiques relevant de la juridiction des Etats parties à la Convention et une surveillance de leur respect.

Après avoir rappelé sa jurisprudence relative au choix de la base juridique d'un acte communautaire, la Cour estime que la Convention de Rotterdam comporte, tant sur le plan des finalités poursuivies que sur celui de son contenu, deux composantes liées de façon indissociable, sans que l'une puisse être considérée comme seconde ou indirecte par rapport à l'autre. Contrairement à la solution à laquelle elle avait abouti dans son avis 2/00 au sujet du Protocole de Cartagena (60), la Cour identifie en l'espèce un lien explicite et indissoluble entre un instrument typique de la politique de l'environnement — à savoir la procédure d'accord préalable en connaissance de cause — et l'élaboration d'une liste de produits chimiques et pesticides susceptibles de présenter un danger pour la santé et l'environnement, soumis à cette même procédure. Dans ces conditions, l'acte portant conclusion de cette convention devait en principe reposer tout à la fois sur l'article 133 CE et sur l'article 175 CE.

Encore revenait-il d'apprécier si les procédures prévues par ces dispositions étaient compatibles au sens de la jurisprudence Dioxyde de titane. La Cour estime que tel est bien le cas en l'espèce. D'une part, le recours additionnel à l'article 133 CE est sans influence sur les règles de vote applicables au Conseil, ce dernier statuant en tout état de cause à la majorité qualifiée. D'autre part, l'usage de l'article 175

(60) CJCE, avis 2/00, *supra*, note 42.

CE n'est pas de nature à diminuer les prérogatives du Parlement européen. Tout au contraire, il lui permet de donner son avis préalable à la conclusion de l'accord, alors qu'il ne serait pas assuré d'un tel droit si l'acte de conclusion reposait exclusivement sur l'article 133 CE. La Cour annule dès lors la décision portant approbation de la Convention de Rotterdam et le Règlement n° 304/2003. Sur ce dernier point, il importe de souligner l'exigence formulée par la Cour que la base juridique d'un accord soit identique à celle des actes qui lui donnent exécution, lorsque ces différents actes présentent une «évidente convergence» (61).

23. — L'enjeu de l'arrêt relatif à la *Convention de Rotterdam* ne saurait être minimisé. Tout d'abord, la Cour y précise les critères dégagés dans l'avis 2/00, précité, ainsi que dans l'arrêt *Energy Star* (62) en vue de délimiter les domaines respectifs de la politique commerciale commune et de la politique environnementale. Pour rappel, la Cour a décidé dans le premier cas que le Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques poursuivait principalement un objectif de protection de l'environnement et devait dès lors être exclusivement fondé sur l'article 175 CE, même si les mesures de prévention qu'il prévoit sont susceptibles d'affecter les échanges commerciaux concernant les organismes vivants modifiés. Dans le deuxième, elle a au contraire indiqué que l'accord *Energy Star* conclu avec les Etats-Unis d'Amérique reposait sur un instrument typique de la politique commerciale, à savoir la reconnaissance mutuelle des systèmes d'étiquetage pour la commercialisation de produits économes en énergie, et ne pouvait dès lors être fondée que sur l'article 133 CE. Cette conclusion ne devait pas être remise en cause par le seul fait que la multiplication de tels produits sur le marché, grâce notamment à ces mesures d'étiquetage, pouvait avoir indirectement un effet positif sur l'environnement. La Convention de Rotterdam met en jeu une troisième hypothèse, intermédiaire cette fois, à savoir celle où un accord international s'articule autour d'un instrument typique de la politique environnementale mais contient également des règles qui régissent les échanges de produits et ont des effets directs et immédiats sur ces échanges. Dès lors qu'un lien suffisamment explicite existe entre la mise en œuvre d'un tel instrument et des mesures de nature commerciale, singulière-

(61) Et ce même si «la circonstance qu'une ou plusieurs dispositions du traité ont été choisies comme bases juridiques pour l'approbation d'un accord international ne suffit pas à démontrer que ces mêmes dispositions doivent (fonder) l'adoption d'actes visant à mettre en œuvre ledit accord sur le plan communautaire».

(62) CJCE, aff. C-281/01, *Commission c. Conseil* («Energy Star»), 12 déc. 2002, *Rec.*, p. I-12049.

ment lorsque l'application du premier est conditionnée par les secondes, l'acte portant approbation de l'accord au nom de la CE doit en principe être fondé à la fois sur l'article 133 et sur l'article 175 CE. Un tel lien n'avait pu être identifié dans le Protocole de Cartagena, où le commerce des organismes vivants modifiés n'est qu'un des aspects régis par les mesures de prévention des risques biotechnologiques.

Crucial également est le constat de la compatibilité entre les procédures des articles 133 et 175 CE, aussi bien dans le recours dirigé par la Commission contre l'acte de conclusion que dans celui dirigé contre le Règlement qui lui donne exécution. Ce faisant, la Cour se démarque de la distinction que lui avait suggérée l'avocat général Kokott. Dans ses conclusions présentées le 26 mai 2005, cette dernière estimait que ces procédures étaient compatibles, mais uniquement en tant qu'elles visent à la conclusion d'un acte portant conclusion d'un accord au nom de la CE. La consultation préalable du Parlement européen, imposée par l'article 175 CE, ne porte en effet pas atteinte à la compétence du Conseil pour adopter une telle décision de conclusion, puisqu'il n'est nullement lié par l'avis qui peut en résulter. À l'inverse, l'avocat général jugeait ces procédures incompatibles lorsqu'elles visent l'adoption d'un Règlement, dès lors que le Conseil perdrait sa compétence législative exclusive par une extension de la procédure de codécision au domaine de l'article 133 CE. Plus favorable au Parlement européen, l'article 175 CE aurait dès lors dû être, en raison de cette incompatibilité, la seule base juridique du Règlement en question.

La Cour ne suit toutefois pas cette approche, en particulier parce que le recours à l'article 175 CE comme base juridique du Règlement, aux côtés de l'article 133 CE, renforce le rôle du Parlement en lui permettant de participer à son adoption par codécision. Une nuance importante est ainsi apportée à la jurisprudence *Dioxyde de titane*. Une différence procédurale entre diverses dispositions du traité et qui porte sur les prérogatives du Parlement ne crée pas une incompatibilité. L'acte doit alors être adopté sur le fondement des différentes dispositions en question, mais en accordant au Parlement le bénéfice de celle qui lui assure le pouvoir le plus étendu. Ce raisonnement prend certes quelque liberté avec l'équilibre institutionnel sur lequel repose le traité et qui, pour l'heure encore, exclut explicitement toute consultation obligatoire du Parlement européen sur un projet d'accord international de la CE dans le domaine de la politique commerciale commune (63). Par la priorité qu'elle fixe, la Cour s'inscrit toutefois dans

(63) Art. 133, §3, al. 1^{er} CE. Cette situation est néanmoins appelée à évoluer avec le traité de Lisbonne (art. 218, §6 nouv. TFUE).

le prolongement du processus de démocratisation de l'Union européenne. Il convient encore de noter que la différence entre la double base juridique qu'exige la Cour et le résultat auquel aboutissait l'avocat général n'est pas simplement cosmétique : en imposant la présence de l'article 133 CE aux côtés de l'article 175 CE, la Cour préserve le domaine de la politique commerciale commune et, par la même occasion, la compétence externe exclusive de la CE.

Enfin, la Cour confirme, dans cet arrêt, l'importance du choix de la base juridique d'un accord vis-à-vis du/des tiers cocontractant(s), une telle base fournissant à ces derniers des indications tant en ce qui concerne l'étendue de la compétence communautaire qu'en ce qui concerne la répartition des compétences entre la Communauté et ses Etats membres. Implicitement, cette précision encourage selon nous les institutions et les Etats membres à recueillir plus fréquemment un avis de la Cour, au titre de l'article 300, §6 CE, sur la question délicate et complexe du fondement juridique d'un accord international, lorsqu'il n'est encore qu'envisagé. Cette procédure permet d'éviter que les tiers ne soient induits en erreur sur des questions aussi fondamentales que la répartition horizontale et verticale des compétences externes.

Section 2. — LA PROTECTION
PAR LA COUR DE JUSTICE DE L'EXCLUSIVITÉ
DE SA COMPÉTENCE JURIDICTIONNELLE

24. — L'affaire *Commission c. Irlande* («*Usine Mox*») innove par son objet puisqu'il s'agit de la première procédure par laquelle la Commission tente de faire constater qu'un Etat membre — en l'occurrence, l'Irlande — a manqué à ses obligations découlant du droit communautaire en portant un différend relatif à l'interprétation ou à l'application du traité CE devant un organe juridictionnel autre que la Cour de justice (art. 292 CE) (64). Cette affaire trouve son origine dans un différend environnemental qui oppose le Royaume-Uni et l'Irlande depuis la première moitié des années quatre-vingt-dix. En 1993, le Royaume-Uni a émis le souhait de construire une usine chimique à Sellafield, une ville située au nord-ouest de son territoire, le long des côtes de la mer d'Irlande. L'Irlande critiqua toutefois le choix de cet emplacement et estima que les exigences de consultation imposées par la Convention sur le droit de la mer, signée à Montego Bay le 10 décembre 1982, n'avaient pas été rencontrées. L'Usine Mox présenterait au demeurant des risques de pollution pour le milieu

(64) CJCE, aff. C-459/03, *op. cit.*, note 42. Voy. égal. l'art. 344 TFUE.

marin dans une mesure incompatible avec les normes internationales applicables et, enfin, ne serait pas économiquement justifiée. Face au maintien de son projet par le Royaume-Uni, l'Irlande introduisit trois procédures internationales en vue de régler ce différend : l'une devant le tribunal arbitral du droit de la mer (UNCLOS); l'autre devant le tribunal arbitral pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (OSPAR); la troisième, enfin, devant le tribunal international du droit de la mer (ITLOS). La Convention sur le droit de la mer étant toutefois un accord mixte, la Commission estima que le litige concernait en grande partie le droit communautaire et que, partant, il ne pouvait être tranché que par la Cour de justice, en vertu de sa compétence juridictionnelle exclusive (art. 292 CE). Confrontée au refus de l'Irlande de renoncer aux procédures internationales précitées, la Commission saisit la Cour de justice.

Dans son arrêt prononcé le 30 mai 2006, la Cour de justice accueille la demande de la Commission. En portant un différend qui l'oppose à un autre Etat membre et qui présente des aspects communautaires devant un autre organe de règlement des différends que la Cour de justice, cet Etat membre a transgressé la règle d'exclusivité visée à l'article 292 CE. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour examine le caractère communautaire du différend qui oppose l'Irlande au Royaume-Uni. En présence d'un accord mixte, la Cour doit examiner si et dans quelle mesure les reproches formulés par l'Irlande concernent des dispositions de l'accord qui relèvent de la compétence de la CE (65). Le différend concerne principalement la protection et la préservation du milieu marin, un domaine dans lequel la CE jouit d'une compétence externe explicite (art. 175 CE) (66) et partagée (art. 176 CE). De plus, il ne fait pas de doute que la conclusion de la Convention sur le droit de la mer procède de l'exercice de cette compétence. Toutefois, la CE avait délimité l'étendue de sa ratification de cette Convention en précisant, dans une déclaration de compétence, la mesure dans laquelle des compétences lui avaient été transférées par les Etats membres. Aux termes de cette déclaration, un tel transfert était subordonné, notamment en matière de prévention de la pollution marine, à l'existence de règles communes, quand bien même ne seraient-elles pas affectées par l'accord en question. La Cour en déduit que, pour statuer sur le recours en manquement, elle doit vérifier si un tel transfert a bel et bien eu lieu par l'adoption de mesures

(65) Voy. déjà en ce sens, CJCE, aff. 12/86, *Demirel*, 30 sept. 1987, *Rec.*, p. 3719, point 9.

(66) Cette disposition doit être lue à la lumière de l'art. 174, §4 CE. Voy. égal. les art. 191, §4 et 192 TFUE.

internes (67). Tel est le cas en l'espèce dès lors qu'une «*partie significative*» du différend concerne des matières «*très largement réglementées par des actes communautaires*».

La Cour conclut son raisonnement en indiquant, d'une part, qu'un contentieux tel que celui qui oppose l'Irlande et le Royaume-Uni au sujet de l'Usine Mox est incontestablement un «*différend*» au sens de l'article 292 CE et, d'autre part, que sa compétence pour en connaître est exclusive dans la mesure où une autre solution serait susceptible de porter atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique communautaire et à la compétence d'interprétation et d'application du droit communautaire qui lui est attribuée par l'article 220 CE (68). La circonstance que le différend en cause porte essentiellement sur des obligations découlant d'un accord mixte comporte en effet le risque qu'une autre juridiction que la Cour se prononce sur la portée d'obligations s'imposant aux Etats membres en vertu du droit communautaire. Ce risque est d'autant plus manifeste en l'espèce que l'Irlande a soumis au tribunal arbitral des instruments de droit communautaire, notamment une série de directives, en vue de leur interprétation et de leur application pour trouver une issue au différend.

Le manquement de l'Irlande ne saurait par ailleurs être remis en cause par le constat que certaines parties du différend, relatives notamment à l'évaluation des risques en cas d'attaque terroriste, ne relèveraient pas de la compétence de la CE. Comme l'indique la Cour, il ne lui reviendrait d'identifier les parties du différend pour lesquelles elle n'est pas compétente que dans l'hypothèse où elle serait spécifiquement invitée à se prononcer à leur sujet. Inversement, l'arrêt *Mox* ne contient aucune règle *de minimis* : l'article 292 CE interdit dès lors que tout aspect d'un différend qui touche à la compétence communautaire soit traité devant un autre organe juridictionnel que la Cour de justice, quand bien même présenterait-il un caractère accessoire. En tout état de cause, la question se pose de savoir si un aspect du différend vis-à-vis duquel la Cour n'est en principe pas compétente ne

(67) Un tel examen ne saurait être confondu avec celui auquel la Cour s'adonne habituellement pour apprécier la nature exclusive ou partagée de la compétence externe implicite de la CE, l'appréciation de la Cour s'accompagnant nécessairement, dans ce dernier cas, d'un examen concret de l'effet des règles contenues dans l'accord sur les mesures de droit communautaire dérivé et le système qu'elles instituent (voy. *supra*, points 11 à 14).

(68) Cette interprétation est d'ailleurs corroborée par l'article 282 de la convention sur le droit de la mer, lequel donne priorité aux modes de règlement dont les parties sont convenues dans le cadre d'un accord général, régional ou bilatéral ou de toute autre manière sur les modes de règlement des différends prévus par cette même convention.

présente pas un lien de connexité suffisant avec l'objet du traité CE que pour fonder la compétence de la Cour, au titre cette fois de l'article 239 CE (69). Sauf à devoir déplorer son inutilité, cette disposition semble en effet couvrir un domaine plus vaste que les seuls différends «*relatif(s) à l'interprétation ou à l'application*» du traité CE visés à l'article 292 CE, pour lesquels la compétence de la Cour n'est pas simplement optionnelle mais bien obligatoire.

La Cour constate, enfin, que l'Irlande a manqué à son devoir de coopération loyale (art. 10 CE) en n'informant ni ne consultant au préalable les institutions communautaires compétentes de son souhait de porter le différend qui l'opposait au Royaume-Uni devant des organes arbitraux, plutôt que devant la Cour de justice. Une telle attitude est incompatible avec l'obligation de coopération étroite qui caractérise les rapports entre les Etats membres et les institutions de l'Union dans le cadre d'un accord mixte (70).

25. — L'apport principal de l'arrêt *Mox* est le découplage qu'il propose entre l'exclusivité de la compétence de la CE, notamment dans le domaine des relations extérieures, et l'exclusivité de la compétence de la Cour de justice dans l'interprétation et l'application du droit communautaire. Dans le contexte particulier d'un accord mixte, la compétence exclusive de la Cour de justice ne se limite aucunement à celles de ses dispositions qui ressortissent à la compétence exclusive de la CE, mais couvre plus généralement toutes celles qui relèvent de la compétence communautaire, exclusive ou partagée. Cette interprétation de l'article 292 CE se comprend au regard de l'exigence de préservation de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire que renferme cette disposition, en particulier dans le domaine des relations extérieures (71). Si elle ne porte pas préjudice à la possibilité pour la CE, par la voie d'un accord international, de se soumettre à un système juridictionnel et/ou de règlement des différends distinct de celui prévu par le traité (72), cette autonomie s'oppose par contre à ce que

(69) Cet article dispose comme suit : «*La Cour de justice est compétente pour statuer sur tout différend entre Etats membres en connexité avec l'objet du présent traité, si ce différend lui est soumis en vertu d'un compromis*».

(70) Voy. pour une mise en lumière initiale de ce devoir, CJCE, délibération 1/78, *Convention de l'Agence internationale de l'énergie atomique sur la protection des matières, installations et transports nucléaires*, 14 nov. 1978, *Rec.*, p. 2151, point 36.

(71) CJCE, avis 1/76, *op. cit.*, note 39; CJCE, avis 1/91, *Accord portant création de l'Espace Economique Européen (EEE)*, 14 déc. 1991, *Rec.*, p. I-6079; CJCE, avis 1/92, *Accord portant création de l'Espace Economique Européen (II)*, 10 avril 1992, *Rec.*, p. I-2821; CJCE, avis 1/00, *Accord portant création d'un espace aérien européen commun entre la Communauté européenne et des pays tiers*, 18 avril 2002, *Rec.*, p. I-3493.

(72) Voy. en premier lieu CJCE, avis 1/76, *op. cit.*, note 39, point 21.

le règlement de différends qui opposent des Etats membres sur l'interprétation ou l'application du droit communautaire soit confié à un autre organe que la Cour de justice. Encore que cette hypothèse n'était pas visée par l'arrêt *Mox*, un Etat membre ne semble pas davantage autorisé à porter seul devant un organe arbitral un différend qui touche à une compétence externe que la CE a exercée et qui l'oppose à un ou plusieurs Etats *tiers*, à cette différence près qu'une telle interdiction ne résulte plus tant de l'article 292 CE ni même de l'article 220 CE, mais plutôt du caractère impératif de la répartition verticale des compétences (art. 5 CE) et, dans le cas d'un accord mixte, du devoir spécial de collaboration que se doivent mutuellement les Etats membres et les institutions. L'analyse proposée par la Cour des parties de la Convention sur le droit de la mer qui ont fait l'objet d'un transfert de compétences à la CE, conditionnée à un exercice par cette dernière de sa compétence interne, doit être du reste rapprochée de la jurisprudence récente relative à la compétence d'interprétation préjudicielle des accords mixtes, et notamment de l'arrêt *Merck Génériques* (73).

Section 3. — LES MESURES TRANSITOIRES
ET D'ADAPTATION À L'ACQUIS COMMUNAUTAIRE DANS LE CADRE
DE L'ADHÉSION DE NOUVEAUX ETATS MEMBRES

26. — Dans le contexte de l'élargissement de l'UE, se pose notamment la question de l'ampleur du pouvoir dont jouissent les institutions communautaires en vue d'adapter des dispositions des accords d'adhésion. Dans deux arrêts récents, la Cour a été appelée à se prononcer sur cette question, de même que sur l'étendue de la protection juridictionnelle dont bénéficient les nouveaux Etats membres et leurs citoyens à l'encontre d'actes adoptés entre la signature et l'entrée en vigueur des instruments d'adhésion.

