

ANNUAIRE FRANÇAIS
DE
RELATIONS
INTERNATIONALES

2018

Volume XIX

**PUBLICATION COURONNÉE PAR
L'ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES**

(Prix de la Fondation Edouard Bonnefous, 2008)



Université Panthéon-Assas
Centre Thucydide

L'UNION EUROPÉENNE ET LES ACCORDS DE LIBRE-ECHANGE « NOUVELLE GÉNÉRATION »

QUELLE EFFICACITÉ D'ACTION D'UNE UNION A COMPÉTENCE LIMITÉE ?

PAR

ELEFThERIA NEFRAMI (*)

Les accords de libre-échange « nouvelle génération » expriment l'approche globale des objectifs d'action extérieure de l'Union européenne consacrée par le Traité de Lisbonne dans l'article 21 du Traité sur l'Union européenne (TUE) (1). En négociant avec des pays tiers des accords bilatéraux de commerce et d'investissement alignés sur les valeurs qui régissent son action extérieure, l'Union affiche sa volonté de s'affirmer comme acteur global dans les relations internationales (2). L'Accord économique et commercial global avec le Canada (AECG, en anglais Comprehensive Economic and Trade Agreement ou CETA), l'Accord de partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP ou Traité de libre-échange transatlantique, TAFTA), les accords de libre-échange comme ceux avec Singapour (ALEUES), la Corée du Sud, le Vietnam, la Chine ou le Japon comportent de dispositions relatives non seulement aux échanges, mais aussi à la protection des investissements, à la propriété intellectuelle, à la protection de l'environnement et des droits sociaux, au règlement des différends (3). L'approche globale des objectifs d'action extérieure permet de surmonter la fragmentation des compétences externes en incluant un large éventail de questions dans un seul accord international, dans l'objectif

(*) Professeur à l'Université du Luxembourg.

(1) L'article 21 TUE regroupe les objectifs sectoriels d'action extérieure et comprend aussi l'objectif général d'affirmation de l'Union comme acteur international. Selon l'article 21§2 TUE, « *L'Union définit et mène des politiques communes et des actions et œuvre pour assurer un haut degré de coopération dans tous les domaines des relations internationales* », afin d'atteindre ses objectifs, dont celui de « *promouvoir un système international fondé sur une coopération multilatérale renforcée et une bonne gouvernance mondiale* » (sous h).

(2) Communication de la Commission, « Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux », COM(2010) 343 final, 7 juil. 2010 ; Conseil de l'Union européenne, « Une stratégie globale pour la politique étrangère et de sécurité de l'Union européenne », CFSP/PESC 543, 28 juin 2016.

(3) N. PIGEON, « L'accord de libre-échange EU-Vietnam : une hiérarchisation des objectifs de l'action extérieure au détriment de sa cohérence ? », *European Papers*, 2016, p. 691, disponible sur le site Internet www.europeanpapers.eu ; C. RAPOPORT, « La négociation de l'Accord économique et commercial global euro-canadien, une négociation sous contrainte », *Revue des affaires européennes*, 2017, pp. 201-210 ; A. SEGURA SERRANO, « From external policy to free trade: the EU-Singapore free trade agreement », in P. EECKHOUT / M. LOPEZ ESCUDERO (dir), *The European Union's External Action in Times of Crisis*, Hart Publishing, Oxford, 2016, pp. 483-508.

de faire de l'Union un acteur international global (4). Néanmoins, l'Union n'est pas dotée d'une seule compétence d'action extérieure, mais reste soumise au principe d'attribution (5), lequel limite sa marge d'action sur le plan international.

Dans l'avis 2/15, relatif à la compétence de l'Union pour conclure l'accord de libre-échange avec Singapour (6), la Cour de justice a considéré que l'accord ne relève pas dans son ensemble de la compétence exclusive de l'Union et, par conséquent, qu'il ne peut pas être conclu par l'Union seule. Or un accord international qui ne peut pas être conclu par l'Union seule et doit être conclu par l'Union et ses Etats membres, en tant qu'accord mixte, soulève une série de questions susceptibles de mettre en péril l'objectif de l'Union de s'affirmer comme acteur international. L'entrée en vigueur du CETA, conclu en tant qu'accord mixte, a déjà été mise en péril par le refus de ratification en Belgique et son application provisoire a heurté déjà les réticences des Etats membres (7).

La question est ainsi de savoir dans quelle mesure l'objectif d'affirmation comme acteur international, objectif à traits étatiques et concrétisé dans la nouvelle approche globale des accords sur le commerce et les investissements, peut être concilié avec le principe d'attribution qui implique que l'entité à laquelle est assigné ledit objectif n'est pas un Etat. Il s'agit de remettre en question l'assignation même à l'Union d'un objectif d'affirmation comme acteur global, dans la mesure où sa réalisation se heurte à l'attribution de compétences fragmentées et aux conditions d'exercice strictes. Certes, les accords de libre-échange nouvelle génération soulèvent une série d'autres questions, relatives à leur compatibilité avec le droit de l'Union (8) ou à la projection externe du système normatif

(4) E. NEFRAMI, « Vertical division of competences and the EU's external objectives », in M. CREMONA (dir), *The Court of Justice of the EU and External Relations Law – Constitutional Challenges*, Hart Publishing, Oxford, 2014, pp. 73-94.

(5) Selon l'article 5 2 TUE, « [e]n vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les Etats membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux Etats membres ». Dans son avis 2/13, relatif à l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de justice a souligné que « l'Union, du point de vue du droit international, ne peut pas, en raison de sa nature même, être considérée comme un Etat » (avis de la Cour du 18 décembre 2014, 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, pt 156).

(6) Avis de la Cour du 16 mai 2017, 2/15, *Accord de libre-échange avec la République de Singapour*, ECLI:EU:C:2017:376. Cf. M. DONY, « L'avis 2/15 de la Cour de justice : un 'jugement de Salomon' ? », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2017/3, pp. 525-554 ; D. KLEIMANN, « Reading opinion 2/15: standards of analysis, the Court's discretion, and the legal view of the Advocate General », *EUI Working Papers, RSCAS*, n°23, 2017.

(7) D. KLEIMANN / G. KÜBEK, « The signing, provisional application and conclusion of trade and investment agreements in the EU. The case of CETA and opinion 2/15 », *EUI Working Papers, RSCAS*, n°58, 2016.

