

Compétences et libre-échange dans l'Union : précisions de la CJUE

Hicham Rassafi-Guibal (Université du Luxembourg)

Abstract

Par son avis 2/15 rendu le 16 mai 2017, la Cour de justice de l'Union délimite les champs respectifs des compétences exclusives et des compétences partagées dans la conduite de la politique commerciale commune.

En 2006, la Commission a souhaité s'engager dans des négociations de libre échange avec les pays d'Asie du Sud-Est. D'abord régionales, ces négociations sont par la suite, à partir de 2009, devenues bilatérales. La République de Singapour fut la première avec laquelle un cycle fut ouvert. Achievé en quasi totalité en 2012, l'accord a été finalisé en 2014 et paraphé en 2015.

L'accord de libre échange avec Singapour constitue l'un des premiers accords dits de "nouvelle génération". Dans une [Résolution du 6 avril 2011 en matière d'investissements internationaux](#), le Parlement avait invité la Commission à proposer des accords plus équilibrés. Il estimait que "*plutôt que de se concentrer essentiellement sur la protection de l'investisseur, elle devrait mieux évoquer le droit de protéger la capacité de réglementation publique et de respecter l'obligation de l'Union de se doter d'une politique cohérente en matière de développement. Ainsi, les futurs accords devraient "respecter la capacité d'intervention publique", "intégrer (...) des clauses spécifiques qui précisent le droit des parties à l'accord à réglementer, entre autres, les domaines de la protection de la sécurité nationale, de l'environnement, de la santé publique, des droits des travailleurs et des consommateurs, de la politique industrielle ainsi que de la diversité culturelle" et "promouvoir des investissements durables, respectueux de l'environnement (en particulier dans le domaine des industries extractives) et favoriser des conditions de travail de qualité dans les entreprises visées par les investissements".* La politique commerciale extérieure devait ainsi devenir "*de plus en plus globale et intégrée*"¹. C'est la richesse de ces accords qui est à l'origine de la demande portée devant la Cour.

La Cour de justice a été saisie par la Commission, en application de l'article 281 §11 TFUE², suite à une divergence d'interprétation avec le Conseil. La Commission estimait en effet que, malgré le large champ que couvre l'accord, l'Union disposait d'une compétence exclusive pour le ratifier, alors qu'à l'inverse, les États membres, par la voie du Conseil, notamment du Comité de Politique commerciale, mettaient en doute cette approche. Les arguments développés durant l'audience ont permis de mesurer la complexité de la question. La Commission, le Conseil, le Parlement européen et 25 États membres ont été admis à intervenir.

La Cour était invitée à interpréter certaines dispositions et à prendre position sur la nature des compétences relatives aux matières traitées. Elle a jugé que relevaient de la compétence exclusive de l'Union les domaines suivants:

- la délimitation de la notion de "politique commerciale commune" au sens de l'article 3§1, sous e) TFUE. La Cour rappelle sa position constante³ au terme de laquelle cette politique, inscrite dans le cadre de l'action extérieure de l'Union, concerne "*les échanges commerciaux avec les États tiers*". La Cour rappelle également que "*un acte de l'Union relève de cette politique s'il porte spécifiquement sur ces échanges en ce qu'il est essentiellement destiné à les promouvoir, à les faciliter ou à les régir et a des*

¹Avis du Comité économique et social européen sur «La dimension extérieure de la stratégie de Lisbonne renouvelée» (avis d'initiative) du 4 novembre 2009 .

²Qui dispose "*Un État membre, le Parlement européen, le Conseil ou la Commission peut recueillir l'avis de la Cour de justice sur la compatibilité d'un accord envisagé avec les traités. En cas d'avis négatif de la Cour, l'accord envisagé ne peut entrer en vigueur, sauf modification de celui-ci ou révision des traités*".

³Voir CJUE, 18 juillet 2013, *Daiichi Sankyo et Sanofi-Aventis Deutschland*, C-414/11, EU:C:2013:520, point 50, ainsi que CJUE 22 octobre 2013, *Commission/Conseil*, C-137/12, EU:C:2013:675, point 56.

*effets directs et immédiats sur ceux-ci*⁴. Le critère mobilisé tout au long du raisonnement de la Cour est celui de “*l’effet direct et immédiat sur les échanges*”. Le premier enseignement, et non des moindres, à tirer de l’avis est que, en admettant que l’effet sur les échanges puisse n’être que potentiel, elle fait une lecture extensive du domaine de la politique commerciale commune.