Dans l'affaire *Skoma-Lux*, la Cour estime que les dispositions d'un Règlement communautaire qui n'a pas été publié au *Journal officiel de l'Union européenne* dans la langue d'un nouvel Etat membre, alors que cette langue est une langue officielle de l'Union, ne peuvent pas être invoquées contre des particuliers (74). Il importe peu que ces personnes aient eu connaissance de cette réglementation par d'autres

(73) Dans cet arrêt, la Cour, en l'absence d'une déclaration de compétence, subordonne son interprétation préjudicielle à un exercice «*suffisamment important*» de la compétence interne correspondant aux parties de l'accord sur lesquelles porte le renvoi (CJCE, aff. C-431/05, *Merck Génériques Productos Farmacéuticos*, 11 sept. 2007, *Rec.*, p. I-7001, point 46). Voy. *infra*, points 39 et 40.

(74) CJCE, aff. C-161/06, *Skoma-Lux*, 11 déc. 2007, *Rec.*, p. I-10841.

moyens. La publication électronique sur le site internet Eur-Lex n'est en effet pas suffisante, en l'état actuel du droit communautaire, pour assurer la publicité officielle d'un tel acte. Cette conclusion, qui repose sur la lettre même de l'article 254, §2 CE ainsi que sur les principes de sécurité juridique et de non-discrimination, est révélatrice du souci de la Cour d'assurer leur plein effet aux droits fondamentaux dans le cadre du processus d'adhésion de nouveaux Etats membres.

27. — Le recours en annulation introduit par la Pologne à l'encontre de l'extension du mécanisme d'introduction par paliers, dans les nouveaux Etats membres, des paiements directs aux agriculteurs au titre de la politique agricole commune (PAC), s'articulait quant à lui autour des principes de non-discrimination et de bonne foi (75). L'introduction progressive des paiements directs, au cours d'une période transitoire, avait été convenue lors des négociations d'adhésion de la Pologne à l'Union. Le 29 septembre 2003, soit presque six mois après la signature du traité d'adhésion, le Conseil avait toutefois modifié les règles communes sur les régimes de soutien direct dans le cadre de la PAC. Une décision du Conseil du 22 mars 2004 avait adapté l'acte d'adhésion sur la base de la procédure prévue à son article 23, en vue de donner suite à cette réforme. Le gouvernement polonais s'opposait à cette démarche, argumentant que la décision attaquée entraînait une modification substantielle des conditions d'adhésion. Une telle modification allait, selon lui, au-delà d'une «*adaptation nécessaire*» des dispositions de l'acte d'adhésion relatifs à la PAC suite à une modification de l'acquis communautaire préalable à la date d'adhésion, seule permise par l'article 23 de l'acte d'adhésion.

La Cour rejette les griefs tirés des principes d'égalité de traitement et de bonne foi. L'agriculture dans les nouveaux Etats membres n'est en effet pas comparable à celle des anciens Etats membres. C'est cette différence même qui justifie une application progressive du régime d'aide communautaire. Les adaptations apportées au mécanisme des paiements directs par le Conseil ne remettent du reste pas en cause le compromis issu des négociations d'adhésion. En ce qui concerne l'étendue des pouvoirs conférés au Conseil à l'article 23 de l'acte d'adhésion, la Cour confirme que la notion d'«*adaptations nécessaires*» ne saurait pas être interprétée d'une manière extensive, sous peine de méconnaître les résultats des négociations des conditions d'adhésion. L'article 23 n'autorise dès lors que des ajustements visant à assurer la cohérence de l'acte d'adhésion avec les dispositions de la

(75) CJCE, aff. C-273/04, *Pologne c. Conseil*, 23 oct. 2007, *Rec.*, p. I-8925.

PAC adoptées dans l'intervalle qui sépare la signature de ce dernier et la date d'adhésion même. Etant donné que le principe de l'introduction progressive des aides directes était convenu lors des négociations d'adhésion et que la décision litigieuse n'avait pas substantiellement modifié le contenu de ce principe, le Conseil n'a pas outrepassé ses compétences. La Cour conclut dès lors à l'absence de tout fondement du recours de la Pologne.

28. — Les arrêts *Parlement c. Conseil* du 28 novembre 2006 confirment quant à eux les limites aux compétences de ce dernier pour modifier les modalités d'adhésion entre la signature et l'entrée en vigueur d'un traité d'adhésion (76). Le Parlement européen et le Conseil ne parvenaient pas à s'entendre sur la base juridique des actes communautaires modifiant les dérogations provisoires accordées par l'acte d'adhésion en faveur de l'Estonie en matière de règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, et en faveur de la Slovénie au sujet des conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité. Les institutions de l'Union avaient adopté de nouvelles dispositions législatives dans chacun de ces domaines quelques mois après la signature du traité d'adhésion. Dans le but de postposer l'application de certaines dispositions de la nouvelle Directive, s'agissant de l'Estonie, et du nouveau Règlement, s'agissant de la Slovénie, le Conseil avait accordé des dérogations temporaires sur le fondement de l'article 57 de l'acte d'adhésion de 2003. Cet article prévoit une procédure simplifiée pour l'adoption des adaptations qui sont rendues nécessaires du fait de l'adhésion mais qui n'ont pas été prévues dans l'acte d'adhésion ou dans ses annexes. Le Parlement était d'avis que cet article 57 ne permettait pas l'adoption de nouvelles dérogations transitoires, mais uniquement des adaptations destinées à rendre des actes communautaires pleinement applicables aux Etats adhérents.

La Cour confirme cette interprétation de l'article 57, à la lumière de la formulation de cette disposition et de la relation qu'elle entretient avec la procédure plus stricte (unanimité) visée à l'article 55 du même acte d'adhésion, concernant l'adoption d'actes communautaires entre la date de clôture des négociations d'adhésion et la date de signature du traité d'adhésion. En effet, une procédure comparable à cet article 55 n'est pas prévue par l'acte d'adhésion de 2003 pour l'introduction de mesures transitoires en ce qui concerne des actes communautaires adoptés entre la signature du traité d'adhésion et l'entrée en vigueur

(76) CJCE, aff. C-413/04, *Parlement c. Conseil*, 28 nov. 2006, *Rec.*, p. I-11221; CJCE, aff. C-413/04, *Parlement c. Conseil*, 28 nov. 2006, *Rec.*, p. I-11279.

de ce dernier. Il s'ensuit que des dérogations provisoires à l'application des dispositions d'un acte communautaire, qui ont pour seul objet et finalité de retarder temporairement l'application effective de l'acte communautaire concerné à l'égard d'un nouvel État membre, ne sauraient, en principe, être qualifiées d'«*adaptations*» au sens de l'article 57. Il est remarquable que, à l'inverse, l'acte relatif aux conditions d'adhésion à l'UE de la Roumanie et de la Bulgarie (2005) prévoit de façon expresse que la compétence du Conseil pour adopter des dérogations temporaires s'étend aux actes des institutions adoptés par les institutions entre la date de signature de ce traité et la date effective d'adhésion. Cette évolution n'est probablement pas étrangère aux recours qu'avait introduit le Parlement dès 2004.

29. — Les jugements de la Cour dans les affaires *Pologne c. Conseil et Parlement c. Conseil* clarifient les limites des clauses de flexibilité introduites dans les actes d'adhésion en ce qui concerne les évolutions législatives entre la clôture des négociations et la signature ou l'entrée en vigueur du traité d'adhésion. Une distinction s'impose à cet égard entre des «mesures d'adaptation», qui procèdent d'une nécessité technique, d'une part, et des «dérogations temporaires», qui relèvent quant à elles de l'opportunité politique, d'autre part. Tandis que les premières peuvent se satisfaire de procédures simplifiées prévues dans l'acte d'adhésion, l'introduction de nouvelles dérogations transitoires implique au contraire un choix politique qui nécessite le recours à des procédures plus restrictives.

CHAPITRE II. — Les rapports entre le droit communautaire et le droit international

30. — L'articulation des rapports complexes entre les ordres juridiques communautaire et international a fait l'objet de précisions capitales dans la jurisprudence récente de la Cour de justice. Celles-ci touchent, tout d'abord, à la place des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies dans l'ordonnancement juridique de la Communauté et à leur incidence sur le contrôle juridictionnel opéré par les juridictions communautaires (1). La portée, au sein de l'ordre juridique communautaire, d'un accord international auquel la CE n'est pas partie, a pour sa part fait l'objet de développements dans les arrêts *Intertanko* et *Commune de Mesquer* (2).

Section 1. — LES EFFETS DES RÉOLUTIONS
DU CONSEIL DE SÉCURITÉ DE L'ONU AU SEIN
DE L'ORDRE JURIDIQUE COMMUNAUTAIRE

31. — L'arrêt *Kadi et Al Barakaat International Foundation*, déjà évoqué plus haut, doit sa célébrité à l'approche qui y est défendue par la Cour des rapports entre l'ordre juridique international — en particulier, les résolutions adoptées par le Conseil de sécurité au titre du chapitre VII de la Charte de San Francisco en vue du maintien ou du rétablissement de la paix ou de la sécurité internationales — et l'ordre juridique communautaire (77). Cette approche devait conduire la Cour à une solution très différente de celle retenue par le TPICE quant à la protection des droits fondamentaux de Mr. Kadi et de Al Barakaat International. Pour rappel, ces derniers n'avaient pas eu l'occasion de faire connaître leur point de vue auprès du comité des sanctions des Nations Unies quant à la pertinence de leur inscription sur la liste litigieuse. De plus, ils ne jouissaient pas d'un accès direct à un recours de nature juridictionnelle contre une telle inscription, malgré les effets désastreux de cette dernière sur leur situation personnelle.

La CE n'est pas partie à la Charte des Nations Unies, à l'inverse de l'ensemble des Etats membres. En vertu de l'article 103 de la Charte, de telles résolutions prévalent sur les obligations qui peuvent découler, pour les Etats membres, de tout autre accord international. Or, le recours en annulation introduit par Kadi et Al Barakaat International avait pour objet des mesures reproduisant, pour l'essentiel, des décisions adoptées par un comité des sanctions du Conseil de sécurité. Par conséquent, la question se posait de savoir si et dans quelle mesure les juridictions communautaires pouvaient exercer un contrôle juridictionnel entier en l'espèce. L'éventuelle dénonciation de l'illégalité d'actes communautaires de ce type au regard de principes supérieurs de l'ordre juridique communautaire, dont les droits fondamentaux, conduirait en effet inévitablement à critiquer les décisions adoptées par le comité en question.

Le TPICE avait écarté une telle possibilité, en se fondant pour l'essentiel sur deux éléments d'argumentation. D'une part, la Charte de San Francisco est une convention antérieure au traité de Rome, de telle sorte que les Etats membres, en vertu notamment des articles 297 CE et 307 CE, seraient tenus d'observer les obligations qui en découlent, par priorité sur leurs obligations communautaires. D'autre part, le TPICE était d'avis que, à l'instar de ce qui avait été décidé dans

(77) CJCE, aff. jtes. C-402/05 P et C-415/05 P, *op. cit.*, note 21. Pour un rappel du cadre dans lequel ce litige s'est inscrit, voy. *supra*, chap. I, section 1^{ère}, c.

l'arrêt *International Fruit Company* au sujet du GATT 1947 (78), la CE a succédé à ses Etats membres dans tous les domaines de la Charte où elle a progressivement assumé des compétences précédemment exercées par ceux-ci. Or, lors de l'adoption des mesures querelées, le Conseil avait agi en vertu d'une compétence liée, ce qui l'empêchait notamment de mettre en place un mécanisme susceptible de donner lieu à une modification du contenu des résolutions ou décisions du comité des sanctions. Le TPICE en conclut qu'il ne pouvait contrôler la conformité desdites mesures aux standards de droits fondamentaux applicables au sein de l'ordre juridique communautaire, sous réserve du *ius cogens*. Les sanctions prises contre Kadi et Al Barakaat n'ayant pas été jugées contraires à ces principes, le recours fut rejeté.

Suivant pour l'essentiel les conclusions présentées les 16 et 23 janvier 2008 par l'avocat général Poiares Maduro, la Cour prend le net contre-pied de cette analyse. Elle commence par rappeler qu'un arrêt dans lequel la Cour constaterait qu'un acte communautaire visant à mettre en œuvre une résolution du Conseil de sécurité méconnaît certains principes de droit primaire n'implique aucunement une remise en cause de la primauté d'une telle résolution sur le plan international. La Cour prend d'ailleurs soin de préciser, à cet égard, que les compétences de la Communauté doivent s'exercer dans le respect du droit international. Sans se prononcer formellement sur l'application à la Charte des Nations Unies de la théorie de la substitution initiée par l'arrêt *International Fruit Company*, la Cour indique que, lorsque la Communauté entend mettre en œuvre une obligation découlant d'une résolution du Conseil de sécurité, elle doit en tout cas tenir «*dûment compte*» des termes et des objectifs de la résolution concernée ainsi que des obligations pertinentes découlant de la Charte, relatives à une telle mise en œuvre (79). Cette obligation ne saurait toutefois pas davantage que les articles 297 CE et 307 CE entraîner «*la remise en cause des principes qui relèvent des fondements mêmes de l'ordre juridique communautaire, parmi lesquels celui de la protection des droits fondamentaux, qui inclut le contrôle par le juge communautaire de la légalité des actes communautaires quant à leur conformité avec ces droits fondamentaux*». Il en va ainsi, ajoute la Cour, même pour le cas où les obligations découlant de la Charte des Nations Unies devraient être rangées parmi les normes qui appartiennent à l'ordre juridique

(78) CJCE, aff. jtes. 21 à 24/72, *International Fruit Company e.a.*, 12 sept. 1972, *Rec.*, p. 1219, points 10 et s.

(79) Cette obligation fait écho à celle exprimée par la Cour dans l'arrêt *Inter-tanko*, au sujet de la Convention Marpol 73/78. Voy. *infra*, chap. II, section 2.

communautaire. L'article 300, §7 CE prévoit en effet que les accords conclus selon les conditions prévues à cet article lient les institutions de la Communauté et les Etats membres, tandis que son §6 indique qu'un accord international envisagé qui a été déclaré incompatible avec le traité CE dans un avis de la Cour ne peut entrer en vigueur, à moins que le traité lui-même ne soit modifié. La Cour en déduit que les accords internationaux qui lient la Communauté jouissent d'une primauté sur le seul droit communautaire dérivé, et non pas sur le droit primaire, dont font partie les droits fondamentaux (80). Il peut en être déduit que :

«le contrôle, par la Cour, de la validité de tout acte communautaire au regard des droits fondamentaux doit être considéré comme l'expression, dans une communauté de droit, d'une garantie constitutionnelle découlant du traité CE en tant que système juridique autonome à laquelle un accord international ne saurait porter atteinte» (81).

La Cour indique enfin que la circonstance que la procédure de réexamen applicable au niveau du comité des sanctions des Nations Unies n'offre manifestement pas les garanties d'une protection juridictionnelle fait obstacle, en l'espèce, à ce qu'elle s'abstienne d'un examen concret du moyen tiré de la méconnaissance des droits fondamentaux. Il en va en particulier ainsi dans la mesure où la procédure devant ce comité est essentiellement diplomatique et interétatique. Poursuivant son examen au fond, la Cour constate que les droits de la défense de Mr. Kadi ainsi que de Al Barakaat International, de même que leur droit à un contrôle juridictionnel effectif et leur droit fondamental au respect de la propriété, ont été méconnus. Elle annule par conséquent le Règlement attaqué.

32. — L'arrêt *Kadi et Al Barakaat* est l'une des affirmations les plus nettes de la spécificité de la Communauté comme ordre juridique de nature constitutionnelle, distinct de l'ordre juridique international. Par l'attachement qu'il reflète à un socle de valeurs auxquelles ni les Etats membres individuellement, ni les institutions ne peuvent toucher, pas même lors de la mise en œuvre de résolutions du Conseil de sécurité, cet arrêt promeut la dimension fédérale du processus d'intégration communautaire et, par effet de contamination, la qualité de la Cour de justice comme juridiction proprement constitutionnelle. L'intérêt de cet arrêt réside également — et ceci est en lien direct avec ce qui précède — dans la promotion d'une conception de l'autonomie de l'ordre

(80) Voy. égal. CJCE, aff. C-344/04, *IATA et ELFAA*, 10 janvier 2006, *Rec.*, p. I-403, point 35.

(81) CJCE, aff. jtes. C-402/05 P et C-415/05 P, *op. cit.*, note 21, point 316.

juridique communautaire qui n'est imperméable ni au droit international, ni aux obligations qui peuvent en résulter pour les Etats membres. La subtilité de l'équilibre auquel parvient la Cour ne se manifeste pas seulement par le maintien provisoire des effets de l'acte annulé, un artifice procédural devenu courant dans le contentieux des relations extérieures. Elle prend également la forme d'une référence à peine dissimulée, par la Cour, à une éventuelle application de la doctrine *Solange* dans des affaires comparables, pour peu que des garanties suffisantes de protection juridictionnelle soient mises sur pied au niveau des Nations Unies. Quoiqu'une telle évolution semble peu probable dans un proche futur, il n'est pas interdit de penser que l'avertissement formulé par la Cour dans l'arrêt *Kadi et Al Barakaat* renferme un puissant incitant en faveur d'une réforme globale des procédures internationales encadrant l'adoption ou le maintien de mesures restrictives à l'endroit de personnes, groupes ou entités.

Section 2. — LES EFFETS, AU SEIN
DE L'ORDRE JURIDIQUE COMMUNAUTAIRE, D'UN ACCORD
AUQUEL LA CE N'EST PAS PARTIE

33. — La jurisprudence récente de la Cour de justice apporte certaines précisions capitales sur les conditions dans lesquelles est susceptible d'opérer le mécanisme de substitution inauguré par la Cour de justice dans son célèbre arrêt *International Fruit Company* (82) (a). La rigueur dans laquelle elle inscrit cette théorie semble être contrebalancée par l'influence reconnue par la Cour, au sein de l'ordre juridique communautaire, des accords internationaux auxquels la CE n'est pas partie mais que l'ensemble ou une majorité de ses Etats membres ont ratifiés (b).

a. — *L'encadrement de la théorie de la substitution
et les effets d'un accord international
auquel l'ensemble des Etats membres sont parties*

34. — L'arrêt prononcé par la Cour de justice le 3 juin 2008 dans l'affaire *Intertanko* apporte un enseignement de première importance quant la portée, en droit communautaire, d'un accord international auquel la CE n'est pas partie, mais que tous ses Etats membres ont ratifié et qui ne tombe pas sous le champ d'application de l'article 307 CE (83).

(82) CJCE, aff. jtes. 21 à 24/72, *op. cit.*, note 78.