(8) C. KESSELDJAN / L. VANHONNAEKER, « Controverses sur les traités de libre-échange. Les différends entre investisseurs et Etats hôtes par un tribunal arbitral permanent », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2017/4, pp. 633-656 ; H. LENK, « An investment court system for the new generation trade and investment agreements : A discussion on the free trade agreement with Vietnam and the CETA », *European Papers*, 2016, pp. 665-677.

européen (9). Etant donné toutefois le volume limité de la présente contribution, nous nous concentrerons sur la question de la compétence de l'Union pour conclure de tels accords, car c'est justement leur conclusion par la seule Union ou en tant qu'accords mixtes qui conditionne leur mise en œuvre et l'exercice d'influence de l'Union à l'égard de ses partenaires.

Nous verrons que le principe d'attribution implique l'absence de compétence exclusive de l'Union pour conclure les accords de libre-échange nouvelle génération. Le principe d'attribution se trouve ainsi confronté à l'objectif d'efficacité de l'action internationale de l'Union.

LES LIMITES ISSUES DU PRINCIPE D'ATTRIBUTION :
L'ABSENCE DE COMPÉTENCE EXCLUSIVE DE L'UNION
POUR CONCLURE UN ACCORD DE LIBRE-ECHANGE « NOUVELLE GÉNÉRATION »

Comme l'avocat général Sharpston l'a souligné dans son avis relatif à la conclusion de l'ALEUES, un accord de libre-échange « nouvelle génération » est hautement hétérogène, ce qui implique la détermination de la nature de la compétence de l'Union – qui conditionne la conclusion de l'accord en tant qu'accord mixte ou accord de l'Union seule – au regard de chaque chapitre ou même de dispositions individuelles. L'unité dont a fait preuve l'Union européenne lors de la négociation de l'accord, négocié par la seule Commission, n'affecte pas la répartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres au regard des différentes dispositions de l'accord (10). La Cour de justice a ainsi constaté, dans l'avis 2/15, l'absence de compétence exclusive de l'Union pour conclure l'accord de libre-échange avec Singapour, certaines dispositions relevant de la compétence partagée entre l'Union et ses Etats membres. Les enseignements issus de l'avis 2/15 quant à la nature de la compétence de l'Union concernent tous les accords de libre-échange en cours de négociation ou de ratification (11).

Dans la mesure où l'accord envisagé concerne la réglementation des échanges internationaux, le point de départ pour déterminer la nature de la compétence de l'Union est la politique commerciale commune, même si l'accord international comporte des dispositions qui touchent d'autres domaines de compétence (12). En principe, selon la doctrine de l'absorption, certaines dispositions d'un accord international peuvent être considérées comme accessoires par rapport à d'autres, ce qui signifie que c'est

(9) A. HERVE, « La loi du marché : réflexions sur la coopération réglementaire instaurée par l'AECG », *Revue des affaires européennes*, 2017, pp. 235-242 ; F. MICHEA, « L'AECG/CETA et la protection des droits fondamentaux au travail : relations fécondes ou liaisons dangereuses ? », *Revue des affaires européennes*, 2017, pp. 253-260 ; X. FERNANDEZ-PONS / R. POLANCO / R. TORRENT, « CETA on investment : the definitive surrender of EU law to GATS and NAFTA/BITs », *Common Market Law Review*, 2017, pp. 1319-1358.

(10) Conclusions présentées le 21 décembre 2016, ECLI:EU:C:2016:992, pts 82-84.

(11) E. NEFRAMI, « La compétence de l'Union pour conclure des accords internationaux », *Revue de droit public*, 2016, pp. 1639-1662.

(12) T. TAKACS, « Situating the Transatlantic Trade and Investment Partnership (negotiations) in European Union common commercial policy », *Legal Issues of Economic integration*, 2016, pp. 341-350.

seulement au regard des dispositions considérées comme principales que la question de la compétence sera déterminée (13). Cependant, concernant les accords de libre-échange nouvelle génération, la doctrine de l'absorption ne peut pas s'appliquer de la même façon. Les dispositions au-delà de la politique commerciale commune ne sauraient être traitées d'accessoires car, par définition, un accord de libre-échange nouvelle génération couvre plusieurs questions principales. En conséquence, étant donné qu'un accord de libre-échange est un accord commercial qui concerne aussi d'autres domaines à titre non subsidiaire, le point de départ dans la détermination de la compétence de l'Union est la portée de la politique commerciale commune – et non la mesure dans laquelle l'objectif commercial absorbe les autres. Dans l'avis 2/15, la Cour de justice a délimité la portée de la politique commerciale commune, ce qui l'a amené à considérer la nature de la compétence de l'Union dans les domaines de compétence externe implicite et enfin pour ce qui concerne les dispositions institutionnelles de l'ALEUES.

La portée de la politique commerciale commune

Depuis la réforme introduite par le Traité de Lisbonne, la politique commerciale commune, domaine de compétence externe explicite et exclusive de l'Union européenne, couvre, selon l'article 207 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle, le commerce des services et les investissements étrangers directs. Les accords de libre-échange nouvelle génération concernent les trois domaines, toutefois la politique commerciale commune ne les couvre pas dans leur entièreté et l'avis 2/15 a donné à la Cour l'occasion d'en préciser la portée.

Plus précisément, la Cour consacre une interprétation dynamique de la portée de la politique commerciale quant aux droits de propriété intellectuelle et à la protection des investissements, mais pose des limites pour ce qui concerne les services de transport et les investissements étrangers autres que directs.

L'interprétation dynamique : le critère du lien avec les échanges commerciaux

Depuis l'affaire *Daiichi Sankyo*, la Cour de justice considère qu'un acte de l'Union relève de la politique commerciale commune « *s'il porte spécifiquement sur les échanges internationaux en ce qu'il est essentiellement destiné à promouvoir, à faciliter ou à régir ces échanges et a des effets directs* ».

(13) S. ADAM, « The legal basis of international agreements of the European Union in the post-Lisbon era », in I. GOVAERE / E. LANNON / P. VAN ELSUWEGE / S. ADAM (dir) *The European Union in the World. Essays in Honor of Marc Mareceau*, Martinus Nijhoff, 2014, pp. 78 et suiv.

et immédiats sur ceux-ci » (14). Dans l'avis 2/15, ce lien spécifique conduit à faire inclure dans la portée de la politique commerciale commune l'ensemble des engagements de l'ALEUES en matière de propriété intellectuelle, y compris les dispositions relatives aux aspects non commerciaux de la propriété intellectuelle, tels les droits moraux protégés par des conventions internationales auxquelles renvoi est fait (15).

