

L'avis 2/15 de la Cour de Justice de l'Union européenne : quelles conséquences pour le CETA et le Brexit ?

Le 19 juin 2017, le Centre de droit européen de l'Université Panthéon-Assas a organisé une conférence sur l'avis 2/15. Les propos ont fait l'objet d'un compte-rendu établi par Araceli TURMO, docteur de l'Université Panthéon-Assas avec l'assistance de Loriane ALEM, doctorante-contractuelle de l'Université Panthéon-Assas.



Francesco Martucci
Professeur à l'Université Panthéon-Assas

TIPP, CETA, JEFTA. Ces acronymes électrisent l'imagination collective, cristallisant une contestation politique transnationale, alimentant le fantasme d'un *deep State* européen, fomentant des rhétoriques populistes nationales. L'élection de Donald Trump a figé les négociations de l'accord de libre-échange avec les États-Unis. Nul ne sait quand, voire si, les négociations relatives au Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement aboutiront, au moment où les opposants à ce projet ont gagné une première bataille contentieuse en obtenant l'annulation du refus de la Commission d'enregistrer la proposition d'initiative citoyenne européenne « Stop TTIP »¹. La conclusion du CETA a dès lors constitué la fenêtre d'opportunité pour relancer le débat sur les accords de libre-échange de nouvelle génération. Le juriste doit céder au politique : la question est démocratique, c'est celle du consentement donné à un changement de paradigme de la politique commerciale commune et, de manière plus générale encore, des relations économiques et financières que l'Union et les États membres entendent entretenir avec le reste du monde.

La nouvelle génération des accords de libre-échange traduit en effet une double mutation. D'une part, elle marque le recul du multilatéralisme après l'euphorie des années 1990 ; la solution bilatérale, plus rarement plurilatérale (comme par exemple pour l'accord conclu par l'Union et les États membres avec la Colombie et le Pérou), est privilégiée. D'autre part, l'approfondissement des relations multilatérales bute sur l'écueil d'une évolution plus profonde de la conception que l'on se fait du libre-échange qu'il est loisible de résumer par l'idée d'un dépassement du tarifaire pour embrasser le réglementaire. Il ne s'agit plus seulement de démanteler

des barrières tarifaires ; la volonté est celle d'éliminer les obstacles réglementaires aux échanges. Autrement dit, comme le résume le point 140 de l'avis, l'accord de libre-échange de nouvelle génération est un «*accord de commerce comprenant, outre les éléments classiques dans de tels accords, tels que la réduction des obstacles tant tarifaires que non tarifaires aux échanges de marchandises et de services, d'autres aspects pertinents, voire indispensables, pour ces échanges*». Or, entre le tarifaire et le réglementaire, les présomptions s'inversent. Si l'on peut aisément présumer que les droits de douane reflètent essentiellement des velléités protectionnistes, les obstacles législatifs, réglementaires et administratifs sont principalement l'expression d'une volonté d'intérêt général et s'avèrent comme tels, en principe, l'expression d'objectifs légitimes. La crainte d'un démantèlement des législations environnementales, sanitaires ou encore sociales, et des protections que celles-ci garantissent, est significatif à cet égard. Passer du tarifaire au réglementaire implique une autre évolution de taille. Il est une chose de laisser passer les biens ; il est une autre chose de laisser faire les humains. Le réglementaire concerne certes les marchandises dont les conditions de fabrication et de commercialisation peuvent constituer des obstacles aux échanges. Il s'étend également, dans l'acception retenue en droit du marché intérieur de l'Union, aux services et aux capitaux, voire aux travailleurs ; il vise de surcroît ce qui, dans l'Union, relève de politiques spécifiques, à l'instar de la concurrence ou des transports. Les accords de libre-échange de nouvelle génération marquent ainsi un tournant dans les relations extérieures de l'Union ; leur vocation n'est plus uniquement libre-échangiste, ils prennent un tour néo-libéral en ce que le principe est celui de l'accès au marché, les exceptions sont celles de protections spécifiques.

¹ Trib. UE, 10 mai 2017, Michael Efler / Commission, aff. T-754/14, ECLI:EU:T:2017:323

L'avis 2/15 de la Cour de Justice de l'Union européenne ...

Dans l'Union, ce tournant a été pris sans que nécessairement les États membres aient crié gare ou, plutôt, sans que les représentants des États membres au sein des institutions de l'Union aient rendu compte à leurs citoyens conformément aux règles constitutionnelles nationales. Dans le système constitutionnellement intégré de l'Union, le principe de la démocratie représentative implique, conformément à l'article 10, paragraphe 2, TUE, que :

« [I]es citoyens sont directement représentés, au niveau de l'Union, au Parlement européen [et que] les États membres sont représentés au Conseil européen par leur chef d'Etat ou de gouvernement et au Conseil par leurs gouvernements, eux-mêmes démocratiquement responsables, soit devant leurs parlements nationaux, soit devant leurs citoyens ».