(83) CJCE, aff. C-308/06, *Intertanko e.a.*, 3 juin 2008, *Rec.*, p. I-4057. L'article 307 CE, pour rappel, est limité dans son champ d'application aux seuls accords conclus par les Etats membres avant l'entrée en vigueur du traité de Rome ou, pour les Etats adhérents, antérieurement à la date de leur adhésion.

Intertanko et une série d'autres entreprises, toutes actives dans le domaine du transport commercial maritime, avaient contesté devant la High Court of Justice of England and Wales la transposition en droit anglais de la Directive du 7 septembre 2005 sur la pollution causée par les navires (84). Les questions préjudicielles posées à la Cour de justice visaient principalement à voir appréciée la compatibilité des dispositions de cette directive régissant la responsabilité pénale du fait de rejets illicites à, d'une part, la Convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer (Convention de «Montego Bay») et, d'autre part, à la Convention de 1973 pour la prévention de la pollution par les navires ainsi qu'à son protocole de 1978 (Convention «Marpol 73/78»). Les entreprises requérantes devant le juge national, soutenues par divers Etats membres, critiquaient le régime de responsabilité retenu par la directive en cas de rejet accidentel, plus strict sur ce point que les deux conventions qui viennent d'être mentionnées.

La CE est partie à la Convention de Montego Bay, de telle sorte que la question de son invocabilité devant les juridictions communautaires se pose en des termes en principe assez classiques. Le rejet de l'invocabilité de cette convention par la Cour de justice est dès lors examiné dans le troisième chapitre de cette chronique (85). La Convention Marpol 73/78 pose un problème tout différent. Dès lors que la CE n'y est pas partie, son appartenance à l'ordre juridique communautaire peut être sérieusement mise en doute. Toutefois, les entreprises requérantes devant le juge national et les Etats susvisés avançaient divers arguments pour justifier son invocabilité en justice. La CE, en adoptant la directive en question, aurait notamment entendu donner exécution à cette convention. Surtout, le rôle régulateur assumé progressivement par la CE dans le domaine du transport maritime serait tel qu'il faudrait considérer qu'elle s'est substituée à ses Etats membres dans les matières couvertes par ladite convention, même si elle ne l'a pas formellement conclue. L'avocat général Kokott, dans ses conclusions présentées à la Cour le 20 novembre 2007, avait exprimé ses doutes sur la possibilité de conclure à une telle substitution en l'espèce, dès lors que la CE n'est pas exclusivement compétente pour réglementer le rejet à la mer de substances polluantes par les navires. Ceci ne l'avait toutefois pas empêchée de considérer qu'un conflit entre le droit communautaire et les engagements internationaux des Etats membres crée toujours des problèmes et est susceptible de porter atteinte à l'effet utile des dispositions concernées de

(84) Directive 2005/35/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 septembre 2005, relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions en cas d'infractions, JO L n° 255/11, 30 sept. 2005.

(85) Voy. *infra*, chap. III, section 2.

droit communautaire ou de droit international. L'obligation de loyauté communautaire imposerait donc que les institutions de la CE, y compris la Cour de justice, s'efforcent d'éviter de tels conflits dans leur interprétation du droit communautaire.

La Cour ne s'éloigne pas fondamentalement de l'analyse suggérée par son avocat général. Elle indique en effet que, en l'absence d'un «*transfert intégral*» des compétences précédemment exercées par les Etats membres à la Communauté, cette dernière ne saurait, en raison du seul fait que tous ces Etats sont parties contractantes à la Convention Marpol 73/78, être liée par les règles figurant dans celle-ci, qu'elle n'a pas elle-même approuvées et qui ne codifient pas des règles du droit international coutumier. Elle en conclut que la validité de la Directive sur la pollution causée par les navires ne saurait être appréciée au regard de la Convention Marpol 73/78. La Cour prend néanmoins le soin d'indiquer que la circonstance que cette convention ait été conclue par l'ensemble des Etats membres est «*susceptible d'avoir des conséquences pour l'interprétation*», d'une part, de la Convention de Montego Bay, qui a quant à elle été conclue par la CE et, d'autre part, des dispositions de droit dérivé qui rentrent dans le champ d'application de la Convention Marpol 73/78. Compte tenu du principe coutumier de bonne foi, qui fait partie du droit international général, et de l'article 10 CE, il appartient à la Cour d'interpréter ces dispositions «*en tenant compte*» de la Convention Marpol 73/78. La Cour n'apporte pas de précision sur ce qu'implique une telle prise en compte. Il paraît néanmoins pouvoir être soutenu que cette dernière requiert une interprétation qui, dans toute la mesure du possible, réconcilie les termes des dispositions communautaires en question avec une convention qui lie l'ensemble des Etats membres. Cette approche, indirectement confirmée par l'arrêt *Commune de Mesquer* examiné ci-après, forme un contrepoids à la rigueur des conditions mises à l'application de la théorie de la substitution inaugurée par l'arrêt *International Fruit Company*, laquelle implique un transfert intégral de compétence. L'arrêt *Intertanko* souligne au demeurant une nouvelle fois, sur ce dernier point, le potentiel que renferme le principe de loyauté dans le domaine des relations extérieures.

b. — *Les effets d'un accord international
auquel de nombreux Etats membres sont parties*

35. — La portée des principes dégagés par la Cour dans l'affaire *Intertanko* a été précisée à l'occasion de l'affaire *Commune de Mesquer* (86).

(86) CJCE, aff. C-188/07, *Commune de Mesquer*, 24 juin 2008, *Rec.*, p. I-4501.

Le litige à l'origine du renvoi préjudiciel par la Cour de cassation de France faisait suite à la pollution du littoral de la commune bretonne de Mesquer, causée par le naufrage du pétrolier Erika en 1999. Mesquer avait introduit un recours en responsabilité civile contre des entreprises du groupe Total, devant les juridictions françaises. L'une des questions posées par la Cour de cassation était de savoir si un producteur de fioul lourd ou un vendeur et affréteur peuvent être considérés comme producteur et/ou détenteur d'un déchet au sens de la directive relative aux déchets (87), alors que, au moment de l'accident qui l'a transformé en déchet, le produit était transporté par un tiers. La directive en question impute notamment les coûts de l'élimination des déchets aux «*détenteurs antérieurs ou (au) producteur du produit générateur de déchets*». Or, la Convention internationale du 29 novembre 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, à laquelle la CE n'est pas partie et qui n'a été ratifiée que par vingt-quatre Etats membres, paraît limiter une telle responsabilité au seul propriétaire du bateau, ce qui exclut notamment un détenteur antérieur, tel un affréteur. Il en va de même de la Convention internationale portant création d'un Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, dans la version du protocole du 27 novembre 1992, mieux connue sous le nom de «*Convention FIPOL*», et ratifiée quant à elle par vingt-trois Etats membres. Selon Total et le Royaume de Belgique, la matière de la responsabilité pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures serait régie de manière exhaustive par ces deux conventions, de telle sorte que ces dernières feraient obstacle à l'application de la directive susvisée.

Dans son arrêt du 24 juin 2008, la Cour de justice indique au contraire que la CE n'est pas liée par les deux conventions en question, non seulement parce qu'elle ne les a pas ratifiées mais aussi parce qu'elle ne saurait être considérée comme s'étant substituée à ses Etats membres à leur égard, ne fût-ce que parce que «*ceux-ci ne sont pas tous parties à ces conventions*» (88). Ceci implique, *a contrario*, que l'application de la théorie de la substitution est subordonnée à une telle condition, en sus du «*transfert intégral des compétences précédemment exercées par les Etats membres*» évoqué dans l'arrêt *Intertanko*.

(87) Directive 2006/12/CE du Parlement européen et du Conseil, du 5 avril 2006, JO L n° 114/9, 27 avril 2006.

(88) Voy. déjà en ce sens, CJCE, aff. C-379/92, *Peralta*, 14 juillet 1994, *Rec.*, p. I-3453, point 16. Dans cet arrêt, la Cour était toutefois parvenue à cette solution en se contentant de rappeler la formule de l'arrêt *International Fruit Company*, sans préciser que la circonstance que tous les Etats membres n'étaient pas partie à la Convention Marpol était suffisante pour faire obstacle à la théorie de la substitution.

Ceci n'empêche toutefois pas la Cour de proposer une interprétation de la directive sur les déchets qui tienne compte des principes des conventions précitées. La Cour admet ainsi que les Etats membres prévoient, en application de ces conventions, que le propriétaire du navire et l'affréteur de ce dernier ne puissent répondre des dommages causés par le déversement d'hydrocarbures en mer qu'à hauteur de montants plafonnés en fonction de la jauge du navire et/ou que dans des circonstances particulières liées à leur comportement négligent. Elle ne s'oppose pas non plus à ce qu'un fonds d'indemnisation, tel que le FIPOL, prenne en charge en lieu et place des détenteurs les coûts liés à l'élimination des déchets résultant d'hydrocarbures accidentellement déversés en mer, à concurrence de certains plafonds. Cela étant, la Cour réserve l'hypothèse où l'application de tels principes empêcherait que les coûts liés à l'élimination des déchets générés par un déversement accidentel d'hydrocarbures soient pris en charge par le fonds prévu par la Convention FIPOL ou ne puissent l'être qu'à raison du plafond d'indemnisation prévu pour un sinistre et que, en application des limitations et/ou des exonérations de responsabilité prévues, le droit national d'un Etat membre, y compris celui issu de conventions internationales, ferait obstacle à ce que ces coûts soient supportés par le propriétaire du navire et/ou l'affréteur de ce dernier, alors même que ceux-ci sont à considérer comme des «*détenteurs*» au sens du droit communautaire. Dans de tels cas, une correcte transposition de la directive sur les déchets impose que ces coûts soient supportés par le producteur du produit générateur des déchets, pour autant qu'il ait contribué au risque de survenance de la pollution occasionnée par le naufrage du navire.

La réconciliation proposée par la Cour entre les Conventions sur la responsabilité et FIPOL avec la Directive sur les déchets ne manque pas d'intérêt. En effet, contrairement à la Convention Marpol 73/78, dont il était notamment question dans l'arrêt *Intertanko*, ces conventions n'ont pas été conclues par tous les Etats membres. Ceci explique pourquoi la Cour, dans son arrêt *Commune de Mesquer*, n'a pas réitéré la contrainte qui pèse sur elle, en application du principe de bonne foi posé à l'article 10 CE, d'interpréter le droit communautaire «*en tenant compte*» des conventions qui, tout en ne liant pas la CE, ont néanmoins été ratifiées par l'ensemble de ses Etats membres. Ce même principe de bonne foi semble toutefois commander que les obligations découlant d'un accord international ratifié par une grande majorité d'Etats membres — comme c'est le cas pour les conventions sur la responsabilité et FIPOL — ne soient pas entièrement ignorées par la Cour lorsqu'elle est appelée à interpréter le droit communautaire.

Cela dit, une telle interprétation ne saurait aller jusqu'à trahir les objectifs poursuivis par les dispositions communautaires dont l'inter-

prétation est sollicitée. Une solution différente ouvrirait d'ailleurs une brèche inacceptable dans le principe de primauté du droit communautaire sur le droit «interne» des Etats membres, en ce compris les obligations de droit international auxquels ils se sont engagés. La prudence de la Cour sur ce point, dans l'arrêt *Commune de Mesquer*, apparaît nettement du contraste entre l'approche qu'elle a privilégiée et le devoir d'«interprétation conforme» qui avait été proposé par l'avocat général Kokott (89). Ce devoir reposait, selon cette dernière, sur une nécessité comparable à celle qu'elle avait mise en lumière dans ses conclusions précédant l'affaire *Intertanko*, à savoir éviter autant que possible un conflit entre le droit communautaire et les engagements internationaux des Etats membres (90). Ceci avait conduit l'*amicus curiae* à considérer que la Directive relative aux déchets ne s'opposait pas à ce que l'obligation d'indemniser les victimes de dommages dus à la pollution par des hydrocarbures à la suite d'accidents en mer soit canalisée vers le propriétaire du bateau et le Fonds d'indemnisation, conformément à la Convention sur la responsabilité et à la Convention FIPOL, ni à ce que cette obligation soit plafonnée. Ainsi que nous l'avons vu, la Cour privilégie une interprétation plus proche du principe du «pollueur-payeur», promu par la directive, en subordonnant ces diverses limitations à la possibilité de mettre en œuvre la responsabilité du producteur du produit générateur des déchets.

36. — Il revient encore de mentionner l'arrêt *Develey c. OHMI* (91), prononcé quelques mois avant les arrêts *Commune de Mesquer* et *Intertanko*, et qui en annonçait déjà — certes discrètement — les solutions. Le litige portait sur le refus opposé par l'Office de l'Harmonisation dans le Marché Intérieur (OHMI) à la holding Develey d'enregistrer comme marque communautaire un signe tridimensionnel se présentant sous la forme d'une bouteille. La Cour était saisie sur pourvoi, suite au rejet du recours introduit par Develey devant le

(89) Un tel devoir d'interprétation conforme résulterait, premièrement, du consensus politique qui se dégage actuellement autour de l'idée que la responsabilité pour les dommages dus à la pollution par des hydrocarbures est régie par la convention sur la responsabilité et la convention FIPOL. Ce consensus serait plus spécifiquement attesté par le fait que la plupart des Etats membres ont ratifié ces dernières. Ce devoir s'inscrirait également dans la logique du principe de loyauté qui préside aux rapports entre les institutions de la CE et ses Etats membres, les premières ne pouvant ignorer les obligations internationales des seconds dans la mise en œuvre du droit communautaire.

(90) Voy. les conclusions présentées le 20 novembre 2007 dans l'affaire *Intertanko*, point 78.

(91) CJCE, aff. 238/06 P, *Develey c. OHMI*, 25 oct. 2007, *Rec.*, p. I-9375.

TPICE. Cette affaire intéresse au premier chef le droit de la propriété intellectuelle, une matière qui dépasse l'objet de la présente chronique. La Cour y examine toutefois, à titre liminaire, la question de l'invocabilité directe de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce (ci-après, l'accord ADPIC) et de la Convention de Paris pour la protection de la propriété intellectuelle (92). Après avoir rappelé l'impossibilité d'invoquer directement l'accord ADPIC devant les juridictions communautaires, la Cour indique que tous les Etats membres de la CE sont parties à la Convention de Paris, mais pas la CE elle-même. Elle ajoute que cette convention ne saurait être directement invoquée au seul motif qu'il y est fait référence dans l'accord ADPIC, puisque ce dernier n'est pas davantage invocable. Cette précision est, selon nous, révélatrice de la nature profonde que la Cour attache aux obligations qui découlent de la Convention de Paris. Si la Cour avait estimé pouvoir appliquer à celle-ci la théorie de la substitution, inaugurée par la jurisprudence *International Fruit Company*, elle n'aurait en effet pas pu subordonner l'analyse de son invocabilité à celle de l'accord ADPIC puisque, dans ce cas, la Convention de Paris aurait fait partie intégrante de l'ordre juridique communautaire, indépendamment de l'accord ADPIC. La circonstance que la Cour l'ait fait semble indiquer, implicitement, qu'un «*transfert intégral des compétences précédemment exercées par les Etats membres*» n'a pas eu lieu dans les domaines couverts par la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, à l'instar de la conclusion à laquelle la Cour est parvenue dans l'arrêt *Intertanko*, s'agissant de la Convention Marpol 73/78. Une conclusion différente aurait du reste surpris au regard de l'argumentation développée quelques semaines plus tôt par la Cour dans son arrêt *Merck Genéricos*, où elle avait souligné le caractère très partiel des mesures d'harmonisation dans le domaine des brevets (93).

CHAPITRE III. — Les accords internationaux

37. — Ce troisième et dernier chapitre passe en revue les principaux arrêts dans lesquels les juridictions communautaires ont, au cours des trois dernières années, apporté des précisions quant à la signification et à la portée de divers accords internationaux auxquels la Communauté est liée. La riche jurisprudence relative aux accords OMC est examinée dans un premier temps (1). S'ensuit un examen des arrêts

(92) Voy. égal. *infra*, chap. III, section 1 *b*.

(93) CJCE, aff. C-431/05, *op. cit.*, note 73. Voy. égal *infra*, chap. III, section 1 *a*.

qui avaient pour toile de fond la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (2), l'accord d'association conclu entre la CE et la Turquie (3), ainsi que les accords d'association euro-méditerranéens conclus par la CE avec le Maroc (4) et avec la Tunisie (5).

Section 1. — LES ACCORDS OMC

38. — Durant la période couverte par la présente chronique, la Cour de justice a défini plus avant les limites de sa compétence juridictionnelle envers l'accord ADPIC, dans un arrêt dont les enseignements se répercutent sur l'ensemble des accords mixtes (a). Elle a par ailleurs confirmé l'absence d'invocabilité des accords OMC en contentieux communautaire (b), de même que les exceptions à cette règle fixées par la jurisprudence *Fedioll/Nakajima* (c) et l'obligation d'interpréter le droit communautaire d'une manière conforme à ces mêmes accords (d). Il semble, enfin, qu'une interprétation d'une obligation découlant pour la CE des accords OMC, donnée par l'organe de règlement des différends (ci-après, l'ORD), ne porte en aucun cas préjudice à l'interprétation autonome que les juridictions communautaires sont appelées à donner des règles communautaires correspondantes (e).

a. — *La compétence d'interprétation de l'accord ADPIC par la Cour de justice*

39. — La Cour a de nouveau été appelée à préciser la portée de sa compétence préjudicielle à l'endroit d'un accord mixte — en l'occurrence, l'accord ADPIC — dans l'arrêt *Merck Généricos* (94). Le litige à l'origine du renvoi préjudiciel qui a donné lieu à cet arrêt opposait les entreprises pharmaceutiques Merck & C^o et Merck Sharp & Dohme L^{da} à Merck Généricos. Merck & C^o détenait, depuis 1981, un brevet sur un procédé de préparation de dérivés d'acides aminés comme hypertenseurs. En 1985, elle avait accordé une licence d'exploitation de ce brevet à Merck Sharp & Dohme L^{da}, lui permettant de commercialiser le médicament issu de ce procédé. Le code de la propriété industrielle portugais n'accordant une protection aux brevets que pour une durée de quinze ans, Merck Généricos commercialisa, à partir de 1996, un médicament issu du même procédé. Les titulaires des droits sur ce procédé intentèrent toutefois une action en justice devant les juridictions portugaises, estimant que l'article 33 de l'accord ADPIC accordait à tout brevet une durée minimale de pro-

(94) CJCE, aff. C-431/05, *op. cit.*, note 73. Voy. déjà M. BLANQUET, O. DUBOS, F. FINES, M. GAUTIER, J. MOLINIER, *op. cit.*, note 4, pp. 530 à 532.

tection de vingt ans. L'issue du litige dépendait directement de la question de savoir qui, des juridictions portugaises ou communautaires, était compétent pour statuer sur l'éventuel effet direct de cette disposition. En effet, selon les principes du droit portugais régissant l'interprétation des accords internationaux, un particulier doit pouvoir invoquer l'article 33 dans un litige contre un autre particulier, ce qui permettrait à Merck & C^o et Merck Sharp & Dohme L^{da} de jouir d'une durée de protection plus longue que celle prévue par le code de la propriété industrielle portugais. Inversement, si l'interprétation de l'effet de cette disposition ressortissait au droit communautaire, l'article 33 de l'accord ADPIC serait dépourvu d'effet direct, conformément à une jurisprudence constante des juridictions communautaires relative aux accords OMC. Dans ce cas, le brevet en cause serait bel et bien tombé dans le domaine public en 1996, soit quinze ans après avoir été octroyé. La Cour de justice fut dès lors interrogée par un juge portugais sur ce point.