Concernant les investissements étrangers directs, la question est de savoir si leur régulation et protection poursuivent des objectifs commerciaux ou si l'article 207 TFUE couvre seulement les règles relatives à leur admission. L'ambiguïté vient du fait que la protection des investisseurs contre les expropriations relève de la compétence des Etats membres, étant donné que, selon l'article 345 TFUE, les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les Etats membres.

Le rapport entre l'article 345 TFUE et l'article 207 TFUE a fait l'objet d'une analyse approfondie, partant de la limite de l'extension de la portée de la politique commerciale commune, exprimée dans le paragraphe 6 de l'article 207 TFUE, qui stipule que l'exercice de compétence de politique commerciale commune n'entraîne pas une harmonisation des dispositions législatives ou réglementaires des Etats membres dans la mesure où les traités excluent une telle harmonisation. Il a été soutenu par la doctrine (16) que l'article 345 TFUE devrait être interprété strictement, en ce sens qu'il concernait la compétence des Etats membres pour décider des nationalisations ou privatisations, mais n'avait pas pour effet de soustraire les régimes de propriété existant au sein des Etats membres à l'application des règles fondamentales des traités. En ce sens, les conditions d'expropriation peuvent faire l'objet de mesures d'harmonisation et, par conséquent, la limite de l'article 207, paragraphe 6, du TFUE est neutralisée. Il en résulte que l'article 345 TFUE n'exclut pas la compétence de l'Union pour réglementer la protection des investissements contre l'expropriation. Par conséquent, l'Union ne peut pas conclure un accord international qui priverait les Etats membres de leur droit d'exproprier, mais peut convenir avec un pays tiers qu'aucune partie à l'accord ne peut nationaliser ou exproprier les investissements effectués par des investisseurs de l'autre partie, sauf lorsque certaines conditions sont remplies. La Cour de justice n'a pas considéré l'article 345 TFUE comme un obstacle à l'inclusion des dispositions de l'accord UE-Singapour relatives à la protection des investissements étrangers directs au champ d'application de la politique commerciale commune (17). En effet, la disponibilité de cette protection a

(14) Arrêt de la Cour du 18 juillet 2013, *Daïichi Sankyo et Sanofi-Aventis Deutschland*, C-414/11, ECLI:EU:C:2013:520, pt 51. Cf. également arrêt de la Cour du 25 octobre 2017, *Commission c Conseil*, C-389/15, ECLI:EU:C:2017:798, pt 65 ; C. KADDOUS, « The transformation of the EU common commercial policy », in P. ECKHOUT / M. LOPEZ ESCUDERO (dir), *The European Union's External Action in Times of Crisis*, Hart Publishing, Oxford, 2016, pp. 429-451.

(15) Avis 2/15, *op. cit.*, pt 127.

(16) A. DIMOPOULOS, *EU Foreign Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 108 et suiv.

(17) Avis 2/15, *op. cit.*, pt 107.

des effets directs et immédiats sur la décision d'effectuer l'investissement étranger direct et sur la jouissance des bénéfices de cet investissement.

Les limites de la politique commerciale commune

La politique commerciale commune trouve ses limites aux investissements étrangers autres que directs. Il était déjà établi dans la doctrine et confirmé par la Cour de justice dans l'avis 2/15 que l'extension de la politique commerciale commune aux investissements étrangers directs ne couvrirait pas les investissements autres que directs ou investissements dits « de portefeuille ». Ces derniers peuvent, aux termes de la Cour, « 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 » (18) et relèvent ainsi des dispositions du Traité relatives à la libre circulation des capitaux.

Concernant le commerce de services, la question qui est soulevée au sein des accords de libre-échange nouvelle génération est celle relative aux transports. Or l'article 207 TFUE exclut explicitement les transports de son champ d'application (19). Dans l'avis 2/15, la Cour de justice a considéré que tous les services liés aux transports ne sont pas exclus du champ d'application de l'article 207 TFUE. Les services de réparation et de maintenance d'aéronefs au cours desquels l'aéronef est retiré du service, la vente ou la commercialisation de services de transport aérien ainsi que les services liés aux systèmes informatisés de réservation sont des services commerciaux qui relèvent ainsi de la politique commerciale commune et qui ne sont pas couverts par l'exception du paragraphe 5 de l'article 207 TFUE (20).

Dans la mesure où les investissements de portefeuille et les services relatifs aux transports ne relèvent pas de la politique commerciale commune, l'exclusivité de la compétence de l'Union dépend des critères d'exclusivité d'une compétence externe implicite, codifiés, depuis le Traité de Lisbonne, à l'article 3, paragraphe 2, TFUE.

Les critères d'exclusivité des compétences externes implicites

Selon l'arrêt *AETR* (21), une compétence externe implicite de l'Union est exclusive lorsque la conclusion de l'accord international envisagé est susceptible d'affecter ou d'altérer la portée des règles communes déjà adoptées. Ce critère d'exclusivité est connu comme « effet *AETR* ». L'effet *AETR* est exprimé dans l'article 3, paragraphe 2, TFUE, selon lequel « l'Union dispose également d'une compétence exclusive pour la conclusion

(18) *Ibid.*, pt 227.

(19) Selon le paragraphe 5 de l'article 207 TFUE, « 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 ».

(20) Avis 2/15, *op. cit.*, pts 64-68.

(21) Arrêt de la Cour du 31 mars 1971, *Commission c/ Conseil*, 22-70, ECLI:EU:C:1971:32.

d'un accord international lorsque cette conclusion [...] est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée ».

Suivant une jurisprudence évolutive, l'affectation des règles communes est établie lorsque le domaine concerné par l'accord international est couvert en grande partie par les règles communes (22). Même si les dispositions de l'accord international portent sur une question non réglementée par les actes déjà adoptés par les institutions sur le plan interne, mais si la comparaison des dispositions de l'accord et des règles internes révèle des interférences, la Cour de justice admet l'exclusivité de la compétence externe de l'Union par le risque d'affectation des règles communes, considérant que les règles internes couvrent en grande partie le domaine concerné (23).