En conséquence, outre l'implication du Parlement européen dans la procédure de conclusion des accords de libre-échange, le principe démocratique doit conduire les représentants des États membres au sein des institutions de l'Union à répondre des négociations des accords de libre-échange, selon leurs règles constitutionnelles respectives. Particulièrement révélateur à cet égard s'avère, après la prise de position du Parlement de Wallonie, le fait que le Royaume de Belgique ait adopté le 27 octobre 2016 une déclaration relative aux conditions de pleins pouvoirs par l'Etat fédéral et les Entités fédérées pour la signature du CETA².

C'est dans ce contexte politique que, le 16 mai 2017, la Cour de justice a rendu son avis relatif à l'Accord de libre-échange entre l'Union européenne et la République de Singapour³, incarnation s'il en est des accords de nouvelle génération. Réunie en assemblée plénière, elle s'est prononcée, en application de l'article 218, paragraphe 11, TFUE, à la demande de la Commission. Cette dernière a focalisé sa demande sur la seule question des compétences. À la question générale de savoir si l'Union européenne a « la compétence requise pour signer et conclure seule l'accord de libre-échange avec la République de Singapour » se sont ajoutées trois questions amenant la Cour de justice à décortiquer ledit accord. « Quelles dispositions de l'accord relèvent de la compétence exclusive de l'Union ? Quelles dispositions de l'accord relèvent de la compétence partagée de l'Union ? Y

² Voir sur cette question [C. Mestre, l'Union européenne à la sauce belge, Blogdroiteeuropéen, 6 janvier 2017](#) ou encore [Y. Kaspiarovitch, L'opposition wallonne au CETA ramène le débat plus proche du citoyen européen, Blogdroiteeuropéen, 9 janvier 2017](#)

³ [Avis de la Cour \(assemblée plénière\) du 16 mai 2017, 2/15, ECLI: ECL:EU:C:2017:376](#)

a-t-il des dispositions de l'accord qui relèvent de la compétence exclusive des États membres ? ». En revanche, la demande d'avis ne porte pas sur la question de la compatibilité de l'accord de libre-échange avec le droit primaire de l'Union. En effet, la Cour de justice souligne que son avis « ne porte que sur la nature de la compétence de l'Union pour signer et conclure l'accord envisagé [et i]l ne préjuge aucunement de la question de savoir si le contenu des dispositions de cet accord est compatible avec le droit de l'Union »⁴. Aussi la Cour pourrait-elle être amenée à se prononcer sur la compatibilité des accords de libre-échange de nouvelle génération avec les traités, qu'un recours en annulation soit introduit à l'encontre de la décision de conclure un accord, ou qu'une question préjudicielle en appréciation de validité soit posée par un juge national. Il demeure que l'avis 2/15 dénoue la question essentielle de la compétence et revêt une portée de principe. Il vient ajouter un maillon essentiel à la chaîne déjà chargée d'avis rendus en la matière par la Cour de justice. Outre la Commission, le Conseil et le Parlement européen, tous les États membres à l'exception de la Croatie, de l'Estonie et de la Suède, ont présenté des observations. Cet engouement s'explique aisément, eu égard aux enjeux de la répartition des compétences externes entre l'Union et les États membres. Si la compétence est exclusive, l'Union conclut seule l'accord qui, une fois entré en vigueur, intègre le droit de l'Union et lie les États membres, sans préjuger de son aptitude à être invoqué devant le juge. Si la compétence est partagée, l'accord est également conclu par les États membres qui procèdent à sa ratification, chacun selon ses règles constitutionnelles ; cela pose la délicate question de savoir si, à défaut de ratification par un ou plusieurs États membres, l'accord peut néanmoins entrer en vigueur dans l'ordre juridique de l'Union, question sur laquelle l'avis 2/15 revient. Il convient néanmoins de préciser qu'un même accord peut contenir des stipulations relevant de la compétence exclusive de l'Union et d'autres de la compétence partagée avec les États membres. C'est au demeurant la conclusion à laquelle parvient la Cour de justice à propos de l'accord de libre-échange avec Singapour.

Au terme des 305 points de l'avis, la Cour de justice émet l'avis selon lequel:

« [I]l'accord de libre-échange entre l'Union européenne et la République de Singapour relève de la compétence exclusive de l'Union, à l'exception des dispositions sui-

L'avis 2/15 de la Cour de Justice de l'Union européenne ...

vantes, qui relèvent d'une compétence partagée entre l'Union et les États membres :

- les dispositions de la section A (Protection des investissements) du chapitre 9 (Investissements) de cet accord, pour autant que celles-ci se rapportent aux investissements entre l'Union et la République de Singapour autres que directs ;
- les dispositions de la section B (Règlement des différends entre investisseurs et États) de ce chapitre 9, et
- les dispositions des chapitres 1er (Objectifs et définitions générales), 14 (Transparence), 15 (Règlement des différends entre les parties), 16 (Mécanisme de médiation) et 17 (Dispositions institutionnelles, générales et finales) dudit accord, pour autant que celles-ci se rapportent aux dispositions dudit chapitre 9 et dans la mesure où ces dernières relèvent d'une compétence partagée entre l'Union et les États membres ».

Pour parvenir à cette conclusion, la Cour de justice procède en trois temps.