Dans ses conclusions présentées le 23 janvier 2007, l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer rappelle que, si les accords mixtes font partie intégrante de l'ordre juridique communautaire (95), une jurisprudence s'est toutefois développée faisant de l'existence d'une réglementation communautaire le critère déterminant pour fonder la compétence d'interprétation des diverses dispositions d'un tel accord par la Cour de justice. C'est ainsi que, dans l'arrêt *Hermès*, une affaire qui concernait le droit des marques, la Cour a confirmé sa compétence pour interpréter l'article 50 ADPIC, relatif à la protection juridictionnelle provisoire des droits de propriété intellectuelle, en raison de l'existence du Règlement sur la marque communautaire (96). Se fondant sur un motif identique, la Cour a par contre indiqué, dans son arrêt *Dior*, que, dans toute la mesure où cette disposition s'applique à un domaine dans lequel la CE n'a pas encore légiféré et qui, par conséquent, relève de la compétence des Etats membres, le droit communautaire ne commande ni n'exclut que ce même article 50 soit pourvu d'un effet direct (97). Ce lien entre la compétence de la Cour de justice et l'existence d'une réglementation communautaire a été confirmé tant à l'occasion de renvois préjudiciels, dans les arrêts *Schieving-*

(95) Voy. not. CJCE, aff. 181/73, *Haegeman*, 30 avril 1974, *Rec.*, p. 449; CJCE, aff. 12/86, *op. cit.*, note 65, point 7.

(96) CJCE, aff. C-53/96, *Hermès*, 16 juin 1998, *Rec.*, p. I-3603, points 27 à 29.

(97) CJCE, aff. jtes. C-300/98 et C-392/99, *Parfums Christian Dior e.a.*, 14 déc. 2000, *Rec.*, p. I-11307, spéc. point 37. Il convient de rappeler que, dans cet arrêt, la Cour a défendu sa compétence pour interpréter le sens d'une disposition d'un accord mixte qui a vocation à s'appliquer tant à des situations nationales que communautaires, indépendamment de la question de son effet direct.

Nijstad (98) et *Anheuser-Busch* (99), que de recours directs, en particulier dans les arrêts *Commission c. Irlande* («*Convention de Berne*») (100), *Commission c. France* («*Etang de Berre*») (101) et *Commission c. Irlande* («*Usine Mox*») (102).

Or, la Cour a souligné, dans l'avis 1/94, que l'harmonisation des droits de propriété intellectuelle était incomplète, en l'absence notamment de réglementation communautaire applicable en matière de brevets (103). Confirmant la différence existant encore sur ce point entre la matière des brevets et celle des marques, en particulier en raison de l'absence de brevet communautaire, l'avocat général estime que l'application du critère dégagé dans l'arrêt *Hermès* devrait résulter sur une compétence des seules juridictions portugaises pour évaluer l'effet de l'article 33 de l'accord ADPIC. L'avocat général proposait toutefois à la Cour de revenir sur son approche de sa compétence envers des accords mixtes. Selon lui, divers arguments plaident en faveur d'une compétence globale de la Cour de justice pour interpréter de tels accords, en se fondant en particulier sur le devoir qu'ont les Etats membres de coopérer de façon loyale avec la CE à leur mise en œuvre, notamment sur le plan judiciaire (art. 10 CE), et sur le plus grand respect de ces accords qu'assure l'interprétation uniforme des obligations qu'ils portent pour la CE et ses Etats membres.

Dans son arrêt prononcé le 11 septembre 2007, la Cour confirme toutefois sa jurisprudence antérieure. Elle rappelle tout d'abord sa compétence préjudicielle pour identifier les obligations que la CE a assumées dans le cadre d'un accord mixte, conclu en vertu d'une compétence partagée et sans qu'une répartition ait été opérée à cette occasion entre les domaines relevant de la compétence de la CE et ceux relevant de la compétence des Etats membres (*Kompetenz-Kompetenz*). Conformément aux principes dégagés dans la jurisprudence antérieure, la Cour examine ensuite si une réglementation communautaire existe dans le domaine dont relève l'article 33 de l'accord ADPIC, à savoir celui des brevets, et dont dépend sa compétence pour déterminer dans quelle mesure cet article est doté ou non d'un effet direct. La

(98) CJCE, aff. C-89/99, *Schieving-Nijstad e.a.*, 13 sept. 2001, *Rec.*, p. I-5851, point 54.

(99) CJCE, aff. C-245/02, *Anheuser-Busch Inc.*, 16 nov. 2004, *Rec.*, p. I-10989, point 41.

(100) CJCE, aff. C-13/00, *Commission c. Irlande* («*Convention de Berne*»), 19 mars 2002, *Rec.*, p. I-2943, points 16 à 19.

(101) CJCE, aff. C-239/03, *Commission c. France* («*Etang de Berre*»), 7 octobre 2004, *Rec.*, p. I-9325, points 27 à 31.

(102) CJCE, aff. C-459/03 («*Usine Mox*»), *op. cit.*, note 42, point 110.

(103) CJCE, avis 1/94, *op. cit.*, note 29, point 103.

Cour conclut que, pour l'heure, la Communauté n'a exercé sa compétence que de manière «*insuffisamment important(e)*» dans ce domaine que pour pouvoir considérer que celui-ci relève du droit communautaire. Par conséquent, le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que l'article 33 en question soit directement appliqué par une juridiction nationale dans les conditions prévues par le droit national.

40. — Dans l'arrêt *Merck Généricos*, la Cour ne se borne pas à constater que la durée de la protection qui s'attache aux brevets — qui faisait seule l'objet du renvoi — n'a pas été harmonisée au niveau communautaire. Elle procède à une analyse plus générale de la réglementation communautaire dans le domaine des brevets, pour finalement conclure que l'article 33 relève d'un domaine où la CE a insuffisamment exercé ses compétences que pour pouvoir fonder sa compétence juridictionnelle (104). Cet examen conforte l'idée que, malgré que la Cour n'ait pas répété cette formule en l'occurrence, un accord mixte ne fait partie intégrante de l'ordre juridique communautaire que dans la mesure où il porte sur des «*dispositions qui relèvent de la compétence de la Communauté*» (105). Le critère de l'«*exercice suffisant*» appliqué dans l'arrêt *Merck Généricos* fait du reste écho au compromis que laissait déjà entrevoir l'arrêt *Etang de Berre* ainsi que l'arrêt *Usine Mox* entre la thèse d'une compétence générale d'interprétation des accords mixtes, défendue par l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, et l'exigence d'une harmonisation complète des domaines couverts par l'objet du renvoi préjudiciel pour fonder la compétence de la Cour de justice. Dans l'arrêt *Etang de Berre*, prononcé dans le cadre d'un recours en manquement, la Cour a en effet constaté que la seule circonstance que les rejets d'eau douce et de limons en milieu marin, visés par le recours de la Commission, n'avaient pas encore fait l'objet d'une réglementation communautaire, était sans effet sur le caractère communautaire du litige, étant donné que la protection de

(104) Il incombe de noter que la Cour, ne s'estimant pas compétente pour déterminer si l'article 33 de l'accord ADPIC est doté ou non d'un effet direct, n'a pas l'occasion de répondre à la suggestion faite par l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer de revenir sur la jurisprudence antérieure en concentrant l'analyse de l'effet direct des accords internationaux (y inclus les accords OMC) sur les seuls critères de clarté, de précision et d'absence de conditionnalité.

(105) Cette expression, inspirée de l'arrêt *Demirel* (CJCE, aff. 12/86, *op. cit.*, note 65, point 9), se retrouve dans les arrêts «*Convention de Berne*» (CJCE, aff. C-13/00, *op. cit.*, note 100, point 14), «*Etang de Berre*» (CJCE, aff. C-239/03, *op. cit.*, note 101, point 25) et «*Usine Mox*» (CJCE, aff. C-459/03, *op. cit.*, note 42, point 84). Il est remarquable que ces trois derniers arrêts ont été prononcés sur des recours directs, alors que la Cour s'abstient jusqu'à présent d'apporter cette précision dans le cadre de renvois préjudiciels.

l'environnement, objet de la Convention pour la protection de la mer Méditerranée contre la pollution et du Protocole relatif à la protection de la mer Méditerranée contre la pollution d'origine tellurique, est «*très largement réglementé(e)*» par la législation communautaire, y compris en ce qui concerne la protection des eaux contre la pollution. Ce compromis procède d'une recherche louable d'équilibre entre le principe de l'attribution des compétences, d'une part, et les nécessaires tempéraments à un strict cloisonnement des domaines relevant du droit national et du droit communautaire dans le domaine des accords mixtes, d'autre part, étant entendu que la bonne foi dans l'exécution de ces derniers et l'unité de la CE sur le plan international ne sauraient être pleinement assurés si la compétence de la Cour de justice reposait sur un strict parallélisme entre les dispositions de ces accords relevant d'une compétence partagée et les mesures d'harmonisation auxquelles elles ont donné lieu en droit communautaire.

Cela étant, le critère retenu par la Cour renferme un puissant facteur d'incertitude puisque, en pratique, il fait dépendre la portée d'une disposition d'un accord mixte de l'existence d'une réglementation communautaire «*suffisante*» dans le «*domaine*» plus général auquel cette disposition appartient. Or, il n'est pas toujours évident de départir ce «*domaine*», qui doit être seul pris en compte pour l'analyse de la compétence de la Cour, et la «*matière*» plus générale à laquelle il ressortit. L'on en veut pour preuve l'échec de la tentative de la Commission, par ses observations présentées dans l'affaire *Merck Génériques*, de transposer aux droits de propriété intellectuelle la souplesse avec laquelle la Cour avait défini le domaine de référence dans l'arrêt *Etang de Berre*, à savoir la «*protection de l'environnement*» (106). La Commission avait plaidé en ce sens que les droits de propriété intellectuelle constituaient un domaine unique comprenant divers droits et que les carences législatives qui pouvaient y être constatées en droit communautaire ne portaient pas préjudice à la compétence de la Cour de justice, notamment en matière de brevets. Sans s'en expliquer, la Cour place toutefois le domaine de référence à un niveau inférieur, celui des brevets, qu'elle estime insuffisamment couvert par des règles communautaires que pour pouvoir relever du droit communautaire. Ainsi que le démontre le litige qui oppose les différentes compagnies pharmaceutiques impliquées dans

(106) Il est d'ailleurs remarquable que la protection de l'environnement, que la Cour utilise comme cadre de référence à son analyse de l'existence d'une réglementation communautaire suffisante dans l'arrêt «*Etang de Berre*», couvre un domaine nettement plus large que celle de la convention et du protocole qui fondaient le recours en manquement de la Commission dans cette affaire.

l'affaire *Merck Généricos*, cette insécurité est potentiellement dommageable pour les opérateurs économiques, qui peuvent légitimement éprouver des difficultés à identifier leurs droits et obligations dans un domaine couvert par un accord mixte et relevant d'une compétence partagée entre la CE et ses Etats membres. Cette situation n'apparaît pas tout à fait conforme, selon nous, au principe de sécurité juridique, qui exige notamment qu'une réglementation soit suffisamment claire et précise que pour permettre aux justiciables de connaître sans ambiguïté leurs droits et obligations et d'agir en conséquence (107). L'originalité de l'arrêt *Merck Généricos* réside ainsi, plus généralement, dans la méfiance qu'il entretient envers la formule de la mixité conventionnelle, non pas tant sous l'angle classique des difficultés qu'elle occasionne pour l'unité de représentation externe de la CE ou l'exécution correcte des obligations internationales de cette dernière, mais plutôt du manque de clarté qui entoure la portée des accords mixtes pour les justiciables.

b. — *La confirmation de l'absence d'invocabilité des accords OMC et ses effets*

41. — Confirmée à de nombreuses reprises lors de la période examinée dans la présente chronique, l'absence d'invocabilité des accords OMC en droit communautaire s'est plus particulièrement manifestée dans deux de ses effets : d'une part, l'impossibilité pour un justiciable qui prétend avoir subi un dommage résultant de la méconnaissance, par les institutions communautaires, de leurs obligations découlant du droit de l'OMC, de mettre en œuvre la responsabilité extracontractuelle de la CE; d'autre part, les répercussions de cette absence d'invocabilité sur l'effet d'un autre accord international auquel ce dernier fait référence et auquel la CE n'est pas partie.

L'absence de responsabilité extracontractuelle de la CE en cas de violation du droit de l'OMC

42. — L'affaire *FIAMM et FIAMM Technologies et Fedon & Figli* (ci-après, l'affaire *FIAMM*) a donné lieu à un arrêt capital de la Cour de justice, prononcé le 9 septembre 2008 (108). L'enjeu juridique

(107) Voy. not. CJCE, aff. C-143/93, *Gebroeders van Es Douane Agenten*, 13 février 1996, *Rec.*, p. I-431, point 27.

(108) CJCE, aff. jtes. C-120 et 121/06 P, *FIAMM et FIAMM Technologies et Fedon & Figli c. Conseil et Commission*, 9 sept. 2008, *Rec.*, p. I-6513. Voy. égal. S. VAN RAEPENBUSCH, «Chronique de jurisprudence communautaire. Le contentieux (seconde partie)», *C.D.E.*, 2009/1-2, pp. 187 et 188.

majeur de cette affaire porte sur la question de savoir dans quelle mesure un assouplissement des conditions de mise en œuvre de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté pourrait être justifié en vue de compenser l'absence d'invocabilité des accords OMC devant les juridictions communautaires. Les sociétés FIAMM et Fedon & Figli, établies en Italie, cherchaient à obtenir de la CE une réparation du dommage qu'elles avaient subi du fait de l'imposition de surtaxes douanières, par les Etats-Unis d'Amérique, sur certains produits qu'elles commercialisent dans ce dernier Etat. Ces surtaxes avaient été imposées en rétorsion à l'inexécution par la CE de la décision par laquelle l'organe de règlement des différends de l'OMC (ci-après, l'ORD) avait constaté l'incompatibilité avec les accords OMC du régime communautaire relatif à l'importation des bananes. Le TPICE avait rejeté ces recours en première instance, en indiquant en particulier que la violation du principe *pacta sunt servanda* ne pouvait être opposée utilement aux institutions de la CE par les sociétés en question. En vertu d'une jurisprudence constante, les accords OMC ne figurent en effet pas, compte tenu de leur nature et de leur économie, au nombre des normes au regard desquelles le juge communautaire contrôle la légalité de l'action de ces mêmes institutions (109). Comme l'enseigne l'arrêt *Van Parys*, la circonstance qu'une décision de l'ORD a constaté la violation par la CE de ses obligations découlant du droit de l'OMC est sans incidence sur cette absence d'invocabilité (110), y compris dans le cadre d'un recours en indemnité (111).

Les sociétés requérantes, en vue de parer à un refus probable d'une mise en œuvre de la responsabilité extracontractuelle de la CE pour comportement illicite des institutions, avaient toutefois argué qu'une telle responsabilité devrait pouvoir être établie même en l'absence de comportement illicite des institutions. L'affaire soulevait dès lors la question controversée de la responsabilité objective de la CE. Dans l'arrêt *Dorsch Consult*, la Cour avait décidé que la responsabilité non contractuelle de la Communauté ne saurait être engagée en raison d'un acte «licite» que si trois conditions sont cumulativement rem-

(109) Voy. not., pour un arrêt fondateur, CJCE, aff. C-149/96, *Portugal c. Conseil*, 23 nov. 1999, *Rec.*, p. I-8395. Il convient toutefois d'excepter l'hypothèse où la Communauté a entendu donner exécution à une obligation particulière assumée dans le cadre de l'OMC ou celle où l'acte communautaire renvoie expressément à des dispositions précises des accords OMC (CJCE, aff. 70/87, *Fediol c. Commission*, 22 juin 1989, *Rec.*, p. 1781, points 19 à 22; CJCE, aff. C-69/89, *Nakajima c. Conseil*, 7 mai 1991, *Rec.*, p. I-2069, point 31).

(110) CJCE, aff. C-377/02, *Léon Van Parys*, 1^{er} mars 2005, *Rec.*, p. I-1465.

(111) Voy. not. TPICE, aff. T-90/03, *Fédération des industries condimentaires de France (FICF) e.a.*, 11 juillet 2007, *Rec.*, p. II-76.

plies, «à savoir la réalité du préjudice prétendument subi, le lien de causalité entre celui-ci et l'acte reproché aux institutions de la Communauté ainsi que le caractère anormal et spécial de ce préjudice» (112). Le Tribunal en déduisit l'existence d'un tel régime de responsabilité objective en droit communautaire, mais rejeta toutefois les demandes en réparation, estimant que le préjudice subi était une conséquence potentielle des vicissitudes inhérentes au système actuel du commerce international et ne remplissait dès lors pas la condition de l'anormalité susvisée (113).

Les sociétés FIAMM et FIAMM Technologies et Fedon & Figli formèrent un pourvoi contre ces arrêts. Elles reprochaient plus particulièrement au TPICE d'avoir refusé de reconnaître le caractère anormal du préjudice qu'elles avaient subi du fait de l'imposition d'une surtaxe douanière sur leurs produits exportés aux Etats-Unis d'Amérique. Il est vrai que ces entreprises étaient actives dans des secteurs totalement étrangers à celui de la banane, à l'origine des mesures de rétorsion prises par les Etats-Unis. Le Conseil et le Royaume d'Espagne reprochèrent également au Tribunal, par voie de pourvoi incident, d'avoir consacré à tort l'existence d'une responsabilité de la CE pour acte licite et d'avoir jugé que cette responsabilité était susceptible de s'appliquer à une hypothèse dans laquelle une institution exerce un pouvoir normatif de nature discrétionnaire.

Les conclusions déposées le 20 février 2008 par l'avocat général Poiaras Maduro sont remarquables à plus d'un titre. Il commence par préciser que l'effet direct d'une norme communautaire interne, conditionnée à la seule démonstration de son caractère clair, précis et inconditionnel, ne saurait être confondu avec celui d'un accord international, ce dernier supposant en sus que ses termes, sa nature et son économie ne s'opposent pas à son invocabilité. Dans la foulée de cette distinction, il propose d'ailleurs de substituer définitivement au concept d'effet direct d'un accord international celui d'*invocabilité*. La marge de liberté politique laissée aux institutions communautaires dans le cadre de l'OMC pourrait être compromise si ces accords pouvaient être invoqués à l'occasion du contrôle de la légalité d'un acte communautaire (114). Cela dit, l'avocat général Poiaras Maduro — et

(112) CJCE, aff. C-237/98 P, *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbh*, 15 juin 2000, *Rec.*, p. I-4549, point 19.