Cette interprétation large du critère d'affectation des règles communes a été également suivie dans l'avis 2/15 concernant le domaine des transports. La Cour rappelle que la constatation d'un risque d'affectation des règles communes ne présuppose pas une concordance complète entre le domaine couvert par les engagements internationaux et celui couvert par la réglementation de l'Union (24). Elle constate ainsi que les règles de droit dérivé portant sur les transports maritimes, ferroviaires, par route, aériens et par voie navigable intérieure relèvent de la compétence exclusive de l'Union. Or l'avocat général Sharpston avait considéré que l'effet *AETR* portait sur les transports ferroviaires et par route. Il est intéressant de noter que la Cour de justice a consacré le critère d'affectation des règles communes par absorption, concernant les dispositions relatives aux transports par voie navigable intérieure. Plus précisément, elle a considéré que, même si l'effet *AETR* ne permet pas de conclure à l'exclusivité de la compétence externe de l'Union, ces dispositions contiennent des engagements d'une portée extrêmement limitée, dont il n'y a pas lieu de tenir compte (25).

Toutefois, l'interprétation large du critère d'affectation des règles communes n'a pas suffi pour établir l'exclusivité de la compétence externe de l'Union pour l'ensemble des dispositions échappant au champ d'application de la politique commerciale commune. La Cour de justice, toujours dans l'avis 2/15, a jugé que les dispositions relatives

(22) F. CASTILLO DE LA TORRE, « The Court of justice and external competences after Lisbon: some reflections on the latest case law », in P. EECKHOUT / M. LOPEZ-ESCUADERO (dir.), *External Relations of the European Union in Times of Crisis*, Hart Publishing, Oxford, 2016, pp. 129-186 ; F. LE BOT, « Précisions sur les compétences externes implicites après le Traité de Lisbonne », *Revue des affaires européennes*, 2014/3, pp. 633-640 ; L. S. ROSSI, « De l'avis 1/03 à l'arrêt MOX », in M. DONY / L. S. ROSSI (dir.), *Démocratie, cohérence et transparence*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2008, pp. 155-169.

(23) Arrêt de la Cour du 4 septembre 2014, *Commission c/Conseil*, C-114/12, ECLI:EU:C:2014:2151 ; Avis de la Cour du 14 octobre 2014, 1/13, Compétence pour accepter l'adhésion d'Etats tiers à la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, ECLI:EU:C:2014:2303 ; Avis de la Cour du 14 février 2017, 3/15, Traité de Marrakech visant à faciliter l'accès des aveugles, des déficients visuels et des personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés aux œuvres publiées ECLI:EU:C:2017:114.

(24) Avis 2/15, *op. cit.*, pt 181.

(25) *Ibid.*, pt 217.

aux investissements de portefeuille relèvent de la compétence partagée de l'Union et de ses Etats membres. Il convient de noter que, selon la Commission, l'effet *AETR* pourrait être considéré comme établi par rapport à l'article 63, paragraphe 1, TFUE. Cette disposition selon laquelle « *toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les Etats membres et entre les Etats membres et les pays tiers sont interdites* » pourrait être affectée par la conclusion d'un accord international portant sur les investissements de portefeuille. Toutefois, l'avocat général Sharpston et l'Assemblée plénière de la Cour de justice n'ont pas suivi la Commission dans cette extension de la notion de « règles communes ». Il a été souligné que « *constituent des 'règles communes' les dispositions de droit dérivé que la Communauté, devenue l'Union, a progressivement instaurées* » (26). La Cour de justice a conclu ainsi que l'article 63 TFUE n'est pas une base juridique pour l'adoption de droit dérivé et, par conséquent, l'effet *AETR* ne trouve pas application. L'Union dispose d'une compétence externe dans le domaine des investissements de portefeuille qui résulte de sa compétence interne dans le domaine du marché intérieur, elle est ainsi de nature partagée, conformément à l'article 4, paragraphe 2, sous a), TFUE.

La compétence de l'Union pour les dispositions institutionnelles des accords de libre-échange

La compétence de l'Union pour contracter des engagements internationaux inclut celle d'assortir ces engagements de dispositions institutionnelles, telles celles relatives à une structure organique, aux voies de coopération, à l'échange d'information. Leur présence dans l'accord n'a pas d'incidence sur la nature de la compétence pour conclure ce dernier. En effet, ces dispositions ont un caractère auxiliaire et relèvent donc de la même compétence que celle dont relèvent les dispositions de fond qu'elles accompagnent (27). La Cour de justice confirme, dans l'avis 2/15, que les dispositions institutionnelles visent à garantir l'efficacité des dispositions de fond de l'accord envisagé, comme d'ailleurs les règles de transparence, ces dernières prévoyant notamment la communication sur les questions couvertes par l'accord, le respect du principe de bonne administration et du droit à un recours effectif (28). Il en résulte que dès lors que toutes les dispositions de fond ne relèvent pas de la compétence exclusive de l'Union, les limites de compétence de l'Union concernent aussi les dispositions institutionnelles qui accompagnent les dispositions de fond.

Les dispositions relatives au règlement des différends sont également des dispositions institutionnelles qui accompagnent celles de fond. Toutefois, dans le cadre des accords de libre-échange nouvelle génération, la question

(26) *Ibid.*, pt 233.

(27) Avis de la Cour du 26 avril 1977, *Fonds européen d'immobilisation de la navigation sur le Rhin*, ECLI:EU:C:1977:63, pt 5 ; Arrêt de la Cour du 22 octobre 2013, *Commission c/ Conseil*, C-137/12, ECLI:EU:C:2013:675, pts 70 – 71.

(28) Avis 2/15, *op. cit.*, pts 275, 282.

de compétence quant à ces dispositions est soulevée d'une façon spécifique. Elle est notamment soulevée avant que la question de la compatibilité avec le droit de l'Union ne soit traitée. Plus précisément, les mécanismes de règlement des différends en matière d'investissements peuvent être considérés comme incompatibles avec les caractéristiques principales de l'ordre juridique de l'Union et, notamment la compétence de la Cour de justice pour interpréter le droit de l'Union, y compris la répartition des compétences, et, par conséquent, comme incompatibles avec le principe d'autonomie de l'ordre juridique de l'Union (29). La Cour de justice ne s'est pas encore prononcée sur cette question, mais dans le cadre du CETA et dans la perspective de mise en place d'une juridiction multilatérale (30), la Cour de justice est saisie par la Belgique pour un avis consultatif en vertu de l'article 218, paragraphe 11, TFUE quant à la compatibilité du projet de Cour multilatérale d'investissements avec le droit de l'Union. La question de l'autonomie est également soulevée dans le cadre des systèmes juridictionnels bilatéraux. Le régime de règlement des différends entre investisseurs et Etats peut mettre en question le fonctionnement du mécanisme de renvoi préjudiciel, un des éléments du principe d'autonomie. Comme il résulte de l'affaire pendante *ACHMEA*, relative au régime de règlement des différends entre investisseurs et Etats dans le cadre des accords bilatéraux conclus entre Etats membres, du contrôle que les juridictions étatiques peuvent exercer sur les sentences rendues par les tribunaux arbitraux peut dépendre la compatibilité d'un tel régime avec le principe d'autonomie (31).