En premier lieu, elle se prononce sur la compétence visée à l'article 3, paragraphe 1, sous e), TFUE. En vertu de cette disposition, l'Union dispose d'une compétence exclusive en matière de politique commerciale commune. La Cour se livre dès lors à un exercice de délimitation matérielle de la compétence de politique commerciale commune. L'article 207, paragraphe 1, TFUE, intègre notamment dans cette politique « *la conclusion d'accords tarifaires et commerciaux relatifs aux échanges de marchandises et de services, et les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle, les investissements étrangers directs, l'uniformisation des mesures de libéralisation* ». La Cour considère que les engagements relatifs à l'accès au marché, à la protection des investissements, à la protection de la propriété intellectuelle ainsi qu'en matière de concurrence relèvent de la compétence exclusive. Malgré le silence de l'article 207, paragraphe 1, TFUE, elle estime également que les engagements en matière de développement durable relèvent de la compétence exclusive de l'Union. La Cour retient ce faisant une interprétation particulièrement extensive du champ matériel de la politique commerciale commune. À cet effet, elle n'hésite pas à reprendre en matière de compétences externes, la logique de délimitation matérielle des compétences internes qu'elle préfère à une démarche de répartition des compétences entre l'Union et les États membres.

En deuxième lieu, l'avis porte sur la compétence visée à l'article 3, paragraphe 2, TFUE. En vertu de cette disposition, l'Union dispose également d'une « compétence

exclusive pour la conclusion d'un accord international lorsque cette conclusion est prévue dans un acte législatif de l'Union, ou est nécessaire pour lui permettre d'exercer sa compétence interne, ou dans la mesure où elle est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée ». Pour la Cour de justice, si les engagements en matière de services dans le domaine des transports relèvent de la compétence exclusive, tel n'est pas le cas des engagements en matière d'investissements autres que directs. Au point 227, l'avis souligne que ces investissements « peuvent, entre autres, avoir lieu sous la forme d'acquisitions de titres de société dans l'intention de réaliser un placement financier sans intention d'influer sur la gestion et le contrôle de l'entreprise (investissements dits « de portefeuille »), et que de tels investissements constituent des mouvements de capitaux au sens de l'article 63 TFUE ». Pour la Cour, ce domaine relève d'une compétence partagée avec les États membres ; en revanche, l'avis exclut catégoriquement l'argument selon lequel ce domaine aurait relevé d'une « compétence exclusive » des États membres. Dès lors, la partie de l'accord consacrée aux investissements autres que directs relève de la compétence de l'Union qui ne peut cependant pas l'approuver seule, précision qui n'est pas sans importance et sans ambiguïtés (point 244).

En troisième lieu, l'avis se consacre à la compétence pour approuver « les dispositions institutionnelles de l'accord ». En ce qui concerne l'échange d'informations, la notification, la vérification, la coopération, la médiation et le pouvoir décisionnel ainsi que la transparence, l'institutionnel suit le matériel, en ce sens que si les dispositions institutionnelles portent sur un objet relevant d'une compétence exclusive, la compétence sera exclusive ; inversement, si la compétence est partagée, la compétence sera partagée. En revanche, et c'était un point très attendu de l'avis, le règlement des différends relève d'une compétence partagée et l'Union ne peut approuver seule la partie de l'accord relative à cette question.

Si le principe est donc celui de la compétence exclusive de l'Union, la compétence partagée est l'exception qui, d'apparence, s'avère cantonnée aux investissements autres que directs et au règlement des différends. Les implications s'avèrent en réalité considérables, en particulier dans la double perspective, de l'entrée en vigueur du CETA, et de la négociation des futures relations entre l'Union et le Royaume-Uni. Dans une économie de marchés financiers mondialisée, la compétence s'avère partagée sur deux questions essentielles : l'investisse-

ment étranger et le règlement des différends, le premier n'étant pas sans appeler le second. Or, le règlement des différends est l'un des points de focalisation de la contestation du CETA ; les marchés financiers sont au cœur de la négociation relative aux futures relations entre l'Union et le Royaume-Uni. Aussi les États membres ont-ils voix au chapitre, ce qui n'est pas sans conséquences politiques...



Edouard Dubout

Professeur à l'Université Paris-Est-Créteil

Dans l'avis 2/15, la Cour conclut à une compétence plutôt exclusive de l'Union, ce qui contraste avec ce que proposait l'Avocat général. Néanmoins, la compétence est considérée comme partagée avec les États membres sur deux points principaux : en matière d'investissements autres que directs, et de règlement des différends entre investisseurs et États. De prime abord, on pourrait considérer que cet avis est plutôt favorable à l'Union, car aucune compétence n'est exclusivement attribuée aux États membres et les compétences partagées portent sur des questions assez précises et techniques. À certains égards, il est possible d'y voir un retour à l'arrêt AETR⁵, c'est-à-dire à une conception plutôt unitariste des relations extérieures de l'UE.

Toutefois, la compétence est partagée sur certains aspects et, en conséquence, les États sont mis en mesure de bloquer entièrement un processus particulièrement sensible politiquement. En effet, cette nouvelle catégorie d'accords se caractérise par l'étendue de ses objets et par la volonté d'accroître non seulement les échanges de biens et de services déjà produits, mais aussi l'injection de capitaux sur les marchés nationaux, c'est-à-dire les conditions même de production. À travers de tels accords, l'autonomie de réglementation des États, et même de l'Union, se trouve exposée à la concurrence et à la contestation.