(113) TPICE, aff. T-69/00, *FIAMM et FIAMM Technologies c. Conseil et Commission*, 14 déc. 2005, *Rec.*, p. II-5393; TPICE, aff. T-135/01, *Fedon & Figli e.a. c. Conseil et Commission*, 14 déc. 2005, *Rec.*, p. II-29.

(114) Ces conclusions contrastent avec le plaidoyer proposé par l'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER en faveur d'un effet direct des accords OMC, dans ses conclusions présentées dans l'affaire *Merck Généricos*, précitées.

c'est là un élément crucial de son raisonnement — estime que la seule circonstance que les accords OMC ne sont pas invocables sur le plan juridictionnel ne porte nullement préjudice à leur appartenance au bloc de légalité communautaire. A l'aune du raisonnement qui sous-tend l'arrêt *Portugal c. Conseil*, l'invocabilité en justice des accords OMC n'est dès lors exclue que dans la seule et unique mesure où elle porte atteinte à la liberté politique dont jouissent les organes législatifs et exécutifs de la CE envers ces derniers. Une acceptation de l'invocabilité aux fins de l'établissement d'une responsabilité pour faute de la Communauté emporterait une telle limitation de la marge de manœuvre politique des institutions, puisque, la CE étant une communauté de droit, ces dernières seraient tenues de redresser l'illégalité constatée à l'occasion d'un recours en indemnité.

Par contre, une compensation pour le préjudice subi devrait pouvoir, selon l'avocat général Poiras Maduro, être établie sur le fondement de la responsabilité du fait d'un acte ou d'une omission licite. La seule circonstance que ce type de responsabilité n'est pas partagée par tous les Etats membres, voire même que deux d'entre eux seulement la consacrent dans le secteur des compétences législatives, ne signifie pas qu'elle ne puisse être reconnue en droit communautaire. Si la Cour doit certes s'inspirer des traditions juridiques des Etats membres en matière de responsabilité extracontractuelle (art. 288, §2 CE), ceci ne l'empêche pas de découvrir des principes que seuls une minorité d'entre eux partagent, voire même aucun, pourvu que ces principes soient adaptés aux exigences de l'ordre juridique communautaire. L'avocat général estime que tel est bien le cas de la responsabilité objective, qui leur permet, «*dans un souci de justice, de compenser la rigueur des conditions d'un engagement de la responsabilité pour faute de la Communauté liée, en particulier, à l'exigence d'une violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit protégeant les particuliers pour donner aux victimes d'un préjudice particulièrement grave subi du fait du comportement des institutions communautaires la possibilité d'obtenir réparation*». Cette solution serait applicable non seulement en présence d'un comportement licite mais aussi d'un acte illicite mais qui n'est pas constitutif d'une violation suffisamment caractérisée que pour ouvrir la voie à une responsabilité pour faute.

Une telle responsabilité objective apparaîtrait du reste encore plus adaptée dans le cadre des accords OMC. Il en va tout d'abord ainsi pour un motif de protection juridictionnelle, dès lors que les justiciables qui auraient à se plaindre d'un comportement des institutions de la CE contraire à ces accords ne peuvent en invoquer l'illégalité, pas même à l'occasion d'un recours en indemnité. De plus, la reconnaissance d'une telle responsabilité contribuerait à la bonne gouver-

nance puisqu'elle inciterait les institutions politiques de la CE à mieux évaluer les coûts que serait susceptible d'engendrer un maintien d'une situation incompatible avec les accords OMC et de les comparer aux avantages liés à un tel maintien pour les secteurs économiques qu'il concerne. Enfin, une responsabilité objective laisserait aux institutions de la CE le soin de déterminer si le coût lié à une infraction aux règles de l'OMC doit être supporté par la collectivité ou par les entreprises frappées par les mesures de rétorsion seulement. Estimant que le préjudice subi par FIAMM et FIAMM Technologies et Fedon & Figli ne pouvait être tenu pour un aléa normal lié à leurs activités économiques, l'avocat général Poiares Maduro proposa dès lors à la Cour de réformer les jugements du TPICE qui faisaient l'objet des pourvois.

La Cour confirme l'analyse de son avocat général s'agissant de l'impossibilité d'obtenir, sur le fondement de la responsabilité extra-contractuelle de la CE pour acte illicite, une réparation du préjudice subi suite à une violation par les institutions communautaires de leurs obligations découlant des accords OMC. Toute solution contraire obligerait en effet ces mêmes institutions à redresser cette illégalité, ce qui réduirait la marge de manœuvre politique dont elles doivent pouvoir disposer dans le cadre de la mise en œuvre de ces accords. Il en va même ainsi lorsque la violation des accords OMC par la CE a été constatée par une décision de l'ORD. Une telle décision n'accroît en effet, ni ne diminue, les droits et obligations résultant de ces accords, de telle sorte qu'elle ne crée pas davantage que ces derniers la faculté pour les justiciables de s'en prévaloir à l'occasion d'un recours devant les juridictions communautaires. La suggestion qui avait été faite à la Cour de créer une troisième exception à l'absence d'invocabilité, en marge de celles consacrées par la jurisprudence *Fediol* (115) et *Nakajima* (116), est dès lors écartée par la Cour. Ces différents éléments conduisent dès lors cette dernière à rejeter le pourvoi en ce qu'il porte sur une dénonciation de l'appréciation par le Tribunal des limites à l'invocabilité des accords OMC pour les besoins de l'établissement d'une responsabilité de la CE du fait d'un acte illicite.

Dans la deuxième partie de son raisonnement, la Cour accueille toutefois le pourvoi incident formé par le Conseil et le Royaume d'Espagne, en estimant que c'est à tort que le TPICE a consacré le principe d'une responsabilité de la Communauté en l'absence de comportement illicite imputable à ses organes. La Cour souligne en premier lieu qu'elle n'a jamais formellement consacré l'existence d'une telle respon-

(115) CJCE, aff. 70/87, *Fediol c. Commission*, 22 juin 1989, *Rec.*, p. 1781.

(116) CJCE, aff. C-69/89, *Nakajima c. Conseil*, 7 mai 1991, *Rec.*, p. I-2069.

sabilité jusqu'à présent, s'étant toujours bornée à indiquer les conditions auxquelles sa mise en œuvre serait subordonnée si elle devait être reconnue en droit communautaire (117). Elle rappelle ensuite que la responsabilité de la Communauté du fait d'un acte normatif, dans lequel se traduisent des options de politique économique, ne saurait être engagée qu'*«exceptionnellement et dans des circonstances singulières»* et pour autant que la règle méconnue ait pour objet de conférer des droits aux particuliers. Cette conception restrictive s'explique par la considération que l'exercice de la fonction législative ne doit pas être entravé par la perspective d'actions en dommages-intérêts chaque fois que l'intérêt général de la Communauté commande de prendre des mesures normatives susceptibles de porter atteinte aux intérêts des particuliers et que, d'autre part, dans un contexte normatif caractérisé par l'existence d'un large pouvoir d'appréciation, la responsabilité de la Communauté ne peut être engagée que si l'institution en cause a méconnu de manière manifeste et grave les limites qui s'imposent à l'exercice de ses pouvoirs. Enfin, la Cour indique qu'un examen comparatif des ordres juridiques des Etats membres ne laisse pas apparaître une convergence entre ces derniers en ce qui concerne l'existence éventuelle d'un principe de responsabilité en présence d'un acte ou d'une omission licites de l'autorité publique, en particulier lorsque ceux-ci sont d'ordre normatif. La Cour en conclut que, *«en l'état actuel du droit communautaire, il n'existe pas de régime de responsabilité permettant d'engager la responsabilité de la Communauté du fait d'un comportement relevant de la sphère de compétence normative de celle-ci dans une situation dans laquelle l'éventuelle non-conformité d'un tel comportement avec les accords OMC ne peut pas être invoquée devant le juge communautaire»*.

La Cour précise néanmoins que cette conclusion ne préjudicie aucunement la large marge d'appréciation dont jouissent les institutions communautaires pour instaurer un éventuel mécanisme d'indemnisation dans des hypothèses telles que celles en cause dans l'affaire *FIAMM*. Plus fondamentalement, la Cour entrouvre une possibilité d'une indemnisation, sur la base cette fois d'une responsabilité pour acte illicite, lorsque l'action de la CE constitue *«une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même»* du droit de propriété et du libre exercice d'activités professionnelles, en ce compris dans le cadre de l'exercice d'une activité normative (118).

(117) Voy. not. CJCE, aff. C-237/98 P (*Dorsch Consult*), *op. cit.*, note 112, point 19; CJCE, aff. 59/83, *Biovilac c. CEE*, 6 déc. 1984, *Rec.*, p. 4057, point 28.

(118) Le défaut pour les institutions communautaires d'avoir prévu une indemnisation propre à éviter ou à corriger une telle atteinte est naturellement un facteur important dans l'évaluation d'une telle responsabilité.

Un tel comportement, en tant qu'il blesse les droits fondamentaux dont la Cour assure le respect, serait constitutif d'une faute. Cependant, un opérateur économique ne pouvant revendiquer un quelconque droit de propriété sur une part de marché qu'il détenait à un moment donné, un tel raisonnement n'est de toute façon pas de nature à fonder un droit à une indemnisation en faveur des sociétés FIAMM et FIAMM Technologies et Fedon & Figli.

43. — La solution à laquelle aboutit la Cour dans l'arrêt FIAMM s'inscrit dans la logique d'une jurisprudence constante quant à la marge de manœuvre politique qui caractérise l'action des institutions de la Communauté dans la mise en œuvre des accords OMC, caractérisés par le principe de réciprocité. L'absence d'invocabilité des accords OMC concerne tout type de procédure, qu'il s'agisse d'un recours en annulation, d'un renvoi préjudiciel en validité ou d'un recours en indemnité. Le rejet des demandes en réparation formulées par FIAMM et FIAMM Technologies de même que par Fedon et Figli ne manque toutefois pas de heurter : en principe, il exclut en effet toute possibilité de compensation ou presque en faveur des opérateurs économiques qui subissent les effets de mesures de rétorsion adoptées suite à la violation par la CE de ses obligations découlant des accords OMC. Il en va ainsi même lorsque ces opérateurs ne sont que des «victimes collatérales» de tels conflits commerciaux, qui portent sur un secteur étranger à leurs activités.

La consécration d'un régime de responsabilité objective, en particulier sous la forme proposée par l'avocat général Poiras Maduro, aurait autorisé un plus juste équilibre entre, d'une part, les intérêts collectifs de la CE, au cœur desquels s'inscrit la marge de négociation politique des institutions de la CE, et, d'autre part, la défense des intérêts des opérateurs économiques, qui sont tout à la fois susceptibles de subir les effets des mesures de rétorsion décidées par les partenaires commerciaux de la Communauté lorsque cette dernière méconnaît ses obligations découlant des accords OMC, mais sont incapables d'invoquer directement les règles découlant de ces derniers devant les juridictions communautaires. L'on ne saurait à cet égard se méprendre sur les différences majeures qui caractériseraient cet équilibre par rapport à une possibilité de mise en œuvre pure et simple de la responsabilité de la CE du fait d'un acte ou d'une omission illicite de l'une de ses institutions. Dans le cadre d'un régime de responsabilité objective, l'indemnisation est subordonnée à des conditions plus strictes s'agissant du dommage, ce dernier devant être anormal, grave et spécial. De plus, les institutions de la Communauté demeureraient libres de ne rien changer à leur attitude s'agissant de la mise en œuvre des

accords OMC. A l'inverse, tout préjudice est susceptible d'être indemnisé dans le cadre de la responsabilité du fait d'un acte illicite. Surtout, le constat de cette illicéité par la Cour de justice enjoint les institutions de la Communauté à la redresser. Cela dit, par les formules dans lesquelles elle enserme son raisonnement, la Cour ne semble pas écarter définitivement toute possibilité d'une responsabilité de la CE du fait d'un acte licite ou illicite mais qui n'est pas imputable à ses institutions, pour peu qu'il ne concerne pas la sphère de compétence normative de la Communauté. Il incombera à la Cour de se prononcer dans le futur sur le principe même d'une telle responsabilité et de préciser ses éventuels domaines d'application.

La Cour mentionne elle-même un cas dans lequel une telle responsabilité extracontractuelle «objective» pourrait être constatée, à savoir celui d'une violation démesurée et intolérable de la substance du droit de propriété ou du libre exercice des activités professionnelles dans le cadre d'une (in)action contraire au droit de l'OMC. Dans un tel cas, en principe, un justiciable ne peut pas invoquer le bénéfice des dispositions des accords OMC méconnues par la CE à l'occasion d'un recours en annulation ou d'un renvoi préjudiciel en validité. En effet, une telle illicéité n'est en règle pas imputable aux institutions de la Communauté, sous les deux seules réserves consacrées dans les arrêts *Fediol* et *Nakajima*. Il n'en demeure pas moins qu'elle a des conséquences à ce point graves pour les droits fondamentaux qu'elle justifie la mise en œuvre de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté. A l'instar de l'arrêt *Kadi et Al Barakaat International*, cette exception souligne l'attachement particulier de la Cour de justice aux droits de l'homme, qui constituent l'un des «*fondements mêmes*» de l'ordre juridique communautaire (119).

44. — L'arrêt rendu par la Cour le 16 décembre 2008 dans l'affaire *Masdar c. Commission* (120) apporte certaines précisions à l'arrêt *FIAMM*, même s'il ne lève pas l'incertitude majeure qui en résulte du point de vue de la reconnaissance d'un régime de responsabilité extracontractuelle sans faute de la CE. La société Masdar avait participé à la mise en œuvre de plusieurs programmes communautaires d'assistance technique (TACIS), en particulier en faveur de la Communauté des Etats Indépendants et de la Moldavie, en qualité de sous-traitant de la société Helmico. Cette dernière avait elle-même conclu des contrats de services avec la Commission en vue de l'exécution de certains projets agricoles dans le cadre de ces programmes. La société

(119) CJCE, aff. jtes. C-402/05 P et C-415/05 P, *op. cit.*, note 21.

(120) CJCE, aff. C-47/07 P, *Masdar c. Commission*, 16 déc. 2008, n.e.p.

Helmico n'ayant toutefois pas honoré l'ensemble des factures qui avaient été dressées à sa charge par Masdar, cette dernière tenta d'obtenir de la Commission une compensation pour le préjudice subi. Suite au refus opposé par la Commission, Masdar introduisit un recours devant le TPICE. Le recours était fondé, en marge d'une argumentation articulée autour de la responsabilité extra-contractuelle pour faute, sur l'existence prétendue d'un enrichissement sans cause dans le chef de la Commission, qui avait bénéficié des prestations visant à la mise en œuvre de programmes TACIS par Masdar sans avoir dû supporter la charge financière y afférente. Tant le TPICE (121) que la Cour (122) rejettent ce moyen sur le fond.

Toutefois, l'apport juridique majeur de ces arrêts est d'avoir confirmé que l'enrichissement sans cause «*constitue une source d'obligation non contractuelle commune aux ordres juridiques des Etats membres*» et que la CE ne saurait, partant, échapper à son application «*lorsqu'une personne physique ou morale lui reproche de s'être injustement enrichie à son détriment*». L'indemnisation qui en résulte doit pouvoir être fondée sur les articles 235 CE et 288, al. 2 CE. Certes, précise la Cour, un recours au titre de la théorie de l'enrichissement sans cause se distingue de ceux qui relèvent du régime de la responsabilité non contractuelle au sens strict, puisqu'il «*n'exige pas la preuve d'un comportement illégal du défendeur, ni même l'existence d'un comportement illégal tout court, mais seulement la preuve d'un enrichissement sans base légale valable du défendeur et d'un appauvrissement du requérant lié audit enrichissement*». Il n'en demeure pas moins qu'une interprétation des dispositions précitées qui exclurait cette théorie irait à l'encontre du droit à une protection juridictionnelle effective. Ce raisonnement n'est pas sans rappeler l'exception dégagée par la Cour dans l'arrêt *FIAMM* quant à l'existence d'une responsabilité extracontractuelle de la CE, en ce compris dans le cadre du droit de l'OMC, en cas de violation démesurée et intolérable de la substance du droit de propriété ou du libre exercice des activités professionnelles.

S'il consacre l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause en droit communautaire, cet arrêt ne lève par contre pas l'incertitude créée par les arrêts *Dorsch Consult* et *FIAMM* autour de la responsabilité extra contractuelle sans faute de la CE. Certes, la Cour précise que les régimes de responsabilité extra contractuelle au sens strict sont susceptibles de requérir non seulement la démonstration

(121) TPICE, aff. T-333/03, *Masdar c. Commission*, 16 nov. 2006, *Rec. II-4377*, points 91 à 103.

(122) CJCE, aff. C-47/07 P, *op. cit.*, note 120, points 44 à 61.

d'un comportement illicite, mais aussi «*d'un comportement tout court*», une expression qui évoque la responsabilité objective. Néanmoins, la consécration de la théorie de l'enrichissement sans cause repose sur le constat que cette dernière constitue une source commune aux ordres juridiques des Etats membres, à l'opposé de la conclusion à laquelle la Cour était parvenue, dans l'arrêt *FIAMM*, au sujet de la responsabilité pour fait licite (123).

L'effet de «contagion» de l'absence d'invocabilité sur d'autres accords internationaux

45. — L'arrêt *Develey c. OHMI*, déjà évoqué dans la section consacrée aux rapports entre le droit communautaire et le droit international (124), fut l'occasion de mettre en lumière un autre effet qui s'attache à l'absence d'invocabilité des accords OMC — en l'occurrence, l'accord ADPIC — au sein de l'ordre juridique communautaire, à savoir l'effet de contagion que cette caractéristique est susceptible d'avoir sur d'autres accords internationaux. La Cour était en l'occurrence appelée à se prononcer sur l'applicabilité au litige de l'accord ADPIC et de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle. La Cour rappelle sa jurisprudence constante sur l'absence d'invocabilité de l'accord ADPIC devant les juridictions communautaires. Surtout, elle indique que la circonstance que cet accord oblige les parties qui l'ont conclu à respecter certaines dispositions de la Convention de Paris ne saurait avoir pour effet de conférer à cette dernière un quelconque effet direct. Cette conclusion est due au fait que, d'une part, l'accord ADPIC est lui-même dépourvu d'un tel effet et que, d'autre part, la CE n'est pas partie à la Convention de Paris ou, à tout le moins, n'est pas liée par cette dernière par effet de substitution. *A contrario*, ceci devrait impliquer que la seule circonstance qu'un accord qui ne peut être invoqué devant les juridictions communautaires renvoie à un autre accord international, auquel la CE est également partie, ou à tout le moins auquel elle est liée, est sans préjudice de l'invocabilité éventuelle de ce dernier.

c. — Les hypothèses d'invocabilité des accords OMC consacrées par la jurisprudence Fedioll/Nakajima

46. — Selon une jurisprudence devenue constante, les accords OMC sont invocables en droit communautaire lorsque soit la Communauté a entendu donner exécution à une obligation particulière découlant de

(123) *Idem*, point 175.