Etant donné que le régime de règlement des différends en matière d'investissements soulève des questions de compatibilité avec le droit de l'Union et le principe d'autonomie de l'ordre juridique de l'Union, on aurait pu s'attendre à ce que la question de compétence ne soit pas traitée avant qu'il soit répondu à la question de compatibilité. Or, dans l'avis 2/15, tout en refusant de se prononcer sur la compatibilité du mécanisme de règlement des différends en matière d'investissements avec le principe d'autonomie, puisqu'il ne s'agissait pas de la question dont elle était saisie (32), la Cour de justice a traité le régime de règlement des différends entre investisseurs et Etats sous l'angle de la compétence. Bien que les dispositions relatives au régime de règlement des différends entre parties constituent de dispositions institutionnelles qui sont absorbées par

(29) B. DE WITTE, « A selfish court? The Court of Justice and the design of international dispute settlement beyond the European Union », in M. CREMONA / A. THIES (dir), *The European Court of Justice and External Relations Law*, Hart Publishing, Oxford, 2014, pp. 33-46.

(30) Cf. Recommandation de décision du Conseil autorisant l'ouverture de négociations relatives à une convention instituant un tribunal multilatéral chargé du règlement des différends en matière d'investissements, COM(2017) 493 final, du 13 septembre 2017. Cf. A. ROSAS, « The EU and international dispute settlement », *Europe and the World, A Law Review*, 2017, p. 23.

(31) Cour de justice, *Slowakische Republik c. Achmea*, BV, C-284/16, Conclusions de l'avocat général Wathelet, présentées le 19 septembre 2017, ECLI:EU:C:2017:699, pts 239-249.

(32) Avis 2/15, *op. cit.*, pts 300-301.

les dispositions substantielles (33), le régime de règlement des différends entre investisseurs et Etats est susceptible de soustraire des différends à la compétence des juridictions des Etats membres ou de l'Union. La Cour considère que les dispositions relatives à un tel régime ne sauraient être considérées comme auxiliaires, ce qui implique qu'elles ne soient pas absorbées par la compétence pour conclure les dispositions de fond (34). De telles dispositions constituent au contraire une base autonome de compétence et la Cour considère qu'elles ne peuvent être conclues par l'Union seule, mais requièrent le consentement des Etats membres. Nous pouvons noter à cet égard qu'il s'agit d'une approche non substantielle de la notion de compétence partagée, qui ne peut être expliquée qu'au regard de son lien avec le principe d'autonomie. Le régime de règlement des différends entre investisseurs et Etats étant susceptible d'affecter les principes fondamentaux de mise en œuvre du droit de l'Union et, partant, le principe d'autonomie, les dispositions à sa base ne sauraient échapper à la compétence des Etats membres, maîtres des traités.

Il résulte de ce qui précède que le principe d'attribution et les limites s'agissant de la compétence de l'Union pour conclure les accords de libre-échange nouvelle génération, l'empêchent d'agir en tant qu'acteur unique sur le plan international. La Cour de justice a clairement noté dans l'avis 2/15 que les dispositions relevant de la compétence partagée ne sauraient être approuvées par l'Union seule (35). Le principe d'attribution, qui exprime la fragmentation des compétences externes de l'Union selon les objectifs poursuivis, doit toutefois être concilié avec l'objectif final assigné à l'Union – et exprimé dans les accords de libre-échange nouvelle génération – de s'affirmer comme acteur global et efficace sur la scène internationale.

LE PRINCIPE D'ATTRIBUTION
FACE A L'EFFICACITÉ
DE L'ACTION INTERNATIONALE DE L'UNION

Il semble évident que les limites de la compétence externe de l'Union entravent l'efficacité de son action internationale, il n'en demeure pas moins que l'objectif d'efficacité conduit à une interprétation dynamique du rapport entre objectifs sectoriels et compétence externe.

L'efficacité de l'action internationale de l'Union entravée par les limites de compétence

L'absence de compétence exclusive de l'Union pour conclure un accord international implique la participation des Etats membres à la conclusion

(33) *Ibid.*, pt 276.

(34) *Ibid.*, pt 292.

(35) *Ibid.*, pts 244, 304.

du dit accord. La conclusion d'un accord mixte, s'il est la conséquence nécessaire du principe d'attribution, est en même temps source de complexité (36).

Tout d'abord, l'action conjointe de l'Union et de ses Etats membres est susceptible de mettre en péril l'unité de la représentation internationale de l'Union, condition nécessaire de l'efficacité de son action. Certes, le devoir de coopération étroite, qui résulte du principe de coopération loyale (37) – lequel met les Etats membres au service des objectifs de l'Union, en l'occurrence l'efficacité de son action internationale – peut servir de source d'encadrement de la discrétion des Etats membres et les obliger à exercer leur propre compétence dans le respect des objectifs de l'Union (38). Néanmoins, le devoir de coopération étroite peut assurer la coordination et l'unité d'action de l'Union et de ses Etats membres, mais ne saurait effacer les effets de la présence conjointe. La Cour de justice a explicitement souligné, dans son arrêt *Commission c/ Conseil* du 28 avril 2015, que le devoir de coopération étroite qui s'applique tant au processus de négociation et de conclusion que dans l'exécution d'un accord mixte, « ne saurait justifier que le Conseil s'affranchisse du respect des règles de procédure et des modalités de vote prévues à l'article 218 TFUE » (39).