⁵ CJCE 31 mars 1971, Commission des Communautés européennes contre Conseil des Communautés européennes. Accord européen sur les transports routiers, aff. C-22-70, ECLI:EU:C:1971:32

L'avis 2/15 de la Cour de Justice de l'Union européenne ...

La solution d'une compétence finalement partagée n'est en elle-même pas surprenante, mais est-elle pour autant convaincante ? La Cour hésite entre deux modèles qui se sont succédés presque chronologiquement dans la jurisprudence, celui du « fédéralisme substitutif » où l'Union se substitue aux États membres dans les relations internationales comme le ferait un État fédéral, et celui du « fédéralisme associatif » où l'Union s'associe aux États pour mener les négociations internationales. Ce débat n'est pas purement technique car il illustre la vision de la Cour sur la nature de l'Union.

Derrière le choix entre ces deux modèles se cache un enjeu théorique fondamental, celui de la capacité de s'affranchir du modèle de l'État dans le discours juridique. Le fédéralisme substitutif est défendu par des auteurs tels que Robert Post⁶, la substitution lui paraissant nécessaire pour restituer l'émergence d'un nouvel espace politique interne qui se désintégrerait sans représentation unique à l'extérieur. Il convient de citer la formule de l'avis 1/75 : il s'agit de défendre « *l'intérêt global de la Communauté, à l'intérieur duquel les intérêts particuliers des États membres doivent trouver à s'ajuster mutuellement. Or, cette conception est, de toute évidence, incompatible avec la liberté que les États membres pourraient se réservier, en invoquant une compétence parallèle, afin de poursuivre la satisfaction distincte de leurs intérêts propres dans les relations extérieures, au risque de compromettre une défense efficace de cet intérêt global* ». Cet argumentaire a été repris dans d'autres avis pour défendre l'unicité de représentation externe bien que la compétence interne soit partagée. C'est bien la logique de l'État fédéral, pluriel en interne mais unitaire à l'international, qui domine.

L'alternative véhicule une « vision éthique » de ce qu'est l'intégration européenne. Joseph Weiler est ainsi très critique à l'égard de l'arrêt AETR, qui considère que la spécificité européenne est justement la rupture avec l'idée d'une représentation unitaire sur la scène internationale, l'invention d'un nouveau fédéralisme. Ce serait une nouvelle forme de légitimité, de souveraineté partagée qui célèbre l'interdépendance entre différents niveaux de décision politique. Ce qui est valorisé n'est pas que l'Union absorbe tous les intérêts des États mais plutôt la spécificité des relations que le droit de l'Union noue entre les États membres, relations de tolérance, de

⁶ R. Post, Constructing the European Polity: ERTA and the Open Skies Judgments in *The Past and Future of EU Law : The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Ed. L.M.POIARES PESSOA MADURO, L. AZOULAI,

L'avis 2/15 de la Cour de Justice de l'Union européenne ...

confiance, de loyauté⁷. Dans cette logique, l'UE n'a pas à se substituer aux États, elle a besoin d'eux et cette spécificité doit se projeter sur la scène internationale à travers une forme nouvelle de représentation conjointe où chaque État n'exprime pas ses propres intérêts mais les redéfinit en tenant compte de ceux des autres. C'est la ligne jurisprudentielle qu'on voit se déployer à partir de l'avis 1/94⁸ notamment.

L'avis 2/15 entretient ces deux lignes un peu contradictoires sans trancher, entretenant aussi une forme d'incertitude. Trois arguments semblent discutables sous l'angle de la cohérence :

- L'argument de « l'incorporation » concerne l'interprétation extensive de la politique commerciale commune. Au point 147, la Cour considère que désormais l'objectif de développement durable fait partie intégrante de la politique commerciale commune et que, par conséquent, les aspects liés à des matières extra-économiques sont rattachés à cette politique et à la compétence exclusive de l'Union (l'avocat général préconisait au contraire qu'il s'agisse d'une compétence partagée pour les dispositions ne portant pas uniquement sur des questions économiques mais ayant des objectifs sociaux et environnementaux). On pourrait sur ce fondement considérer que l'interdiction du travail des enfants, celle du travail forcé, etc. font partie de la politique commerciale commune ce qui n'est pas évident. La Cour revient ici clairement à une vision substitutive et remobilise l'argument de l'efficacité pour justifier son choix. Au point 161, on retrouve un argument du même type. Les normes environnementales sont déjà incluses dans un certain nombre de textes au niveau international, mais quel est l'intérêt si ces normes sont déjà en vigueur au niveau du droit international d'en faire une compétence exclusive ? Ce n'est enfin pas très cohérent avec l'idée que la politique commerciale commune doit en principe s'attacher à un objet commercial.