(124) *Voy. supra*, chap. II, section 2.

ces accords (exception «*Nakajima*»), soit l'acte communautaire renvoie expressément à des dispositions précises de ces derniers (exception «*Fediol*»). Au cours de la période couverte par la présente chronique, la Commission a tenté, sans succès, de remettre en cause l'exception *Nakajima*. Sans aller jusque-là, un avocat général a proposé de modifier l'approche de cette exception, en lui donnant une dimension davantage objective, dans le but d'entourer sa mise en œuvre d'une plus grande sécurité juridique. Loin de consacrer l'un ou l'autre point de vue, la Cour a, au contraire, confirmé ces deux exceptions et même renforcé l'approche subjective de l'exception *Nakajima*.

La remise en question des exceptions à l'absence d'invocabilité

47. — La question des limites et de la portée de l'exception *Nakajima* a été posée à l'occasion de l'affaire *Egenberger* (125), où était mise en cause la validité de certaines dispositions du régime communautaire d'importation du lait et des produits laitiers en provenance d'Etats tiers, relatives à la délivrance de certificats d'importation. La société *Egenberger*, établie en Allemagne, avait tenté d'obtenir un certificat d'importation de beurre en provenance de Nouvelle-Zélande. Conformément à la réglementation communautaire en vigueur, un tel certificat ne pouvait toutefois être obtenu qu'en déposant une demande au Royaume-Uni. Qui plus est, l'octroi de ce certificat était subordonné à la présentation d'un certificat d'exportation, délivré par les autorités de la Nouvelle-Zélande. Or, *Egenberger* n'avait pas et ne pourrait en aucun cas obtenir un tel certificat, dès lors que le législateur néo-zélandais avait accordé une licence exclusive d'exportation à une agence coopérative néo-zélandaise. *Egenberger* était d'avis que la réglementation communautaire sur l'importation des produits laitiers était contraire, notamment, aux principes de la liberté d'établissement et de la libre circulation des marchandises dès lors qu'elle désavantage les entreprises importatrices établies dans la CE mais ailleurs qu'au Royaume-Uni par rapport aux entreprises importatrices établies dans cet Etat membre, ces dernières étant susceptibles d'obtenir un certificat en déposant une demande dans leur propre Etat membre. *Egenberger* plaidait en outre que, en reprenant une législation néo-zélandaise accordant une licence d'exportation à une seule entreprise néo-zélandaise, sans que cette dernière ait le droit de la céder à des tiers, même en partie, le législateur communautaire avait méconnu le principe de non-discrimination inscrit à l'article XVII, 1° *a* du GATT.

(125) CJCE, aff. C-313/04, *Franz Egenberger GmbH*, 11 juillet 2006, *Rec.*, p. I-6331.

Dans son arrêt prononcé le 11 juillet 2006, la Cour de justice déclare illégal le système de délivrance des certificats d'importation de lait et de produits laitiers au regard du seul droit communautaire. Elle estime dès lors inutile d'aborder la question sous l'angle de la compatibilité au GATT. La suggestion faite par la Commission sur ce dernier point ainsi que les conclusions présentées par l'avocat général Geelhoed sont néanmoins suffisamment remarquables que pour justifier leur mention. La Commission avait suggéré à la Cour de revenir sur l'exception *Nakajima*, jugée contraire à l'équilibre entre des droits et obligations réciproques qui caractérise le cadre juridique des accords OMC. L'avocat général Geelhoed n'avait pas suivi ce point de vue, dès lors que «(d)ans un cas où il est clair qu'une mesure communautaire (est) spécifiquement destinée à mettre en œuvre une obligation particulière du droit de l'OMC, le législateur communautaire a pour l'essentiel choisi de limiter lui-même sa propre marge de manœuvre dans les négociations en 'incorporant' cette obligation dans le droit communautaire» (126). Indirectement, la Cour a, dans son arrêt *FIAMM*, étudié ci-avant (127), rejeté pour un motif similaire la suggestion formulée par la Commission dans le cadre de l'affaire *Egenberger*.

L'avocat général Geelhoed recommandait toutefois à la Cour de revisiter l'exception *Nakajima*, et ce essentiellement à un double point de vue. Premièrement, en ce qui concerne l'exigence que la mesure communautaire en cause devrait mettre en œuvre une obligation «particulière» du GATT, il suggérerait de ne pas retenir l'interprétation donnée de cet adjectif par le TPICE dans l'affaire *Chiquita Brands*, selon laquelle il conviendrait d'opérer une distinction entre les dispositions des accords OMC qui sont générales et celles qui, au contraire, sont particulières dans leur nature, et qui trouvent dans un acte communautaire une transposition spécifique (128). Selon l'avocat général, cette exigence renvoie simplement à la mise en œuvre d'une disposition spécifique des accords OMC ou à un groupe spécifique de telles dispositions, telles et non pas à une qualité particulière de la norme communautaire ou de la norme OMC considérées. Deuxièmement, il proposait d'abandonner l'analyse traditionnelle et subjective de l'intention des institutions de la CE en vue de se conformer à des obli-

(126) Point 64 *in fine* des conclusions présentées le 1^{er} décembre 2005.

(127) CJCE, aff. jtes. C-120 et 121/06 P, *op. cit.*, note 108, point 112, où la Cour rappelle notamment l'arrêt *Biret International c. Conseil* (CJCE, aff. C-93/02 P, 30 sept. 2003, *Rec.*, p. I-10497, point 53).

(128) TPICE, aff. T-19/01, *Chiquita Brands e.a. c. Commission*, 3 février 2005, *Rec.*, p. II-315, points 168 à 170. Voy., pour une confirmation, TPICE, aff. T-226/047, *Italie c. Commission*, 15 mars 2006, *Rec.*, p. II-29, points 102 à 109.

gations découlant pour la Communauté des accords OMC. Selon lui, une telle analyse repose sur des critères trop peu clairs que pour pouvoir satisfaire aux exigences élémentaires de sécurité juridique. Il serait satisfait au test *Nakajima* lorsqu'il ressort clairement d'une comparaison entre le contenu de la disposition communautaire contestée, d'une part, et une obligation particulière au titre de l'OMC, d'autre part, que la disposition en question débouche effectivement sur la mise en œuvre ou l'incorporation en droit communautaire d'une obligation au titre de l'OMC. La formulation du préambule constituerait un indice à cet égard, sans toutefois être décisive. La Cour, ainsi que nous allons le voir, a implicitement rejeté ces suggestions dans son arrêt *Ikea Wholesale* (129). Il convient encore de souligner la différence majeure entre le point de vue défendu par l'avocat général Geelhoed dans l'affaire *Egenberger* et celui de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer dans l'affaire *Merck Génériques*, le premier ayant milité en faveur d'une clarification des exceptions à l'absence d'invocabilité des accords OMC en droit communautaire alors que le second proposait un remaniement plus global de cette jurisprudence, en subordonnant cette invocabilité à la seule exigence que les dispositions de droit communautaire examinées soient suffisamment claires, précises et inconditionnelles.

La confirmation et le renforcement de l'approche subjective de l'exception Nakajima

48. — L'affaire *Ikea Wholesale* fut l'occasion pour la Cour de confirmer la marge de manœuvre dont jouissent les institutions de la Communauté lorsque l'ORD déclare une mesure antidumping ou antisubventions incompatible avec les règles pertinentes des accords OMC (l'accord antidumping) (130). En l'occurrence, le législateur communautaire a adopté un Règlement spécifiant les mesures que la CE peut prendre à la suite d'un rapport adopté par l'ORD concernant des mesures antidumping ou antisubventions (131). Or, ce Règlement prévoit qu'une mesure prise sur son fondement prend effet à compter de la date de son entrée en vigueur et, par conséquent, ne peut être invoquée de ce fait pour obtenir le remboursement des droits perçus avant cette date, sauf indication contraire. En l'occurrence, un rapport avait été adopté par l'ORD, dénonçant l'incompatibilité des méthodes de calcul retenues par la CE pour fixer certains droits antidumping.

(129) Voy. *infra*, points 48 et 49.

(130) CJCE, aff. C-351/04, *Ikea Wholesale*, 27 sept. 2007, *Rec.*, p. I-7723.

(131) Règlement (CE) n° 1515/2001 du 23 juillet 2001, *JO L* n° 201/10, 26 juillet 2001.

Le Conseil avait, à cette suite, pris divers règlements confirmant — tout en les assouplissant quelque peu — les mesures antidumping en question, et en excluant toute possibilité de remboursement des droits payés. Cette confirmation suffit, selon la Cour, à écarter l'hypothèse que la CE aurait entendu donner exécution à une obligation particulière assumée dans le cadre de l'OMC en adoptant ces différents règlements. Dans un tel cas, et conformément à la jurisprudence *Van Parys*, précitée, la légalité du règlement par lequel avaient été instituées les mesures antidumping ne peut être contrôlée au regard de l'accord antidumping.

L'exception ainsi apportée à l'hypothèse *Nakajima* est remarquable. Comme l'a fait remarquer l'avocat général Léger dans ses conclusions présentées le 6 avril 2006, la CE, en adoptant le Règlement de base antidumping, a incontestablement entendu satisfaire à ses obligations internationales découlant de l'accord antidumping. Or, dans un tel cas, il appartient en principe à la Cour de contrôler la légalité d'un Règlement du Conseil imposant des droits antidumping définitifs sur le fondement du Règlement de base, au regard non seulement du droit communautaire au sens strict, mais aussi de l'accord antidumping, qui est invocable devant les juridictions nationales et communautaires (132). La Cour suit pourtant une approche différente, qui confirme autant qu'elle renforce l'analyse subjective de l'hypothèse *Nakajima*. Elle ne s'attache en effet pas à l'intention du législateur communautaire au moment où il a adopté le Règlement de base. Tout au contraire, la Cour inclut dans son raisonnement la circonstance que les règlements subséquents, qui n'ont fait que confirmer les mesures antidumping précédemment adoptées, ont exclu tout remboursement des droits payés au titre du Règlement initial, à l'effet d'en conclure que le législateur communautaire n'a nullement entendu mettre en œuvre des obligations découlant des accords OMC en adoptant ce dernier. Une telle approche répond indirectement, en la rejetant, à la suggestion faite par l'avocat général Geelhoed, à l'occasion de l'affaire *Egenberger*, en faveur d'une approche « objective » du critère *Nakajima*. Selon la Cour, la marge de manœuvre politique qui doit être laissée aux institutions communautaires dans la mise en œuvre des accords OMC va jusqu'à leur permettre de bloquer l'effet *Nakajima*, postérieurement à l'adoption d'une législation par laquelle elles avaient pourtant incontestablement (et selon une jurisprudence constante) entendu donner exécution à une obligation particulière découlant de ces mêmes accords.

(132) Voy. en particulier, CJCE, aff. C-76/00 P, *Petrotub et Republica c. Conseil et Commission*, 9 janvier 2003, *Rec.*, p. I-79, point 56.

49. — Il est permis de s'interroger sur l'adéquation d'une telle solution au raisonnement qui sous-tend traditionnellement l'exception *Nakajima* et au nécessaire équilibre qu'il vise à établir avec l'obligation pour la CE d'exécuter de bonne foi ses obligations résultant des accords OMC (art. 300, §7 CE). Dès lors que le législateur communautaire a choisi de mettre en œuvre de telles obligations, il a lui-même décidé de limiter sa marge de négociation. Dans de telles circonstances, l'action des institutions doit pouvoir être contrôlée à l'aune des dispositions pertinentes des accords OMC. Certes, il semblerait pouvoir être admis que des actes postérieurs qui sont clairement adoptés en contrariété avec ces mêmes dispositions — singulièrement, pour contrecarrer une décision de l'ORD — puissent échapper à l'exception *Nakajima*. Même dans ce cas, pourtant, une telle volonté manifeste de *ne pas donner exécution* à une obligation particulière assumée dans le cadre de l'OMC ne devrait pouvoir revêtir un effet paralysant sur l'invocabilité qu'à l'égard du/des seul(s) acte(s) au travers duquel/desquels elle se manifeste, mais pas d'un acte qui lui/leur est antérieur et qui laissait présager le contraire. La solution opposée retenue par la Cour dans l'affaire *Ikea Wholesale* génère du reste une forte insécurité juridique dès lors qu'elle implique qu'un seul et même acte communautaire puisse voir sa validité contestée au regard de dispositions des accords OMC durant une certaine période, sur la base de l'exception *Nakajima*, et plus par la suite, en raison de l'intention manifestée par le législateur communautaire de ne pas autoriser une telle invocabilité.

d. — *L'interprétation conforme
du droit communautaire aux accords OMC*

50. — La Cour a confirmé dans plusieurs arrêts sa jurisprudence déjà ancienne sur une autre nuance à l'absence d'invocabilité directe des accords OMC, à savoir l'obligation d'interpréter le droit communautaire, dans toute la mesure du possible, d'une manière conforme à ces accords (133). Cette exigence, qui renvoie à l'invocabilité «indirecte», est rappelée dans l'arrêt *Letového*, au sujet de l'accord général sur le commerce des services (GATS) (134) et dans l'arrêt *Promusicae*, s'agissant des articles 41, 42 et 47 de l'accord ADPIC (135).

(133) Voy. not., à l'égard d'un arrangement conclu dans le cadre du GATT, CJCE, aff. C-61/94, *Commission c. Allemagne*, 10 sept. 1996, *Rec.*, p. I-3989, point 52.

(134) CJCE, aff. C-335/05, *Letového*, 7 juin 2007, *Rec.*, p. I-4307, points 16 et 19.

(135) CJCE, aff. C-275/06, *Promusicae*, 29 janvier 2008, *Rec.*, p. I-271, point 60.

51. — L'arrêt *Microsoft* du TPICE souligne toutefois que le principe d'interprétation conforme ne s'applique que dans l'hypothèse où un accord international jouit d'une primauté sur la norme de droit communautaire qui doit être interprétée (136). Il s'ensuit que les juridictions communautaires ne sont pas tenues d'interpréter l'article 82 CE de manière «conforme» à un accord international qui lie la CE, tel par exemple l'accord ADPIC. Il est néanmoins intéressant de constater que le TPICE prend soin de préciser que, dans le cas d'espèce, la Commission «*ne devait pas, à proprement parler, faire un choix entre plusieurs interprétations possibles d'un texte de droit communautaire*». L'affaire *Microsoft* concerne en effet une situation dans laquelle la Commission était appelée à appliquer l'article 82 CE à des circonstances factuelles et juridiques données et dans laquelle il devait être présumé que, «*sauf preuve du contraire, les conclusions auxquelles elle a(vait) abouti à cet égard (étaient) les seules qu'elle pouvait valablement adopter*».

Ces précisions font écho à l'obligation qui pèse sur les institutions de la Communauté d'inscrire leur action dans le respect des accords internationaux qui lient cette dernière (137). Elles paraissent indiquer que, *a contrario*, si plusieurs interprétations de l'article 82 CE avaient été possibles — ce qu'il appartenait au demandeur de démontrer —, la Commission aurait été tenue de choisir celle qui réconciliait au mieux cette disposition et les règles pertinentes de l'accord ADPIC. Une telle contrainte ne met pas tant en jeu une question d'interprétation conforme qu'un examen classique de légalité. Cette parenthèse souligne la pertinence du constat tiré par l'avocat général Poiras Maduro dans ses conclusions précédant l'arrêt *FIAMM*, à savoir qu'il ne faut pas comprendre la jurisprudence relative à l'absence d'invocabilité des accords OMC «*comme niant la qualité de source du droit communautaire (de ces derniers) mais comme affectant leur portée contentieuse*» (138). C'est, en effet, à tort que cette jurisprudence a pu être interprétée en ce sens qu'elle exclurait les accords OMC du «*bloc de légalité communautaire*». Une différence doit donc être faite entre, d'une part, l'existence d'une obligation pour les institutions communautaires de réconcilier, dans la mesure du possible, l'interprétation du traité CE avec les accords OMC, et, d'autre part, la *sanction* qui

(136) TPICE, aff. T-201/04, *Microsoft c. Commission*, 17 sept. 2007, *Rec.*, p. II-3601, point 798.

(137) CJCE, aff. C-286/90, *Poulsen et Diva Navigation*, 24 nov. 1992, *Rec.*, p. I-6019, point 9.

(138) Conclusions précitées (*supra*, point 42), point 37.

s'attache à un éventuel outre-passement de cette obligation au sein de l'ordre juridique communautaire.

52. — La question de l'interprétation conforme est également réapparue à l'occasion de l'arrêt prononcé par le TPICE le 24 septembre 2008 dans l'affaire *Reliance Industries c. Conseil* (139). Cette affaire soulevait principalement la question de savoir dans quelle mesure une procédure de réexamen en vue du maintien éventuel, par la Commission, de mesures antidumping et antisubventions peut être entamée le dernier jour du délai maximum de cinq ans durant lequel de telles mesures sont susceptibles d'être en vigueur. Les règlements de base, tant en ce qui concerne les droits antidumping que les mesures compensatoires, ne reprennent pas expressément la formule employée dans l'accord antidumping et l'accord antisubventions, annexés à l'accord instituant l'OMC, et prévoyant qu'un tel réexamen doit nécessairement être entrepris «*avant*» la date d'expiration. *Reliance Industries* était d'avis que cet adverbe, inscrit dans une disposition invocable en justice eu égard à la jurisprudence *Nakajima*, fixait la date ultime pour l'entame d'une telle procédure de réexamen à la veille du dernier jour où des mesures antidumping ou antisubventions sont en vigueur, et non pas à ce dernier jour lui-même. Le TPICE écarte toutefois une telle lecture, en se fondant principalement sur la logique interne des règlements antidumping et antisubventions, elle-même conforme à la terminologie des accords antidumping et antisubventions.

L'arrêt du TPICE est pourtant de nature à créer une certaine confusion quant aux rapports qu'entretiennent la circonstance qu'un acte communautaire entend donner exécution à une obligation particulière découlant des accords OMC (hypothèse «*Nakajima*») et le devoir d'interprétation conforme. L'arrêt *Reliance Industries* semble en effet présenter la première comme une condition de l'invocabilité indirecte (140). Pourtant, l'obligation d'interpréter des mesures communautaires, dans toute la mesure du possible, d'une manière conforme aux obligations qui découlent pour la Communauté des accords internationaux qu'elle conclut, existe indépendamment de la question de savoir si l'adoption de ces mesures procède spécifiquement de l'intention des institutions communautaires d'assumer les obligations qu'emportent ces accords. C'est ce que confirme l'arrêt *Bettati*,

(139) TPICE, aff. T-45/06, *Reliance Industries c. Conseil*, 24 sept. 2008, n.e.p., spéc. points 87 à 91.