L'objectif d'unité servi par le devoir de coopération étroite doit être poursuivi dans un contexte de présence conjointe de l'Union et de ses Etats membres, laquelle en elle-même contredit l'affirmation de l'Union comme acteur global sur le plan international. Or, dans l'affaire *Commission c/ Conseil* – qui ne concerne pas les accords de libre-échange nouvelle génération, mais précise les contraintes de la mixité –, une seule décision est adoptée par voie de procédure unique, fusionnant deux actes : l'acte concernant l'application provisoire d'un accord international par l'Union et les Etats membres et l'acte concernant la conclusion de l'accord par l'Union. La décision hybride est adoptée par le Conseil et par les représentants des Etats membres réunis au sein du Conseil, toutefois, un acte intergouvernemental ne saurait être fusionné avec un acte de l'Union. Dans le cadre d'un accord mixte, même si le mandat de négociation avait été donné à la Commission seule, chacune des parties doit agir dans le cadre des compétences dont elle dispose (40) et le devoir de coopération étroite ne saurait déroger au principe d'attribution. A moins de considérer

(36) A. DASHWOOD, « Mixity in the era of the Treaty of Lisbon », in C. HILLION / P. KOUTRAKOS (dir), *Mixed Agreements Revisited*, Hart Publishing, Oxford, 2010, pp. 356.

(37) Art. 4§3 TUE ; C. HILLION, « Mixity and coherence in EU external relations: the significance of the duty of cooperation », in C. HILLION / P. KOUTRAKOS (dir), *Mixed Agreements Revisited – The EU and its Member States in the World*, Hart Publishing, Oxford, 2010, pp. 87 et suiv. . E. NEFRAMI, « The duty of loyalty: rethinking its scope through its Application in the field of EU external relations », *Common Market Law Review*, vol. XLVII, 2010, pp. 323-359.

(38) Cf. par exemple, arrêt de la Cour du 20 avril 2010, *Commission c/Suède*, C-246/07, ECLI:EU:C:2010:203 ; Arrêt de la Cour du 7 octobre 2014, *Allemagne c/ Conseil*, C-399/12, ECLI:EU:C:2014:2258.

(39) Arrêt de la Cour du 28 avril 2015, *Commission c/ Conseil*, C-28/13, ECLI:EU:C:2015:282, pt 55. Pour un commentaire, cf. T. VERELLEN, *Common Market Law Review*, 2016, pp. 741-762.

(40) C-28/13, *op. cit.*, pt 47.

que l'Union peut conclure seule un accord international en exerçant sa compétence externe partagée (*cf. infra*), lorsque l'absence d'exclusivité conduit à la présence conjointe de l'Union et de ses Etats membres sur le plan international, l'accord doit être signé et ratifié par l'Union et chacun des Etats membres selon leurs procédures constitutionnelles respectives et cela est aussi valable pour ce qui concerne leur application provisoire.

Il convient de noter que le recours à l'application provisoire d'un accord mixte peut paraître comme un moyen de compenser le retard de l'entrée en vigueur de l'accord, provoqué par la nécessité des ratifications nationales. En effet, le devoir de coopération loyale n'implique pas la possibilité de sanction de la non-ratification d'un accord mixte par un Etat membre. La position de Wallonie concernant la ratification du CETA a montré l'absence de moyen de contrainte autre que politique (41). Ainsi, le recours à l'application provisoire peut neutraliser les effets de la mixité sur la mise en œuvre des accords de libre-échange de nouvelle génération. Le CETA et l'accord avec la Corée du Sud s'appliquent déjà provisoirement et en partie par l'Union et certains Etats membres (42).

L'application provisoire ne remédie toutefois pas à toutes les complexités de la mixité. Outre le fait qu'elle ne concerne pas les dispositions institutionnelles des accords de libre-échange nouvelle génération, elle continue à exprimer le partage des compétences et la présence conjointe de l'Union et de ses Etats membres. En effet, la décision du Conseil relative à l'application provisoire se limite aux dispositions de l'accord relevant de la compétence exclusive de l'Union, alors que les Etats membres sont libres de décider de l'application provisoire de la partie de l'accord qui ne relève pas de la compétence exclusive de l'Union.

Cette divisibilité de l'accord international peut paraître problématique pour l'approche globale des objectifs d'action extérieure de l'Union et l'efficacité de son action internationale. Elle n'exprime pas moins l'attachement des Etats membres au principe d'attribution dans un sens strict. Comme il résulte aussi de la position du Conseil constitutionnel français, un accord mixte est conclu par l'Union dans la mesure où il relève de sa compétence exclusive et, dans cette mesure, il s'applique aux Etats membres en tant que droit de l'Union, et par les Etats membres dans la mesure où il échappe à la compétence exclusive de l'Union et, dans cette mesure, il relève du droit international (43). Or une telle approche est contraire à la position de la Cour de justice selon laquelle l'accord mixte dans son ensemble est source du droit de l'Union (44) et ne permet pas

(41) G. VAN DER LOO / R. WESSEL, « The non-ratification of mixed agreements: legal consequences and solutions », *Common Market Law Review*, 2017, pp. 735-770.

(42) T. DOLLE / B. SIMOES, « Mixed feelings about mixed agreements and CETA's provisional application », *European Journal of Risk Regulation*, 2016, p. 617.

(43) Décision n°2017-759 DC du 31 juillet 2017, *Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses Etats membres, d'autre part*, pts 13-14.

(44) E. NEFRAMI, « Mixed agreements as a source of European Union law », in E. CANNIZZARO / P. PALCHETTI / R. WESSEL (dir.), *International Law as Law of the European Union*, Martinus Nishoff, 2011, pp. 325-342.

d'envisager l'exercice d'une compétence partagée par l'Union seule sur le plan international (*cf. infra*).

Certes, la divisibilité de l'accord mixte peut être considérée comme se limitant à sa conclusion et application provisoire, alors que sa gestion est soumise au devoir de coopération loyale qui empêche que l'opposabilité de la répartition des compétences aux Etats tiers se fasse au détriment de l'efficacité et de la crédibilité de l'Union. Ainsi, dans l'engagement de la responsabilité internationale de l'Union et de ses Etats membres, des techniques propres aux accords mixtes (telles la déclaration des compétences ou les clauses de déconnexion (45)) permettent à l'Union et ses Etats membres de s'acquitter de leurs obligations internationales tout en préservant l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union en faisant de la répartition des compétences une question interne qui ne saurait conduire à l'absence de responsabilité de l'ensemble que forme l'Union et ses Etats membres (46).