- Celui de la « dissociation » qui a trait à la nature des compétences implicites. Cela renvoie à la question des investissements directs et non directs. On ne peut pas les incorporer dans la politique commerciale commune puisqu'ils en sont expressément exclus, mais pourquoi opérer cette dissociation sous l'angle des compétences implicites (sous 3§2 et non 3§1 du traité) ? La Cour éclaire l'articulation entre l'article 3§2 TFUE sur les

⁷ En ce sens également, voir [l'avis 2/13, Ass. Plen. 18 déc. 2014, adhésion de l'UE à la CEDH, 2014, ECLI:EU:C:2014:2454](#)

⁸ CJCE 15 nov. 1994, Compétence de la Communauté pour conclure des accords internationaux en matière de services et de protection de la propriété intellectuelle, Avis 1/94, ECLI:EU:C:1994:384

compétences implicites qualifiées d'exclusives et l'article 216§1 TFUE sur les compétences implicites non qualifiées, et considère que l'article 216§1 peut donner naissance à une compétence implicite partagée. Elle utilise cette distinction pour dire qu'il y a bien une compétence implicite de l'UE en matière d'investissement non direct, mais qu'elle est partagée. Le motif est qu'en interne, les investissements indirects ne font pas l'objet de droit dérivé mais uniquement d'un encadrement sur le fondement du droit primaire (libre circulation des capitaux). Ici encore c'est discutable puisque le droit dérivé codifie souvent la jurisprudence, on peut se demander pourquoi le droit dérivé aurait besoin d'être mieux protégé que le droit primaire. La Cour donne un argument : le droit primaire bénéficie de la primauté par rapport au droit international, donc il n'est pas nécessaire de confier une compétence exclusive à l'Union dans ce domaine, l'intégration étant suffisamment protégée par le principe de primauté. Mais cela contredit d'autres points où la Cour dit que la compétence de l'UE doit être exclusive (ex. transports, point 201) alors même qu'il n'y a aucun risque de contradiction entre le droit de l'Union et le droit international.

- L'argument du « principal et de l'accessoire » qui guide la question des aspects institutionnels de l'accord envisagé. La structure de l'avis semble peu cohérente. La Cour commence logiquement par un état des lieux des aspects matériels du partenariat, chapitre par chapitre, puis s'attache ensuite aux aspects institutionnels (comité de conciliation, transparence, règlement des différends). Dans la plupart des cas, cela n'a aucun intérêt puisque la Cour répète que l'institutionnel suit le matériel, que ces aspects de l'accord sont l'« auxiliaire » du matériel et que si la compétence matérielle est exclusive ces aspects suivront. C'est toujours l'argument de l'efficacité qui revient pour justifier ce rattachement de l'institutionnel au matériel. Sauf dans un cas : le règlement des différends, ici la Cour considère que le mode de règlement des différends ne revêt pas un caractère purement auxiliaire et ne donne aucune explication à ce sujet. Pourtant on pourrait considérer que c'est un aspect important de l'efficacité de l'engagement. Le manque d'explication est dérangeant. À l'aune de quel critère peut-on dire que dans ce cas seulement l'aspect institutionnel l'emporte sur la dimension matérielle de l'accord, au point que la disposition devienne l'objet d'une compétence partagée ? Il est difficile d'y voir une explication autre que politique devant un manque apparent de logique juridique.

Le manque de cohérence entre les différents arguments et raisonnements avancés par la Cour de justice dans l'avis 2/15 confirme son incapacité à préférer clairement

<https://blogdroiteuropeen.com>

L'avis 2/15 de la Cour de Justice de l'Union européenne ...

un des deux modèles de fédéralisme dans les relations externes. Il faudrait plutôt considérer que sur les aspects de politique commerciale commune, une lecture stricte était préférable et que quitte à conclure à une compétence partagée, il ne s'imposait pas de dilater artificiellement la politique commerciale commune au détriment d'une confiance entre États ; tandis que sur les deux aspects techniques distingués par la Cour, les investissements « non-directs » et le règlement des différends, une approche juridique plus rigoureuse aurait au contraire conduit à ne pas y voir des domaines « partagés » de compétence. Une vision plus convaincante de la spécificité du fédéralisme européen aurait alors pu être défendue.



Emmanuel Castellarin

Professeur à l'Université de Strasbourg

SYSTÉMATIQUE DES COMPÉTENCES EXTERNE

Cet avis est important car c'est le premier portant sur un accord de libre-échange de nouvelle génération. Par ailleurs, c'est la première saisine de la Cour à propos de l'article 207 TFUE après modification par le traité de Lisbonne : on pouvait se demander si cette modification permettait de mettre l'UE à niveau vis-à-vis de la tendance internationale à l'élargissement du contenu des accords commerciaux. La réponse de la Cour est positive mais négative à la fois.

Etendue de la politique commerciale commune

L'idée générale est celle d'une interprétation généreuse des compétences exclusives de l'article 3 § 1 TFUE. La Cour elle-même rappelle l'enjeu, essaie de se situer malgré tout dans la continuité de sa jurisprudence certes récente mais qu'elle qualifie de bien établie⁹ : critère du lien spécifique avec les échanges commerciaux, le rattachement doit être destiné à les faciliter, à les promouvoir ou à les régir et le domaine couvert doit avoir un effet immédiat sur eux¹⁰. La Cour applique ce critère de manière assez généreuse, identifiant un lien spécifique avec tous les domaines couverts ou presque, y compris tous les investissements étrangers directs et les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle.