(140) *Idem*, points 90 et 91.

lorsqu'il précise qu'une telle obligation existe «*en particulier*» (mais non pas uniquement) dans de telles circonstances (141).

e. — *L'interprétation autonome, par la Cour de justice, des règles communautaires interprétées par l'organe de règlement des différends de l'OMC*

53. — L'autre apport majeur de l'arrêt *Ikea Wholesale*, précité (142), est la confirmation que l'autonomie de l'ordre juridique communautaire et la compétence exclusive conférée à la Cour de justice par l'article 220 CE pour l'interprétation et l'application du droit communautaire font obstacle à ce que cette dernière soit liée par une décision de l'ORD interprétant certaines règles des accords OMC lorsqu'elle est appelée à donner sa propre interprétation des dispositions communautaires correspondantes. La Cour n'est pas aussi explicite sur ce point que ne l'avait été l'argumentation développée en ce sens par l'avocat général Philippe Léger (143). L'arrêt, même s'il conclut à l'invalidité des mesures concernées en cause, ne saurait toutefois se comprendre autrement. D'une part, la Cour n'y fait à aucun moment référence à l'analyse proposée par l'ORD pour évaluer les méthodes de calcul mises en œuvre par la CE dans la fixation des droits antidumping litigieux. D'autre part et surtout, elle estime, contrairement à l'ORD, que la CE n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation lors du calcul de la valeur normale «construite» du produit concerné et dans l'évaluation de l'existence et de l'importance d'un préjudice pour l'industrie communautaire. Ce souci de la Cour tenant à la préservation de ses compétences juridictionnelles, qui manifeste plus généralement son attachement à l'autonomie de l'ordre juridique communautaire, apparaît plus explicitement encore de l'arrêt *Usine Mox*, étudié dans le premier chapitre de cette chronique.

Section 2. — LA CONVENTION DES NATIONS UNIES
SUR LE DROIT DE LA MER (MONTEGO BAY)

54. — Dans l'affaire *Intertanko*, la Cour a dû s'exprimer sur l'invoicabilité devant les juridictions communautaires de la Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires

(141) CJCE, aff. C-341/95, *Bettati*, 14 juillet 1998, *Rec.*, p. I-4355, point 20.

(142) Voy. CJCE, aff. C-351/04, *op. cit.*, note 130.

(143) Points 77 à 98. L'avocat général faisait en particulier référence aux principes posés en la matière par l'avis 1/91 (CJCE, avis 1/91, *op. cit.*, note 71).

(Convention Marpol) et de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Convention de Montego Bay) (144). Tandis que la Communauté n'est pas partie contractante à la Convention Marpol, dont les effets pour l'ordre juridique communautaire ont été examinés plus haut (145), la Convention de Montego Bay a été signée et approuvée par une décision communautaire, de telle sorte que la Communauté y est liée.

Selon une jurisprudence constante de la Cour, il ressort de l'article 300, §7 CE que les accords conclus par la Communauté priment sur les actes de droit communautaire dérivé (146). Il s'ensuit que la validité des actes des institutions communautaires peut être affectée du fait de la méconnaissance d'un accord international. Cependant, ce contrôle est subordonné à la condition que ni la nature ni l'économie de cet accord ne s'opposent à une telle vérification. S'agissant de la Convention de Montego Bay, la Cour estime que cette condition n'est pas remplie. L'objectif principal de cette convention est de codifier, de préciser et de développer des règles de droit international général relatives à la coopération pacifique de la communauté internationale lors de l'exploration, de l'utilisation et de l'exploitation des espaces maritimes. Dans cette optique, la Convention de Montego Bay établit un ordre juridique pour les mers et les océans en réglant les droits souverains respectifs des Etats côtiers et des Etats du pavillon. En revanche, les particuliers ne bénéficient pas, en principe, de droits et de libertés autonomes en vertu de cet accord.

Le fait que certaines dispositions de la Convention de Montego Bay paraissent attacher des droits aux navires n'implique pas que ces droits soient par ailleurs conférés aux particuliers liés à ces navires, tels que leurs propriétaires. Le statut juridique international du navire dépend en effet de l'Etat du pavillon et non de l'appartenance du navire à certaines personnes physiques ou morales. Par conséquent, cette convention ne met pas en place des règles destinées à s'appliquer directement et immédiatement aux particuliers. Ces derniers ne peuvent dès lors s'en prévaloir en justice.

55. — Le raisonnement de la Cour est particulièrement intéressant au regard de la jurisprudence relative à l'absence d'invocabilité des accords OMC (147). Au cours des débats, le Conseil avait souligné

(144) CJCE, aff. C-308/06, *op. cit.*, note 83.

(145) Voy. *infra*, chap. II, section 2.

(146) Voy. CJCE, aff. C-61/94, *op. cit.*, note 133, point 52; CJCE, aff. C-344/04, *op. cit.*, note 80, point 35.

(147) Voy. *supra*, chap. III, section 1.

que la Convention de Montego Bay touche essentiellement à des problèmes d'envergure mondiale, qui ne peuvent en principe être réglés que sur une base de réciprocité. Cette caractéristique impliquerait une certaine flexibilité en faveur des parties contractantes, peu compatible selon lui avec une invocabilité devant les juridictions nationales et communautaires. Visiblement, cette argumentation visait à transposer au droit de la mer la jurisprudence relative à la nature particulière du GATT et des accords OMC. Il est remarquable que l'arrêt *Intertanko* n'approfondisse pas ce parallélisme. En revanche, l'appréciation par la Cour de la nature et de l'économie de la Convention de Montego Bay se concentre sur l'attribution de droits aux particuliers. C'est ainsi que la Cour se fonde uniquement sur la circonstance que cette convention se borne à régler les rapports entre les parties contractantes pour conclure que ses dispositions ne peuvent pas être invoquées par des particuliers. *A contrario*, ce raisonnement ne paraît pas forcément exclure l'invocabilité de la Convention de Montego Bay par les Etats membres. Certes, la Cour exclut l'invocabilité des accords OMC même dans le cadre de procédures initiées par un Etat membre (148). Il n'est toutefois pas évident que cette approche serait transposée à la Convention de Montego Bay. En effet, la Convention sur le droit de la mer fait partie intégrante de l'ordre juridique communautaire. En outre, la Cour ne s'est prononcée, dans l'arrêt *Intertanko*, que sur un aspect de la nature et de l'économie de cette convention, à savoir sa propension à conférer des droits aux particuliers. Elle ne s'est par contre pas exprimée sur le rapport entre les obligations internationales des Etats membres, qui découlent notamment de l'article 300, §7 CE, et le droit communautaire. La question de savoir si l'absence d'invocabilité de la Convention de Montego Bay par un particulier exclut également cette invocabilité par un Etat membre reste dès lors ouverte et dépend d'une appréciation plus profonde de la nature et l'économie de cette convention.

Section 3. — L'ACCORD D'ASSOCIATION AVEC LA TURQUIE

56. — L'accord d'association conclu avec la Turquie en 1963 et, surtout, son protocole additionnel de 1970 et les décisions du conseil d'association institué par cet accord ont donné lieu à une série de renvois préjudiciels concernant l'effet direct et la portée des dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs (a) et à la liberté d'éta-

(148) Voy. CJCE, aff. C-280/93, *Allemagne c. Conseil*, 5 oct. 1994, *Rec.*, p. I-4973; aff. C-149/96, *Portugal c. Conseil*, 23 nov. 1999, *Rec.*, p. I-8395.

blissement (b). En outre, les juridictions communautaires ont clarifié les règles d'origine en matière d'union douanière entre la Communauté et la Turquie (c). Les lignes qui suivent se bornent à un aperçu des aspects les plus saillants d'une jurisprudence abondante.

a. — *La libre circulation des travailleurs*

57. — Ni l'accord d'association, ni son protocole additionnel et les décisions du conseil d'association n'établissent une libre circulation des travailleurs en bonne et due forme entre la CE et la Turquie. Ils n'en contiennent pas moins une série de dispositions cruciales quant au statut juridique des travailleurs turcs sur le territoire des Etats membres. L'article 37 du protocole additionnel, par exemple, contient une clause prohibant la discrimination des travailleurs de nationalité turque en ce qui concerne les conditions de travail et la rémunération. La CJCE confirme l'effet direct de cette disposition dans l'arrêt *Kahveci* (149). La clause de non-discrimination était invoquée par le footballeur Nihat Kahveci et son club Real Sociedad contre la fédération espagnole de football au sujet d'une réglementation sportive qui limite le nombre de joueurs d'Etats tiers pouvant être alignés dans des compétitions nationales. La Cour constate que l'accord d'association conclu avec la Turquie vise au développement des relations commerciales et économiques entre les parties contractantes, y compris par la réalisation progressive de la libre circulation des travailleurs. Un tel objectif implique que les dispositions de cet accord qui sont suffisamment précises et inconditionnelles, telles la clause de non-discrimination en question, puissent être invoquées directement devant un juge national. Cette interprétation est analogue à celle retenue par la Cour des clauses comparables contenues dans l'ancien «accord européen» avec la République slovaque (150) et l'accord de partenariat et de coopération avec la Russie (151).

58. — En marge du principe de non-discrimination, tiré directement du protocole additionnel, plusieurs arrêts ont été rendus au sujet du libre accès à l'emploi et du droit de séjour qui en est le corollaire, auxquels il est fait référence dans la décision 1/80 du conseil d'association, relative au développement de l'association. La Cour de justice reconnaît, de longue date, l'effet direct de cette décision (152). Son article

(149) CJCE, aff. C-152/08, *Real Sociedad de Futbol et Kahveci*, 25 juillet 2008, *Rec.*, p. I-6291.

(150) CJCE, aff. C-438/00, *Deutscher Handballbund*, 8 mai 2003, *Rec.*, p. I-4135.

(151) CJCE, aff. C-265/03, *Simutenkov*, 12 avril 2005, *Rec.*, p. I-2579.

(152) CJCE, aff. C-192/89, *Sevince*, 20 sept. 1990, *Rec.*, p. I-3461.

6, §1^{er} prévoit qu'un travailleur turc a droit au renouvellement de son permis de travail auprès du même employeur après un an d'emploi régulier dans un Etat membre (premier tiret). Après trois ans d'emploi régulier et sous réserve d'un éventuel traitement prioritaire des ressortissants des Etats membres, il a le droit de répondre à une autre offre d'emploi, faite par un employeur de son choix pour le même type d'activité professionnelle (deuxième tiret). Après quatre ans d'emploi régulier, enfin, il jouit du libre accès à toute activité salariée de son choix dans l'Etat membre où il a travaillé (troisième tiret). L'article 6, §2 énonce certaines causes d'interruption légitime de l'activité salariée pour les besoins de la computation des différentes périodes d'emploi régulier. Une distinction est faite entre des périodes d'inactivité assez brèves (telles que les absences pour cause de congé annuel, de congé de maternité, d'accident de travail ou de maladie de courte durée), assimilées à des périodes d'emploi régulier, et des périodes d'inactivité d'une durée imprévisible (comme une maladie de longue durée ou le chômage involontaire), lesquelles ne peuvent pas être assimilées à des périodes d'emploi régulier mais ne portent pas atteinte aux droits acquis en vertu de la période d'emploi antérieure.

59. — Ce dispositif complexe forme la toile de fond de l'arrêt *Sedef* (153). L'affaire concerne un ressortissant turc qui, pendant une longue période, a été légalement employé sur différents navires battant pavillon allemand et qui sollicite la prorogation de son titre de séjour en Allemagne, en se prévalant de l'article 6, §1^{er}, troisième tiret de la décision 1/80. Les autorités de la Freie und Hansestadt Hamburg avaient toutefois rejeté cette demande, estimant que le bénéfice de cette disposition suppose une période ininterrompue de quatre ans d'emploi régulier et que les contrats de travail conclus successivement par Mr. Sedef ne lui permettaient pas de répondre à cette condition. Les interruptions entre ces divers contrats ne constitueraient au surplus ni des «*congés*» ni des «*périodes de chômage*» au sens du paragraphe 2 dudit article 6, compris comme une liste exhaustive des causes de discontinuité d'une relation de travail. Saisie sur renvoi préjudiciel, la Cour privilégie toutefois une lecture plus dynamique de cette disposition, qui en préserve l'effet utile : des interruptions de périodes d'emploi qui ne sont pas explicitement prévues par la décision du conseil d'association, pourvu qu'elles soient légitimes, ne sauraient faire obstacle au droit de séjour d'un travailleur turc dans l'Etat membre d'accueil.

(153) CJCE, aff. C-230/03, *Mehmet Sedef*, 10 janvier 2006, *Rec.*, p. I-157.

60. — Dans l'arrêt *Güzeli*, la Cour était confrontée au refus d'une prorogation du permis de séjour d'un travailleur turc qui avait changé d'employeur avant l'expiration de la période de trois ans visée à l'article 6, §1^{er}, deuxième tiret de la décision 1/80 (154). Cet arrêt illustre les liens subtils entre le champ d'application du droit interne et celui du droit communautaire. Il appartient en effet au juge national de vérifier si l'activité salariée du ressortissant turc auprès d'un second employeur est conforme aux prescriptions légales et réglementaires de l'Etat membre d'accueil en matière d'entrée sur le territoire et d'emploi. Si tel est bien le cas, il ne peut par contre refuser de lui accorder le droit de séjour. A cet égard, il importe de rappeler que la notion d'«emploi régulier» ressortit au droit communautaire et renvoie à «une situation stable et non précaire sur le marché de l'emploi d'un Etat membre» (155).

61. — L'affaire *Payir et autres* soulevait quant à elle la question de savoir si des ressortissants turcs autorisés à entrer sur le territoire d'un Etat membre en qualité de personne au pair ou d'étudiant peuvent être qualifiés de «travailleurs appartenant au marché régulier de l'emploi» de cet Etat membre au sens de l'article 6 de la décision 1/80, à l'effet d'obtenir un renouvellement de leur permis de travail et de bénéficier d'un droit de séjour (156). En d'autres termes, la Cour était appelée à s'exprimer sur la pertinence des motifs du déplacement vers un Etat membre pour l'appréciation du droit de séjour visé dans cette disposition. La Cour indique que le but poursuivi par les ressortissants turcs intéressés, lorsqu'ils ont été autorisés à entrer sur le territoire d'un Etat membre, ne porte pas préjudice aux droits qui leur sont conférés par l'article 6 de la décision 1/80. Par conséquent, le bénéfice de cette disposition n'est pas réservé aux ressortissants turcs qui sont entrés dans la Communauté en tant que travailleurs mais s'étend aussi à ceux qui ont acquis cette qualité après leur entrée dans celle-ci, pourvu que leur emploi soit régulier. Il n'en va autrement que dans le cas où ces ressortissants exercent des activités purement marginales et accessoires. Il importe peu également que le droit de séjour initial ait été accordé pour une période limitée. Par exemple, un ressortissant turc qui a été autorisé à entrer sur le territoire d'un Etat membre afin d'y suivre un cycle d'études et dont les permis de séjour ont tout d'abord été assortis d'une interdiction d'exercer une activité rémunérée, est libre de se prévaloir de l'article 6, §1^{er}, de la décision 1/80, lorsqu'il a ensuite légalement obtenu

(154) CJCE, aff. C-4/05, *Hasan Güzeli*, 26 oct. 2006, *Rec.*, p. I-10279.

(155) *Ibid.*, point 38. Voy. aussi CJCE, aff. C-192/89, *op. cit.*, note 152 et CJCE, aff. C-98/96, *Ertanir*, 30 sept. 1997, *Rec.*, p. I-5179, point 59.

(156) CJCE, aff. C-294/06, *Ezgi Payir, Burkan Akyuz et Birol Ozturk*, 24 janvier 2008, *Rec.*, p. I-203.

un travail salarié pendant au moins un an auprès d'un même employeur. Il n'en irait autrement que si ce ressortissant turc avait frauduleusement obtenu un droit d'entrée dans l'Etat membre en question, en dissimulant les motifs réels de son séjour.

62. — La Cour a, de plus, été saisie plusieurs fois de la question du statut juridique des enfants turcs qui sont nés ou, du moins, ont été élevés dans un Etat membre. Le droit de séjour des membres de la famille d'un travailleur turc dans l'Etat membre d'accueil ne dépend pas des circonstances dans lesquelles ce travailleur y a obtenu le droit d'entrée et de séjour. La Cour confirme ainsi, dans l'arrêt *Altun*, que les membres de la famille d'un travailleur turc qui est entré dans un Etat membre en tant que réfugié politique bénéficient en principe d'un droit de séjour et, après une période de cohabitation de trois ans au moins, du droit de répondre à une offre d'emploi au sens de l'article 7, premier alinéa, de la décision 1/80 (157). En revanche, et par application des mêmes principes que ceux dégagés dans l'arrêt *Payir et autres* (158), l'obtention par un travailleur turc du statut de réfugié politique sur la base de déclarations inexactes est susceptible d'affecter la position juridique des membres de sa famille. De telles répercussions doivent néanmoins être appréciées au regard de la date à laquelle les autorités nationales concernées ont adopté une décision de retrait de l'autorisation de séjour dudit travailleur. Si, à cette date, les membres de la famille avaient acquis un droit autonome d'accès au marché du travail et, corrélativement, un droit de séjour dans l'Etat membre d'accueil, des considérations de sécurité juridique exigent que ces droits ne puissent plus être remis en cause, nonobstant les irrégularités qui affectent le droit de séjour du travailleur turc concerné.

63. — Dans une série d'arrêts comparables, la Cour a dû s'exprimer sur l'incidence de condamnations pénales sur le droit de séjour des membres de la famille d'un travailleur turc. L'affaire *Torun*, par exemple, concernait un enfant majeur d'un travailleur turc. Malgré qu'il avait suivi une formation professionnelle en Allemagne et y vivait depuis sa naissance, les autorités allemandes avaient ordonné son expulsion, en se fondant sur sa condamnation à une peine d'emprisonnement d'une durée totale de trois ans et trois mois pour vol à main armée et acquisition illégale de stupéfiants (159). La Cour indique toutefois que le droit de séjour d'un enfant d'un travailleur turc, corollaire du droit de répondre à toute offre d'emploi (article 7,

(157) CJCE, aff. C-337/07, *Ibrahim Altun*, 18 déc. 2008, n.e.p.

(158) CJCE, aff. C-294/06, *op. cit.*, note 156.

(159) CJCE, aff. C-502/04, *Ergün Torun*, 16 février 2006, *Rec.*, p. I-1563.

second alinéa de la décision 1/80), ne peut être limité que pour deux types de motifs, à savoir soit des raisons d'ordre public, de sécurité et de santé publiques, soit la circonstance que l'intéressé a quitté le territoire de l'Etat membre d'accueil pendant une période significative et sans motif légitime. Par conséquent, et sous réserve de l'une de ces deux exceptions, un ressortissant turc ne perd ce droit de séjour ni du fait d'une absence prolongée du marché de l'emploi due à une incarcération, même pendant plusieurs années et sans le bénéfice du sursis, ni en raison de la circonstance que, à la date de la décision de l'expulsion, il est majeur, ne réside plus avec le travailleur turc dont il tire son droit de séjour et n'est plus à la charge de celui-ci (160).