Dans le cadre des accords de libre-échange nouvelle génération, le règlement n°912/2014 (47), relatif à la responsabilité financière de l'Union en matière d'investissements, est fondé sur le principe de l'engagement de la responsabilité financière de l'auteur du fait illicite. Toutefois, ce principe doit s'adapter à la répartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres, ce qui implique que la désignation de la partie défenderesse par l'ensemble européen ne s'aligne pas forcément sur la répartition de la responsabilité financière. Dans tous les cas, la délimitation de la responsabilité financière est une question interne à l'Union, régie par le règlement n°912/2004, qui exprime le principe de la protection de l'investisseur indépendamment de l'éventuel désaccord entre l'Union et les Etats membres quant à l'imputabilité.

Par conséquent, malgré la complexité inhérente à la présence conjointe de l'Union et de ses Etats membres, l'objectif de faire de l'Union un acteur crédible sur le plan international conduit à des solutions pragmatiques (telles l'application provisoire) ou juridiques (tel le règlement sur la responsabilité financière) susceptibles de compenser les entraves à l'efficacité d'action d'un acteur à compétences limitées. Cela étant, c'est surtout par l'interprétation dynamique du rapport entre compétences et objectifs sectoriels, interprétation contextuelle et téléologique dans la perspective de l'objectif final d'affirmation de l'Union comme acteur global

(45) J. HELISKOSKI, « EU Declarations of competence and international responsibility », in M. EVANS / P. KOUTRAKOS (dir.), *The International Responsibility of the European Union*, Hart Publishing, Oxford, 2013, pp. 199 et suiv.

(46) A. DIMOPOULOS, « The involvement of the EU in investor-state dispute settlement: a question of responsibilities », *Common Market Law Review*, 2014, pp. 1 671-1 720.

(47) Règlement (UE) n°912/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 établissant un cadre pour la gestion de la responsabilité financière liée aux tribunaux de règlement des différends entre investisseurs et Etats mis en place par les accords internationaux auxquels l'Union européenne est partie, *Journal officiel*, L 257, 28 août 2014, pp. 121.

et efficace, que les limites issues du principe d'attribution peuvent être surmontées.

L'efficacité de l'action internationale de l'Union favorisée par la dynamique des objectifs

L'objectif d'affirmation de l'Union comme acteur global et efficace sur la scène internationale, par la conclusion d'accords de libre-échange nouvelle génération, a conduit à une solution pragmatique acceptée par les Etats membres sur une question controversée, à savoir la terminaison des accords bilatéraux d'investissement antérieurement conclus entre les Etats membres et l'Etat tiers partenaire (48). L'Union se substitue aux accords bilatéraux des Etats membres, suite à l'entrée en vigueur d'un accord de libre-échange nouvelle génération, conclu par l'Union seule, ou en tant qu'accord mixte, comme il est prévu dans l'accord même (49). L'objectif d'affirmation de l'Union comme acteur global et efficace sur la scène internationale a toutefois des effets moins directs et davantage inscrits dans l'approche classique du principe d'attribution. Plus précisément, favorisé implicitement par le principe de loyauté (50), il permet l'interprétation dynamique du rapport entre objectifs et compétences sectorielles, ce qui conduit à une interprétation large de l'objectif de politique commerciale et de la portée de la compétence exclusive, mais aussi à la considération du recours à la mixité comme facultatif.

L'interprétation contextuelle de l'objectif de politique commerciale

L'exigence de conduite de la politique commerciale commune dans le cadre des principes et objectifs de l'action extérieure de l'Union européenne résulte tant de l'article 207 TFUE que de l'article 21 TUE, consacrant l'approche globale des objectifs de l'action extérieure de l'Union.

En effet, comme la Cour le rappelle dans l'avis 2/15, un accord de libre-échange nouvelle génération est un accord commercial qui vise à renforcer les relations économiques, commerciales et en matière d'investissements conformément à l'objectif de développement durable. Les composantes du développement durable consistent dans la protection des travailleurs et de l'environnement. La question s'est ainsi posée de savoir si les dispositions relatives au développement durable relèvent des bases juridiques qui leur correspondent ou si elles font partie des objectifs des relations commerciales entre l'Union et la République de Singapour.

Il convient tout d'abord de rappeler que, jusqu'à l'avis 2/15, la coexistence de l'objectif commercial avec d'autres objectifs donnait lieu au

(48) J. A. BISCHOFF, « Just a little *bit* of mixity? The EU's role in the field of international investment protection law *Common Market Law Review*, 2011, pp. 1527-1570.

(49) Avis 2/15, *op. cit.*, pt 246.

(50) I. BOSSE-PLATIÈRE, « L'objectif d'affirmation de l'Union européenne sur la scène internationale », in E. NEFRAMI (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2013, pp. 265-292.

contentieux de la base juridique (51). Selon la théorie du centre de gravité ou d'absorption, le choix de la base juridique d'une mesure unilatérale ou d'un accord international se fait selon l'objectif prépondérant. La base juridique à laquelle correspond l'objectif prépondérant absorbe ainsi les bases juridiques auxquelles correspondent les objectifs secondaires. Or, dans les accords nouvelle génération, l'objectif commercial n'a pas à être pondéré avec les autres objectifs, comme, par nature, lesdits accords peuvent se fonder sur une pluralité de bases juridiques.

Cependant, dans l'avis 2/15, la Cour de justice n'a pas considéré les dispositions de l'accord avec Singapour relatifs au développement durable comme l'expression d'objectifs et, donc, de bases juridiques autonomes. Elle a considéré en revanche l'extension du domaine de la politique commerciale commune, qui absorbe les objectifs de développement durable (52).

Il convient de noter à cet égard que l'extension de la portée de la politique commerciale commune ne résulte pas de l'analyse de l'objectif commercial. Selon la définition de la politique commerciale (*cf. supra*), on aurait pu considérer en ce sens que le fait que les normes internationales en matière environnementale et de protection des travailleurs conditionnent les échanges – en permettant à l'autre partie d'adopter des sanctions commerciales en cas de non-respect de pareilles conditions ou en subordonnant l'octroi d'un avantage commercial spécifique au respect des normes en matière de travail et d'environnement –, implique leur qualification de normes commerciales, ayant des effets directs et immédiats sur le commerce international. La Cour de justice a déjà considéré que l'objectif de coopération au développement est assez large pour inclure d'autres objectifs, liés à d'autres politiques, comme la migration, les transports et l'environnement (53). De la même façon, elle aurait pu considérer que l'objectif commercial est assez large pour inclure des objectifs de développement durable, vu aussi le caractère transversal de ces derniers.