- L’accès au marché intérieur. La Cour estime que les chapitres 2 à 6 visent à faciliter l’échange de marchandises entre l’Union et Singapour, le chapitre 8 régissant l’ouverture des services. L’accès aux marchés de services de transport font l’objet de dispositions spécifiques⁵. La Cour juge que, par application de l’article 207§5 TFUE⁶, le domaine des transports relève de la politique commune dédiée et n’entre pas dans le champ de la politique commerciale commune. Elle isole les services “*intrinsèquement liés aux services de transport*”⁷ des autres services accessoires à ces prestations. Pour ces dernières, l’exclusion de l’article 207§5 ne trouve pas à s’appliquer. La compétence exclusive de la Commission ne saurait donc être fondée sur ce titre juridique. En revanche, elle souligne qu’au vu de l’importante activité législative de l’Union dans ce domaine, l’accord envisagé “*est susceptible d’affecter des règles communes ou d’en altérer la portée*”. En reconnaissant l’applicabilité de l’article 216§1 TFUE⁸, la Cour juge que l’Union dispose d’une compétence exclusive.
- Elle juge par ailleurs exclusive la compétence de l’Union dans les matières suivantes : la protection de l’environnement, des investisseurs, de la propriété intellectuelle, de la concurrence, sur la détermination des règles de coopération administrative et de transparence.

La Cour refuse cependant de reconnaître à l’Union une compétence exclusive dans deux domaines : celui des investissements autres que directs, et celui du recours à l’arbitrage comme mécanisme de règlement des différends.

La première limite posée par la Cour concerne les investissements étrangers autres que les investissements étrangers directs au sens de l’article 207§1TFUE. Il s’agit, pour l’essentiel, des investissements de portefeuille. La Cour juge de façon constante, et de façon harmonieuse avec la position adoptée par l’OCDE⁹, que les investissements directs étrangers sont ceux “*qui servent à créer ou à maintenir des relations durables et directes entre le bailleur de fonds et l’entreprise à qui ces fonds sont destinés en vue de l’exercice d’une activité économique*”¹⁰, caractérisés notamment par le fait qu’ils offrent “*la possibilité de participer effectivement à sa gestion et à son contrôle*”¹¹. La Cour fonde son analyse sur une interprétation exégétique de l’article 207§1 TFUE. Elle juge que “*L’emploi, par les auteurs du traité FUE, des termes « investissements étrangers directs » à l’article 207, paragraphe 1, TFUE exprime sans ambiguïté leur volonté de ne pas inclure d’autres investissements étrangers dans la politique commerciale commune*”, de sorte que les “*engagements à l’égard d’un État tiers portant sur ces autres investissements ne relèvent pas de la compétence exclusive de l’Union au titre de l’article 3, paragraphe 1, sous e), TFUE*”¹². Il est très intéressant de souligner que la Cour justifie cette position de façon cohérente avec son approche systématique de l’effet sur les échanges¹³.

⁴§36.

⁵Cf. infra. Le domaine des transports est exclu de la politique commerciale commune par l’article 207 § 5 TFUE.

⁶Qui dispose: “*La négociation et la conclusion d’accords internationaux dans le domaine des transports relèvent du titre VI de la troisième partie, et de l’article 218*”.

⁷§ 69.

⁸Qui dispose : “*L’Union peut conclure un accord avec un ou plusieurs pays tiers ou organisations internationales lorsque les traités le prévoient ou lorsque la conclusion d’un accord, soit est nécessaire pour réaliser, dans le cadre des politiques de l’Union, l’un des objectifs visés par les traités, soit est prévue dans un acte juridique contraignant de l’Union, soit encore est susceptible d’affecter des règles communes ou d’en altérer la portée*”.

⁹Voir les définitions publiées par l’OCDE .

¹⁰Voir l’arrêt CJUE, 17 octobre 2013, Welte, C-181/12, EU:C:2013:662, point 32. La formule itérative est reprise au § 80 de l’avis annoté.

¹¹Voir l’arrêt CJUE, 3 novembre 2012, Test Claimants in the FII Group Litigation, C-35/11, EU:C:2012:707, point 102.

¹²§83.