64. — Dans l'affaire *Derin*, la juridiction allemande de renvoi remettait en cause la compatibilité de cette interprétation avec le principe selon lequel la République de Turquie ne peut bénéficier d'un traitement plus favorable que celui applicable entre les Etats membres, inscrit à l'article 59 du protocole additionnel à l'accord d'association conclu avec la Turquie (161). Le droit communautaire dérivé limite en effet aux descendants directs qui sont âgés de moins de vingt-et-un ans ou qui sont à charge le droit de s'installer avec un travailleur migrant, ressortissant d'un Etat membre (162). La Cour estime néanmoins que la situation de l'enfant d'un travailleur turc n'est pas comparable à celle d'un descendant d'un ressortissant d'un Etat membre, eu égard aux différences importantes existant entre leurs situations juridiques respectives. Tandis que les enfants âgés de moins de vingt-et-un ans ou à la charge d'un travailleur ressortissant d'un Etat membre employé sur le territoire d'un autre Etat membre bénéficient d'un droit inconditionnel de s'installer avec ce travailleur migrant communautaire et d'accéder à toute activité salariée dans l'Etat membre d'accueil, les droits des enfants d'un travailleur turc sont par contre, ainsi qu'il a été dit, soumis au respect de diverses conditions (163).

(160) Voy., dans le même sens, CJCE, aff. C-349/06, *Murat Polat*, 4 oct. 2007, p. I-8167.

(161) CJCE, aff. C-325/05, *Ismael Derin*, 18 juillet 2007, *Rec.*, p. I-6495.

(162) Voy. les articles 10, §1^{er}, et 11 de l'ancien Règlement 1612/68 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté (JO L n° 257/2, 19 octobre 1968) ainsi que la Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative aux droits des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres (JO L n° 158/77, 30 avril 2004).

(163) Dans l'arrêt *Altun*, précité, la Cour subordonne le droit d'un enfant d'un travailleur turc de répondre à toute offre d'emploi dans l'Etat membre d'accueil à deux conditions cumulatives : ce travailleur doit appartenir au marché régulier de l'emploi de cet Etat et l'enfant doit résider auprès de celui-ci, de manière ininterrompue, pendant une période d'au moins trois ans.

b. — *La liberté d'établissement — clause de standstill*

65. — Le conseil d'association n'a, pour l'heure, pas encore adopté les mesures nécessaires en vue de supprimer les restrictions existantes à liberté d'établissement, ainsi qu'il est pourtant prévu à l'article 13 de l'accord d'association. L'article 41, §1^{er}, du protocole additionnel à l'accord d'association conclu avec la Turquie inclut toutefois une clause de *standstill* qui fait obstacle à l'adoption par un Etat membre de toute mesure nouvelle qui aurait pour objet ou pour effet de soumettre l'établissement et, corrélativement, le séjour d'un ressortissant turc sur son territoire à des conditions plus restrictives que celles qui étaient applicables lors de l'entrée en vigueur du protocole additionnel à l'égard de l'Etat membre concerné. La Cour clarifie la portée de cette clause dans l'affaire *Tum et Dari* (164). Après s'être vus refuser une demande d'asile au Royaume-Uni, ces deux ressortissants turcs y avaient sollicité un visa d'entrée aux fins de s'y livrer à une activité professionnelle indépendante. Le secrétariat d'Etat compétent avait néanmoins refusé cette demande. Cette décision faisait application de la législation britannique en matière d'immigration, adoptée en 1994. Or, cette législation était plus restrictive en matière d'accès au territoire et de séjour que celle qui était applicable au 1^{er} janvier 1973, date de l'entrée en vigueur du protocole additionnel à l'égard du Royaume-Uni. L'affaire fut portée devant les juridictions britanniques et la Cour de justice, saisie d'un renvoi préjudiciel en interprétation. Selon le gouvernement du Royaume-Uni, la garantie offerte par la clause de *standstill* ne serait pas applicable aux ressortissants turcs qui, comme en l'espèce, n'ont jamais été formellement admis sur son territoire. Se posait ainsi, principalement, la question de savoir si la clause de *standstill* s'applique dans le cas d'une première admission d'un ressortissant turc sur le territoire de l'Etat membre d'accueil.

Conformément à sa jurisprudence antérieure, la Cour estime que l'article 41, paragraphe 1^{er}, du protocole additionnel n'implique pas un droit d'entrée sur le territoire d'un Etat membre (165). En l'état actuel du droit communautaire, un tel droit positif est en principe exclusivement régi par la législation nationale dudit Etat. Le fait que la clause de *standstill* prescrive, *ratione temporis*, quelles sont les dispositions de la réglementation d'un Etat membre au regard desquelles il y a lieu d'apprécier la situation d'un ressortissant turc souhaitant

(164) CJCE, aff. C-16/05, *Veli Tum et Mehmet Dari*, 20 sept. 2007, *Rec.*, p. I-7415.

(165) CJCE, aff. C-37/98, *Savas*, 11 mai 2000, *Rec.*, p. I-2927, points 64 et 71; aff. C-317/01 et C-369/01, *Abatay et. al.*, 21 oct. 2003, *Rec.*, p. I-12301, points 66 et 117.

s'installer sur le territoire de cet Etat pour y exercer une activité professionnelle indépendante, ne porte toutefois pas atteinte à la substance même de la compétence souveraine de cet Etat en matière d'immigration. Ainsi, la clause de *standstill* est considérée comme une «*règle de nature quasi procédurale*» et non pas comme une règle de fond. Il s'ensuit que le rejet des demandes d'asile n'empêche pas l'application de la clause de *standstill* en l'espèce, sauf en cas de fraude ou d'abus.

c. — *L'union douanière — règles d'origine*

66. — La détermination de l'origine des marchandises dans le cadre, notamment, de l'Union douanière établie par l'accord d'association conclu avec la Turquie, est fondée sur une répartition des compétences entre les autorités de l'Etat d'exportation et celles de l'Etat d'importation, en ce sens que l'origine est fixée par les autorités de l'Etat d'exportation et que le contrôle du fonctionnement de ce régime est assuré par la coopération entre les administrations intéressées. Ainsi que le TPICE le souligne dans l'arrêt *CAS SpA c. Commission*, ce système se justifie par le fait que les autorités de l'Etat d'exportation sont les mieux placées pour vérifier directement les faits qui conditionnent l'origine (166). Dans l'affaire *Asda Stores*, où étaient opposées une entreprise turque et les autorités douanières du Royaume-Uni au sujet de droits antidumping et de taxes sur la valeur ajoutée à l'importation d'appareils de télévision montés en Turquie et importés au Royaume-Uni, la Cour indique par ailleurs que le critère de la valeur ajoutée est justifié pour déterminer l'origine d'un produit assemblé, sans qu'il faille distinguer selon l'origine des pièces (167). En l'espèce, la circonstance que des pièces détachées originaires de Chine et de Corée, pays visés par les mesures antidumping prévues dans un règlement communautaire, avaient été assemblées en Turquie pour produire des appareils de télévision destinés à l'exportation au Royaume-Uni, avait donné lieu au paiement de droits antidumping et de taxes sur la valeur ajoutée par une entreprise turque. Selon la Cour, cette entreprise ne peut pas invoquer directement la violation de l'article 44, paragraphe 1 de la décision 1/95 du conseil d'association, relative à la mise en place de la phase définitive de l'union douanière, afin de contester l'application de mesures de défense commerciale, dès lors qu'une telle possibilité nécessiterait d'autres mesures d'application. En revanche, les dispositions de l'article 47 de cette même décision 1/95 sont dotées

(166) TPI, aff. T-23/03, *CAS SpA c. Commission*, 6 février 2007, *Rec.*, p. II-289.

(167) CJCE, aff. C-372/06, *Asda Stores*, 13 déc. 2007, *Rec.*, p. I-11223.

d'effet direct, en tant qu'elles obligent les autorités d'importation de demander à l'importateur d'indiquer, sur la déclaration en douane, l'origine des produits concernés.

Section 4. — L'ACCORD EURO-MÉDITERRANÉEN
D'ASSOCIATION AVEC LE MAROC

67. — Dans deux arrêts comparables, la Cour de justice s'est exprimée sur le principe de non-discrimination en matière de sécurité sociale, prévu à l'article 65 de l'accord euro-méditerranéen d'association conclu avec le Maroc. L'arrêt *Echouikh* concerne les conditions que doit remplir un ressortissant marocain qui a servi dans l'armée française et réside en France pour bénéficier d'une pension militaire d'invalidité (168). L'arrêt *El Youssfi* a quant à lui pour toile de fond le refus par l'administration belge d'accorder le revenu garanti aux personnes âgées à une ressortissante marocaine qui a atteint l'âge de soixante-cinq ans et réside légalement en Belgique, au titre du regroupement familial (169).

La Cour confirme tout d'abord, dans ces arrêts, l'effet direct de la clause de non-discrimination des travailleurs migrants en matière de sécurité sociale (article 65, §1^{er}, al. 1^{er} de l'accord d'association). Elle clarifie ensuite le champ d'application matériel et personnel de cette disposition. Les travailleurs migrants marocains et les membres de leur famille résidant avec eux doivent être traités comme s'ils étaient des ressortissants des Etats membres concernés. L'accord d'association s'oppose par conséquent à ce que Mr. Echouikh et Mme. El Youssfi se voient refuser, sur le seul fondement de leur nationalité, les prestations dont ils avaient sollicité le bénéfice. Du reste, la notion de «sécurité sociale» qui figure à l'article 65, §1^{er}, al. 1^{er} de l'accord d'association doit être comprise de la même manière que la notion identique à laquelle fait référence le Règlement 1408/71 CEE. Il ne fait dès lors aucun doute que des prestations telles qu'une pension militaire d'invalidité ou une garantie légale de revenus aux personnes âgées relèvent du domaine de la sécurité sociale. Quant au champ d'application *ratione personae*, la Cour défend une acception large de la notion de «travailleur de nationalité marocaine». Cette catégorie n'inclut pas uniquement les travailleurs actifs mais aussi ceux qui ont quitté le marché du travail après avoir atteint l'âge requis pour bénéficier d'une pension de vieillesse ou après avoir subi l'un des risques donnant droit à des allocations au titre d'autres branches de la sécu-

(168) CJCE, aff. C-336/05, *A. Echouikh*, 13 juin 2006, *Rec.*, p. I-5223.

(169) CJCE, aff. C-276/06, *M. El Youssfi*, 17 avril 2007, *Rec.*, p. I-2851.

rité sociale. De plus, les membres de la famille, y compris le conjoint et les descendants du travailleur migrant mais également les personnes qui présentent un lien de parenté étroite avec lui, tels notamment ses ascendants, bénéficient eux aussi de la clause de non-discrimination dès lors qu'ils résident avec le travailleur migrant dans l'Etat membre où il est ou a été occupé.

Section 5. — L'ACCORD EURO-MEDITERRANEEN
D'ASSOCIATION AVEC LA TUNISIE

68. — L'arrêt *Gattoussi* du 14 décembre 2006, prononcé au sujet de l'accord euro-méditerranéen d'association avec la Tunisie, met pour sa part en lumière le lien étroit entre le droit de séjour des ressortissants tunisiens dans les Etats membres et l'exercice d'activités professionnelles sur le territoire de ces derniers (170). Mr. Gattoussi jouissait d'un titre de séjour en Allemagne, au titre du regroupement familial avec son épouse, une ressortissante allemande. L'office de l'emploi de Darmstadt lui avait en outre octroyé un permis de travail, suite à quoi Mr. Gattoussi avait signé un contrat de travail temporaire. Alors que ce contrat n'était pas encore venu à échéance, les autorités allemandes limitèrent toutefois la durée de validité de l'autorisation de séjour de Mr. Gattoussi, en se fondant sur la considération qu'il ne vivait plus avec son épouse.

Bien que l'accord euro-méditerranéen d'association conclu avec la Tunisie ne vise pas à réglementer le droit de séjour des ressortissants tunisiens dans les Etats membres, son article 64, §1^{er}, qui fonde le principe de non-discrimination en ce qui concerne les conditions de travail, de rémunération et de licenciement, doit être interprété en ce sens qu'il est susceptible d'emporter des effets sur ce droit de séjour dès lors que le ressortissant tunisien en question a été autorisé à exercer des activités professionnelles pour une période excédant la durée de son autorisation de séjour. Selon la Cour, il ne saurait être admis que les Etats membres limitent l'effet utile du principe de non-discrimination inscrit à l'article 64, §1^{er} de l'accord d'association par des dispositions du droit interne. Plus particulièrement, si l'Etat d'accueil a initialement accordé au travailleur migrant des droits précis sur le plan de l'exercice d'un emploi qui sont plus étendus que ceux qu'il a conférés sur le plan du séjour, il ne saurait remettre en cause ce dernier pour des motifs qui ne relèvent pas de la protection d'un intérêt légitime de l'Etat, tels que des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique.

(170) CJCE, aff. C-97/05, *M. Gattoussi*, 14 déc. 2006, *Rec.*, p. I-11917.

Table des arrêts et avis examinés (171)

COUR DE JUSTICE

- Avis 1/03, *Nouvelle convention de Lugano concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, 7 février 2006, *Rec.*, p. I-1145 : 10 à 12, 14
- C-94/03, *Commission c. Conseil*, 10 janvier 2006, *Rec.*, p. I-1 : 22, 59n
- C-178/03, *Commission c. Parlement et Conseil* («*Convention de Rotterdam*»), 10 janvier 2006, *Rec.*, p. I-107 : 19n, 23n, 22 à 23
- C-230/03, *Mehmet Sedef*, 10 janvier 2006, *Rec.*, p. I-157 : 58 et 59
- C-239/03, *Commission c. France* («*Etang de Berre*»), 7 octobre 2004, *Rec.*, p. I-9325 : 39 et 40, 105n
- C-459/03, *Commission c. Irlande* («*Usine Mox*»), 30 mai 2006, *Rec.*, p. I-4635 : 42n, 24 et 25, 39, 105n, 40, 53
- C-273/04, *Pologne c. Conseil*, 23 oct. 2007, *Rec.*, p. I-8925 : 27, 29
- C-313/04, *Franz Egenberger GmbH*, 11 juillet 2006, *Rec.*, p. I-6331 : 47
- C-317 et C-318/04, *Parlement c. Conseil et Commission* («*Accord PNR*»), 30 mai 2006, *Rec.*, p. I-4721 : 5 à 7
- C-344/04, *IATA et ELFRA*, 10 janvier 2006, *Rec.*, p. I-403 : 80n
- C-351/04, *Ikea Wholesale*, 27 sept. 2007, *Rec.*, p. I-7723 : 47 à 49, 53
- C-413/04, *Parlement c. Conseil*, 28 nov. 2006, *Rec.*, p. I-11221 : 28 et 29
- C-414/04, *Parlement c. Conseil*, 28 nov. 2006, *Rec.*, p. I-11279 : 28 et 29
- C-502/04, *Ergi n Torun*, 16 février 2006, *Rec.*, p. I-1563 : 63
- C-523/04, *Commission c. Pays-Bas*, 24 avril 2007, *Rec.*, p. I-3267 : 30n, 63 et 64
- C-4/05, *Hasan Guzeli*, 26 oct. 2006, *Rec.*, p. I-10279 : 60
- C-16/05, *Velt Tum et Mehmet Dari*, 20 sept. 2007, *Rec.*, p. I-7415 : 65
- C-91/05, *Commission c. Conseil*, 20 mai 2008, *Rec.*, p. I-3651 : 8 et 9, 18
- C-97/05, *M. Gattoussi*, 14 déc. 2006, *Rec.*, p. I-11917 : 68
- C-325/05, *Ismael Derin*, 18 juillet 2007, *Rec.*, p. I-6495 : 64
- C-335/05, *Letového*, 7 juin 2007, *Rec.*, p. I-4307 : 50
- C-336/05, *Echouikh*, 13 juin 2006, *Rec.*, p. I-5223 : 67
- C-402/05 P et C-415/05 P, *Kadi et Al Barakaat c. Conseil et Commission*, 3 sept. 2008, *Rec.*, p. I-6351 : 9, 21n, 15 et 16, 31 et 32, 43
- C-403/05, *Parlement c. Commission*, 23 oct. 2007, *Rec.*, p. I-09045 : 18 et 19
- C-431/05, *Merck Genéricos Produtos Farmacêuticos*, 11 sept. 2007, *Rec.*, p. I-7001 : 25, 73n, 36, 39 et 40, 47
- C-440/05, *Commission c. Conseil*, 23 oct. 2007, *Rec.*, p. I-9097 : 4
- C-120 et 121/06 P, *FIAMM et FIAMM Technologies et Fedon & Figli c. Conseil et Commission*, 9 sept. 2008, *Rec.*, p. I-6513 : 42 à 44, 47
- C-161/06, *Skoma-Lux*, 11 déc. 2007, *Rec.*, p. I-10841 : 26
- C-238/06 P, *Develey c. OHMI*, 25 oct. 2007, *Rec.*, p. I-9375 : 36, 45
- C-275/06, *Promusicae*, 29 janvier 2008, *Rec.*, p. I-271 : 50
- C-276/06, *M. El Youssfi*, 17 avril 2007, *Rec.*, p. I-2851 : 67
- C-294/06, *Ezgi Payir, Burkan Akyuz et Birol Ozturk*, 24 janvier 2008, *Rec.*, p. I-203 : 61 et 62

(171) L'index renvoie aux numéros de paragraphe. Les chiffres précédés d'un «n» renvoient à une note de bas de page.

- C-308/06, *Intertanko e.a.*, 3 juin 2008, *Rec.*, p. I-4057 : 34, 54 et 55
- C-349/06, *Murat Polat*, 4 oct. 2007, p. I-8167 : 63
- C-372/06, *Asda Stores*, 13 déc. 2007, *Rec.*, p. I-11223 : 66
- C-47/07 P, *Masdar c. Commission*, 16 déc. 2008, n.e.p. : 44
- C-155/07, *Parlement européen c. Conseil*, 6 nov. 2008, n.e.p. : 9, 56n, 20
- C-188/07, *Commune de Mesquer*, 24 juin 2008, *Rec.*, p. I-4501 : 35
- C-337/07, *Ibrahim Altun*, 18 déc. 2008, n.e.p. : 62, 163n
- C-152/08, *Real Sociedad de Futbol et Kahveci*, 25 juillet 2008, *Rec.*, p. I-6291 : 57

TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE

- T-306/01, *Yusuf et Al Barakaat c. Conseil et Commission*, 21 sept. 2005, *Rec.*, p. II-3533 : 9, 21n, 31
- T-315/01, *Kadi c. Conseil et Commission*, 21 sept. 2005, *Rec.*, p. II-3649 : 9, 21n, 31
- T-23/03, *CAS SpA c. Commission*, 6 février 2007, *Rec.*, p. II-289 : 66
- T-90/03, *Fédération des industries condimentaires de France (FICF) e.a.*, 11 juillet 2007, *Rec.*, p. II-76 : 42
- T-333/03, *Masdar c. Commission*, 16 nov. 2006, *Rec.*, 11-4377 : 44
- T-201/04, *Microsoft c. Commission*, 17 sept. 2007, *Rec.*, p. II-3601 : 51
- T-45/06, *Reliance Industries c. Conseil*, 24 sept. 2008 : 52