⁹ CJUE, gr. ch., 18 juil. 2013, *Daiichi Sankyo et Sanofi Aventis*, C-414/11, ECLI:EU:C:2013:520

¹⁰ point 36.

Sur la question du développement durable

Au point 163, la Cour affirme que la politique commerciale commune couvre non seulement la libéralisation des échanges mais aussi, dans une certaine mesure, leur régulation car il s'agit de favoriser le commerce sur un pied d'égalité en évitant les distorsions de la concurrence internationale entre les opérateurs européens et les autres. En même temps il y a certains aspects téologiques, de promotion de l'UE comme acteur global, mais qui se fondent sur l'art. 21 TUE qui est rappelé aux points 143 et suivants, selon lequel l'action globale de l'UE repose sur des principes établis par cet article et qui comprennent le développement durable. Par-delà cette affirmation générale, certes significative, la position de la Cour doit être appréciée au vu du contenu de l'accord qui lui était soumis. La Cour rappelle qu'il n'y a pas d'harmonisation sur la question du développement durable, donc le rattachement à la politique commerciale commune était relativement aisé (ici l'accord ne contenait qu'un rappel des obligations internationales, pas d'obligations matérielles supplémentaires). La Cour part de l'idée que c'est un accord commercial et vérifie si on se situe dans le cadre de cette politique, mais il n'est pas sûr que ce présupposé soit retenu pour d'autres accords, par exemple avec une dimension réglementaire plus affirmée ou développement durable plus étayée.

La manière dont la Cour analyse la politique commerciale commune est spécifique à l'UE, certains auteurs

L'avis 2/15 de la Cour de Justice de l'Union européenne ...

commencent à rattacher cette analyse à la protection de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union. La conception internationale de ces questions n'est pas prise en compte. Cela peut avoir une incidence par exemple sur l'appréciation du « lien spécifique » avec les échanges commerciaux.

On peut se demander jusqu'où peut aller l'incorporation d'autres objectifs à la politique commerciale commune. Les limites sont celles que la Cour elle-même peut rencontrer face à un accord ayant une dimension réglementaire plus forte.

Compétences exclusives dites implicites (article 3 § 2 TFUE)

Qu'est-ce qui n'est pas compris dans les compétences exclusives implicites ? Les transports et les investissements étrangers non directs. On est dans la continuité de la jurisprudence notamment à partir de l'avis 1/03 mais on note qu'ici un simple risque d'affectation des règles communes suffit, et on se contente de ce que les règles communes existent sans harmonisation complète des questions concernées. La Cour est ici en désaccord avec l'avocat général. Un apport sur ce point concerne la nature des règles communes devant être affectées au sens de l'art. 3§2 : ici la Cour considère que l'article 63 TFUE ne peut pas être une telle règle parce que c'est une règle de type constitutionnel. Il est vrai que la Cour aurait pu adopter la solution inverse, valorisant le lien étroit entre l'évolution du droit primaire à partir de Maastricht et le droit dérivé antérieur. Mais on peut suivre la Cour dans la mesure où si on permettait l'emploi de toutes les règles de droit primaire pour établir une compétence exclusive implicite il n'y aurait plus de distinction avec les compétences exclusives « explicites », une fusion des deux contournant alors les critères jurisprudentiels codifiés par l'article 3 § 2 TFUE. En matière d'investissements non directs, faute de préemption, cette question relève de la compétence partagée.

Compétences partagées

C'est la partie la plus mystérieuse de l'avis. Pour les investissements non directs, la Cour estime que c'est une compétence partagée non préemptée. Pour le règlement des différends, la Cour retient une approche différente qui est en quelque sorte l'opposé dans un passage très elliptique¹¹. La Cour affirme qu'en tant que tel, le règlement des différends est bien auxiliaire aux

questions substantielles, mais pour les différends investisseur/Etats, elle considère que la clause d'arbitrage implique la soustraction de disputes au juge national ce qui implique la compétence partagée. C'est déroutant car d'une part la Cour semble suggérer qu'on est en réalité face à une compétence nationale, d'autre part cette formulation semble se rattacher non pas à une question d'existence de la compétence mais à une logique substantielle, relative à la licéité de l'exercice de la compétence ; or la Cour n'était pas invitée à se prononcer sur cette question. On trouve un avant-goût des questions que la Cour sera amenée à se poser sur la licéité de ce type d'arbitrage. On remarque que sur cette question il y a une incohérence : la Cour se démarque de la systématique des compétences extérieures car il y a une coloration relevant de limites constitutionnelles, on peut essayer de deviner ce qui motive la Cour, par exemple une motivation liée au rôle des juridictions nationales dans l'Union, ou une motivation liée au principe d'égalité...

Sur cette question la Cour fait droit à des arguments du Conseil et des États membres qui sont présents tout au long de l'avis mais qui partout ailleurs échouent : arguments invoquant une sorte d'exception, qui ferait échec au jeu normal des compétences, même à des compétences exclusives établies par ailleurs, en raison de pouvoirs que le droit de l'Union reconnaît par ailleurs aux États membres. Ce type d'argument est soulevé à propos des compétences des États membres en matière de droit pénal, de défense... pour empêcher l'UE de conclure des accords, on pense aussi à l'article 345 TFUE qui selon plusieurs États membres aurait fait échec à la compétence de l'UE pour conclure des clauses en matière d'expropriation dans ses accords. La Cour écarte clairement ce genre d'argument, évitant ainsi une confusion pernicieuse entre le contenu de l'engagement et ses effets. La Cour distingue la marge d'appréciation des États membres pour l'adoption d'actes licites au sein de l'Union de l'existence ou de l'étendue d'une compétence exclusive de l'Union.