¹³Au §84, elle affirme “*Cette délimitation du champ d’application de la politique commerciale commune pour ce qui concerne les investissements étrangers traduit le fait que tout acte de l’Union promouvant, facilitant ou régissant la participation, par une personne physique ou morale d’un État tiers dans l’Union et inversement, à la gestion ou au contrôle d’une société exerçant une activité économique est de nature à avoir des effets directs et immédiats sur les échanges commerciaux entre cet État tiers et l’Union, tandis qu’un tel lien spécifique avec ces échanges fait défaut dans le cas d’investissements qui ne conduisent pas à une telle participation*”.

Le raisonnement de la Cour est assez subtil. Elle relève, s'agissant des transports, notamment ferroviaire, que la jurisprudence est constante sur le fait que, lorsqu'un accord international est susceptible d'affecter des règles européennes, l'Union dispose d'une compétence exclusive pour conclure l'accord. Elle transpose cette règle à la question des investissements autre que directs. Cependant, elle conteste l'argumentation de la Commission qui consistait à soutenir que l'accord du cas d'espèce affecterait l'article 67 TFUE sur la libre circulation des capitaux. La Commission tentait d'étendre la notion de "règle commune" au sens de l'article 3§2 TFUE¹⁴, au droit primaire. La Cour est assez catégorique. Elle juge que "*Ce serait méconnaître la motivation inhérente à la règle de compétence externe exclusive (...) que d'étendre la portée de cette règle (...) à un cas de figure qui, comme en l'occurrence, concerne non pas des règles de droit dérivé instaurées par l'Union dans le cadre de l'exercice d'une compétence interne qui lui a été conférée par les traités, mais une règle de droit primaire de l'Union adoptée par les auteurs de ces traités*"¹⁵. Cette position est confirmée par l'application stricte de la hiérarchie des normes¹⁶. De sorte que l'Union ne dispose d'aucune compétence exclusive. Mais la solution de la Cour est plus nuancée. Un tel domaine ne saurait constituer une compétence exclusive des États membres, dans la mesure où les dispositions du traité de libre-échange sont « nécessaire pour réaliser, dans le cadre des politiques de l'Union, l'un des objectifs visés par les traités »¹⁷, au sens de l'article 216§1 TFUE. La compétence est donc partagée.

Sur la question du recours à l'arbitrage dans le règlement des différends entre États et investisseurs, l'analyse de l'accord par la Cour la conduit à considérer qu'en vertu de ses stipulations, les États devraient pouvoir être attirés devant des juridictions arbitrales "*sans que ledit État membre puisse s'y opposer, son consentement à cet égard étant réputé acquis conformément à l'article 9.16, paragraphe 2, dudit accord*"¹⁸. La Cour a déjà eu l'occasion de relever que la compétence de l'Union pour contracter des engagements internationaux inclut celle d'assortir ces engagements de dispositions institutionnelles¹⁹. L'introduction de ces dispositions n'ont pas d'incidence sur la nature de compétences exercées. Le raisonnement suit une logique principal/accessoire, aux termes de laquelle, l'accessoire suit le principal. Or, cette stipulation a pour conséquence de soustraire totalement aux États leurs compétences juridictionnelles. Lorsque l'on admet que, dans un État de droit, la compétence juridictionnelle relève des pouvoirs régaliens, on admet aisément avec la Cour que ces dispositions ne peuvent être considérées comme "*accessoires*" et, partant, ne sauraient être valables sans l'accord explicite de ces derniers. La compétence est nécessairement partagée. On se souvient que le processus de conclusion de l'accord "*nouvelle génération*" avec le Canada avait été profondément mis à mal par le Parlement wallon. Le conflit avait dévié sur le caractère démocratique de l'Union.

S'il est vrai que la Cour limite la compétence exclusive de l'Union pour la règlement des investissements qui ne peuvent être qualifiés d'investissements directs étrangers au sens l'article 207§1 TFUE, ainsi que sur le recours à l'arbitrage dans le règlement des différends, il n'en demeure pas moins vrai qu'elle fait une lecture relativement favorable à l'extension de la compétence exclusive de l'Union. La dualité principal/accessoire est souvent mobilisée pour faire entrer la matière concernée dans l'orbite des compétences exclusives. Le raisonnement suivi en matière de transport est topique du fonctionnement du mécanisme de lecture extensive du titre de compétence et, en parallèle, d'une lecture limitative de la disposition examinée.