À propos des investissements non directs la Cour laisse entendre que le fondement juridique est l'article 216 TFUE en lien avec l'article 4§1 TUE, on peut considérer que c'est le même pour les règlements des différends investisseur-Etat, mais le raisonnement de la Cour est particulièrement elliptique à ce sujet.

Nécessité de conclure l'accord comme un accord mixte

Du point de vue juridique, cela va à rebours du système de compétences et on n'est pas sûr que la Cour ait vrai-

L'avis 2/15 de la Cour de Justice de l'Union européenne ...

ment voulu remettre en cause la mixité dite « facultative » : en principe, l'UE peut conclure seule l'accord en cas de compétence partagée, c'est une situation à distinguer de la mixité obligatoire lorsqu'une partie de l'accord relève d'une compétence nationale. La Cour semble indiquer qu'en cas de compétence partagée, l'Union ne pourrait pas choisir de conclure seule l'accord, mais cette conclusion est étonnante car elle contredit la jurisprudence précédente. À l'évidence la dimension politique de l'avis a été très importante, on ne sait si c'est une solution d'espèce. Certains auteurs ont suggéré qu'on serait à la limite de l'erreur matérielle car la Cour employerait la notion de compétence partagée dans deux sens, tantôt visant sa signification stricte tantôt visant tout ce qui ne relève pas de la compétence exclusive de l'Union.

IMPLICATIONS POUR LES PROCHAINS ACCORDS

Tout d'abord, il faut rappeler que tous les accords sont différents, donc ce qui est affirmé ici ne vaut pas forcément pour tous les accords postérieurs, d'autant qu'en matière de relations extérieures la pratique s'affranchit souvent du cadre juridique. On pense à l'accord d'association avec le Kosovo : en principe un accord d'association est un accord mixte mais il a été conclu par l'UE seule contre toute attente juridique. Cette prudence vaut d'autant plus pour le futur accord avec le Royaume-Uni.

Il faut insister sur le fait qu'en ce qui concerne la licéité des accords d'investissement etc., les indices donnés ici sont très partiels pour une tentative d'extension à d'autres débats.

Deux options ne sont pas réalistes après cet avis : que rien ne change, car les difficultés du CETA ont démontré les limites de cette solution ; ou que ces accords soient conclus par l'UE seule car, par-delà les incertitudes juridiques, il y a en tout cas des obstacles politiques. Deux options plus réalistes : séparer les questions problématiques au sein d'un ensemble plus large, donc soit conclure un accord de libre-échange de l'UE seule avec un traité bilatéral d'investissement séparé comme accord mixte (la Chine est en train de négocier avec l'UE un tel traité bilatéral d'investissement « sec ») ; ou conclure les aspects problématiques dans des protocoles ou des annexes que les États membres pourraient conclure ou dénoncer seuls. Cette dernière option serait politiquement dangereuse bien que juridiquement viable. On pense au point de vue canadien sur le CETA, selon lequel la possibilité que l'accord ne soit pas appliqué partout pareil dans l'UE serait très problématique puisque ces accords ont un équilibre très délicat, donc les États

non membres de l'Union risqueraient de refuser. On ne voit pas non plus pourquoi les États membres accepteraient cette option qui ne leur laisserait de marge de manœuvre que sur des aspects somme toute limités des négociations, tandis qu'ils pourraient vouloir continuer à peser sur les autres aspects.

Deux autres solutions sont possibles: exclure ce qui pose problème, donc conclure un accord de libre-échange avec les investissements mais sans investissements de portefeuille, ce qui introduit une délimitation faite sur mesure pour l'Union mais n'a pas beaucoup de sens du point de vue du droit international économique ; ou bien une évolution des clauses en matière de règlement des différends investisseur-Etat pour les mettre en conformité avec les exigences du droit de l'Union, par exemple une clause d'épuisement des voies de recours internes. Cette dernière hypothèse est intéressante car elle trouve grâce aux yeux de certains internationalistes pour d'autres raisons. Il faudrait y apporter des aménagements mais on peut observer que cette question conditionnera certainement la négociation des futurs accords et peut avoir un impact plus général sur le droit international économique.

L'avis 2/15 de la Cour de Justice de l'Union européenne ...