Par ailleurs, l'avis provoque des conséquences qui semblent *a priori* bien éloignées du problème initial. Le Brexit nécessite un accord, aux termes de l'article 50§2 TUE²⁰. Vu la situation particulière du Royaume

¹⁴Qui constitue d'ailleurs une constitutionnalisation de l'arrêt fondamental CJCE, 31 mars 1971, *Commission c/ Conseil dit Accord sur les transports routiers (AETR)*, aff. 22/70, EU:C:1971:32.

¹⁵§234.

¹⁶Au §235, elle juge que "*eu égard à la primauté des traités UE et FUE sur les actes adoptés sur leur fondement, ces actes, y compris les accords conclus par l'Union avec des États tiers, puisent leur légitimité dans lesdits traités et ne sauraient, en revanche, exercer une influence sur le sens ou la portée des dispositions de ceux-ci.*"

¹⁷§239.

¹⁸§291.

¹⁹Voir les jurisprudences CJCE, avis, 26 avril 1977, *Accord relatif à l'institution d'un Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure*, aff 1/76, EU:C:1977:63, point 5 ; avis, 4 octobre 1979, *Accord international sur le caoutchouc naturel*, aff. 1/78, EU:C:1979:224, point 56; CJCE, 22 octobre 2013, *Commission/Conseil*, aff. C-137/12, EU:C:2013:675, points 70 et 71.

²⁰Qui dispose : "*L'État membre qui décide de se retirer notifie son intention au Conseil européen. À la lumière des orientations*

Uni en tant que futur nouveau État tiers, il y a fort à parier que l'accord à conclure présentera un degré d'intégration extrêmement large.

Le caractère inédit de la procédure interdit toute certitude. Si l'article 50§2 TUE opère bien par renvoi à l'article 218§3 TFUE²¹, il ne s'agit que de définir le cadre procédural de l'initiation de la procédure de négociation. Du reste, il est frappé d'une ambiguïté que la seule pratique pourra lever ; l'accord à conclure doit "fix(er)les modalités de son retrait, en tenant compte du cadre de ses relations futures avec l'Union". L'interprétation qu'en donne le Conseil dans ses [Orientations pour le Brexit](#) est très claire : il envisage une négociation en deux phases, la première sur le retrait et la seconde sur les relations futures²². De la sorte, l'accord commercial, s'il doit intervenir, ne pourra être négocié que dans un second temps et un instrument à part. Le retrait entendu *stricto sensu* ne sera pas influencé par l'avis concerné, mais la conclusion de l'accord qui fixera les relations entre l'Union et la Grande-Bretagne devra probablement passer devant les parlements nationaux et/ou locaux.

du Conseil européen, l'Union négocie et conclut avec cet État un accord fixant les modalités de son retrait, en tenant compte du cadre de ses relations futures avec l'Union. Cet accord est négocié conformément à l'article 218, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Il est conclu au nom de l'Union par le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, après approbation du Parlement européen."

²¹Qui dispose : "La Commission, ou le haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité lorsque l'accord envisagé porte exclusivement ou principalement sur la politique étrangère et de sécurité commune, présente des recommandations au Conseil, qui adopte une décision autorisant l'ouverture des négociations et désignant, en fonction de la matière de l'accord envisagé, le négociateur ou le chef de l'équipe de négociation de l'Union".

²²Dans ses orientations pour le Brexit, le Conseil explicite (§5) : "Si un accord sur des relations futures entre l'Union et le Royaume-Uni ne pourra être mis au point et conclu, en tant que tel, qu'une fois que le Royaume-Uni sera devenu un pays tiers, l'article 50 du TUE exige qu'il soit tenu compte, dans les modalités de retrait, du cadre des relations futures du Royaume-Uni avec l'Union. À cette fin, une conception d'ensemble partagée quant au cadre des relations futures devrait être définie au cours d'une deuxième étape des négociations au titre de l'article 50 du TUE. Nous nous tenons prêts à engager des discussions préliminaires et préparatoires à cette fin dans le contexte des négociations au titre de l'article 50 du TUE, dès que le Conseil européen aura décidé que des progrès suffisants permettant de parvenir à un accord satisfaisant sur les modalités d'un retrait ordonné auront été réalisés au cours de la première étape."