Arnaud de Nanteuil,

Professeur à l'Université Paris-Est-Créteil

I y a de nombreux points dans l'avis qui restent confus ou qui en tout cas auraient pu faire l'objet de précisions de la part de la Cour. Rappel du contexte général et des rapports très compliqués entre le droit de l'Union et le droit des investissements, une matière récente qui n'a pas posé de difficultés avant les années 1980 car ces traités n'existaient pas entre les premiers États membres, mais ils en ont signé avec des États d'Europe centrale et orientale donc le problème a commencé à se poser quand ils ont commencé à adhérer à l'UE. Les deux juridictions (tribunal arbitral/CJUE) raisonnant dans leur ordre juridique, elles n'ont pas cherché à établir une interprétation harmonieuse du droit, ce qui pose problème. L'article 54 du CIRDI donne un caractère exécutoire de plein droit aux sentences arbitrales, ce qui permet d'exécuter une sentence sans procédure devant le juge interne, ce qui écarte toute possibilité de question préjudiciable. Cela pose problème juridiquement car il se pourrait qu'une sentence contraire au droit de l'Union soit exécutée, ce qui ne semble guère compatible avec la jurisprudence *Eco Swiss*¹². On peut ajouter à cela le fait que depuis Lisbonne et l'adoption de cette politique étrange en matière d'investissements directs uniquement, les États membres sont censés dénoncer leurs traités bilatéraux et il y a eu des procédures et constats en manquement. Enfin, on connaît la procédure *Micula* où la Roumanie a été condamnée par une sentence, mais la Cour de justice a estimé que l'exécution de la sentence serait une aide d'État. Ce contexte explique la dimension politique de l'avis, derrière laquelle se trouve la question des rapports entre l'UE et la Banque mondiale. Le CIRDI est un des organes de la Banque mondiale, et l'UE essaie probablement de préserver de bons rapports avec la Banque mondiale en conservant l'applicabilité du règlement CIRDI pour son système de cour permanente – ce qui soulève de grandes difficultés sur le plan juridique.

Sur la question de la distinction investissement direct/indirect : cela semble évident pour les européenistes, mais

on se demande du point de vue du droit international à quoi cela correspond réellement. La notion d'investissement est extrêmement discutée et très large du point de vue du droit international, de nombreux types d'opérations économiques peuvent constituer des investissements, et on va très loin dans l'indirect. En droit international, cette distinction n'a pas véritablement de pertinence, de sorte qu'une zone d'incertitude pourrait se dessiner autour d'opérations qu'il serait difficile de qualifier d'investissement « direct » ou « indirect ». Lorsque, par exemple, l'investissement est caractérisé, comme le reconnaît le droit international, par des droits de propriété intellectuelle, il n'est pas évident de dire de quelle catégorie il relève.

Sur l'argument du Conseil consistant à dire que l'accord conférait aux parties des droits relevant de la souveraineté des États : la Cour a rejeté assez simplement et aurait pu aller plus loin. Ces dispositions des accords sont des rappels de principes coutumiers clairement ancrés dans le droit international public, elles ne confèrent pas de droit et ne font que rappeler des principes qui existent déjà. Toutefois, la Cour juge que ces principes ne doivent pas remettre en cause l'effet utile des traités européens, mais passe très rapidement¹³ sur cette question. Or, on peut se demander si la Cour n'applique pas à une dérogation en droit international (la possibilité d'adopter des mesures de réglementation de l'investissement qui ne constitue pas une violation du traitement reconnu) un régime juridique qu'elle applique en droit interne aux dérogations de type *Cassis de Dijon*¹⁴. La question de l'effet utile semble relever davantage de la logique des dérogations internes au droit de l'Union, celles dont il s'agit ici concernent des engagements contractés avec un État tiers. On ne sait pas si c'est vraiment pertinent ici. Ça ne prête pas à conséquences dans l'immédiat, mais on peut s'interroger sur les conséquences dans la pratique.

12 CJCE, 1er juin 1999, *Eco Swiss China Time Ltd*, C-126/97,

ECLI:EU:C:1999:269

p 09 / JUILLET 2017

13 points 103 et suivants

14 CJCE 20 fév. 1979, *Rewe-Zentral AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42

© <https://blogdroiteuropeen.com>

L'avis 2/15 de la Cour de Justice de l'Union européenne ...

La Cour semble apprécier un temps l'argument du Conseil selon lequel l'accord ne porte que sur la protection des investissements et pas sur leur accueil. On a là un vrai sujet de droit international, que la Cour évacue trop rapidement car dans les traités bilatéraux d'investissement la grande tendance est de limiter le champ d'application du traité à la protection, donc aux investissements déjà entrés sur le territoire de l'État, ce qui laisse à l'État une marge d'appréciation très importante pour décider quels investissements étrangers sont admis. On prévoit parfois des engagements à l'admission mais dans des secteurs très précis ou sous réserve de réciprocité. Cela rejoint le lien entre flux d'investissements et flux d'échanges : pour les États, le fait de s'engager vis-à-vis des investissements étrangers ne concerne que leur protection une fois qu'ils ont rempli les exigences de droit national. De ce point de vue, s'engager sur la protection n'a de lien qu'assez lointain avec la facilitation des flux d'investissement. Il est d'ailleurs reconnu que, en raison de cet accent porté sur la protection et non sur l'admission, les traités de protection des investissements ne sont pas un facteur si déterminant pour la stimulation des flux d'investissements. En outre, la Cour n'interroge pas le lien entre investissement et échange : pour elle, stimuler l'investissement, c'est stimuler l'échange. Or l'échange porte sur des biens et services déjà conçus ou produits, alors que l'investissement a pour but de les produire. Il n'y a donc pas autant d'automatisme dans le lien investissement / commerce que ce que la Cour suggère.