Or, la Cour de justice, dans l'avis 2/15, a justifié l'absorption des objectifs de développement durable par l'objectif commercial par l'article 207 TFUE et l'exigence de conduite de la politique commerciale dans le cadre des principes et objectifs de l'action extérieure de l'Union. En conséquence, les objectifs de protection de l'environnement et des droits sociaux sont intégrés dans l'objectif commercial (54). L'article 207 TFUE complète ainsi l'article 21 TUE, en ce qu'il précise les effets de l'approche globale des objectifs listés (55). La conséquence de cette approche dans l'avis 2/15 est que les dispositions des accords de libre-échange nouvelle génération

(51) S. ADAM, *op. cit.*

(52) Avis 2/15, *op. cit.*, pt 141.

(53) Arrêt du 11 juin 2014, *Commission c. Conseil*, C-377/12, EU:C:2014:1903, pts 38 et 49.

(54) S. SCHACHERER, « The EU as a global actor in reforming the international investment law regime in light of sustainable development », *Geneva Jean Monnet Working Papers*, Université de Genève, n°1/2017.

(55) Avis 2/15, *op. cit.*, pt 143.

relatives au développement durable ne donnent pas lieu à l'existence d'une compétence autre que la compétence exclusive en matière de politique commerciale (56). D'ailleurs, la Cour de justice a souligné que l'Union n'exerce aucune compétence pour réglementer les niveaux de protection sociale et environnementale et, ainsi, les dispositions en question expriment un objectif commercial (57).

L'autonomisation des objectifs dans le cadre de l'action extérieure et l'exercice d'une compétence externe partagée

Alors que l'exclusivité de la compétence externe de l'Union dépend de la considération de l'exercice de sa compétence interne, la question s'est posée de savoir si l'efficacité de l'action internationale de l'Union pouvait être renforcée à travers l'autonomisation de l'aspect externe. Afin d'éviter la division des accords de libre-échange nouvelle génération en deux – l'un comprenant les dispositions relevant de la compétence exclusive de l'Union, l'autre les dispositions sur les investissements de portefeuille et le règlement des différends – (58), il s'agit de savoir si l'Union peut exercer seule et éviter ainsi la conclusion d'un accord mixte, une compétence externe qui n'a pas acquis le caractère exclusif en application du critère d'affectation des règles communes.

La base d'une telle considération se trouve dans l'article 216, paragraphe 1, TFUE, qui prévoit que 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* ». Les deux derniers cas envisagés dans cette disposition correspondent aux critères de l'article 3, paragraphe 2, TFUE, critères d'exclusivité de la compétence externe, issue de l'exercice de la compétence interne. Or le premier critère de l'article 216 TFUE se réfère à la nécessité de réalisation d'un des objectifs visés par les traités, qui se distingue du deuxième critère de l'article 3, paragraphe 2, TFUE, lequel se réfère à la nécessité de conclusion d'un accord international pour permettre à l'Union d'exercer sa compétence interne. En effet, la nécessité mesurée par rapport à la compétence interne implique que l'exercice de la compétence externe poursuive un objectif interne et, en même temps, cette nécessité, établie dans l'avis 1/76 (59), en tant que nécessité pragmatique, fait de la compétence externe une compétence exclusive. En revanche, la nécessité

(56) *Ibid.*, pt 163.

(57) *Ibid.* pt 164.

(58) Cf. par exemple la proposition de décision d'ouverture des négociations avec la Nouvelle-Zélande, COM (2017) 469 final.

(59) Avis 1/76, *op. cit.*

mesurée par rapport à la réalisation d'un objectif ne distingue pas entre objectifs internes et externes et n'implique pas de lien entre les deux.

En d'autres termes, l'article 216 TFUE pourrait permettre la conclusion d'un accord international par l'Union seule, lorsque cela est nécessaire pour réaliser un objectif interne par le biais de la conclusion de l'accord, avant que les règles internes ne soient adoptées. Dans un tel cas, l'exercice d'une compétence externe implicite serait possible même en l'absence de règles communes susceptibles d'être affectées, et, par conséquent, en l'absence d'une compétence externe exclusive.

La Cour a confirmé cette possibilité, donnant raison aux défenseurs de la mixité facultative (60). Dans l'arrêt *Allemagne c/ Conseil* du 5 décembre 2017, relatif à l'expression de la position de l'Union au sein de l'Organisation intergouvernementale pour les transports internationaux ferroviaires (OTIF), la Cour a considéré que l'Union pouvait adopter et présenter une position – dans un contexte de mixité – sur une question qui ne relève pas de la compétence exclusive de l'Union. Certes, l'affaire concerne la gestion de la mixité, la Cour toutefois admet que l'exercice d'une compétence partagée sur le plan international permet d'éviter le recours à la mixité au stade de la conclusion d'un accord international (61).

Il semble ainsi que l'objectif interne qui est poursuivi par l'exercice d'une compétence externe implicite pourrait acquérir une dynamique propre dans sa dimension externe, rendue possible par l'article 216 TFUE qui permet la conclusion d'un accord international uniquement en fonction de la nécessité de réaliser un objectif, pas forcément externe. Une telle approche, appliquée dans le cas d'accords de libre-échange nouvelle génération, conduirait à rendre possible leur conclusion par la seule Union, même si certaines dispositions relèvent d'une compétence externe implicite qui n'est pas exclusive, à l'instar des dispositions relatives aux investissements étrangers indirects. La nécessité qui pourrait permettre la conclusion de l'accord par l'Union seule serait liée à la réalisation de l'objectif de libre circulation des capitaux à travers la protection des investissements étrangers indirects.

Toutefois, nous pouvons aussi considérer que l'objectif dont la nécessité de réalisation pourrait permettre la conclusion de l'accord international par la seule Union est l'objectif qui est rattaché à l'accord dans son ensemble, à savoir faire de l'Union un acteur global sur le plan international. Etant donné qu'un accord de libre-échange nouvelle génération poursuit un tel objectif, la nécessité de sa réalisation pourrait permettre l'exercice de la compétence externe de l'Union même au regard des dispositions qui relèvent d'une compétence externe implicite, non encore exercée sur le plan interne. En ce sens, ces dernières dispositions seraient absorbées

(60) M. KLAMERT, *The principle of loyalty in EU law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 183-184.

(61) Arrêt de la Cour du 5 décembre 2017, *Allemagne c Conseil*, C-600/14, ECLI:EU:C:2017:935, pts 50-68 ; A. ROSAS, « Exclusive, shared and national competence in the context of the EU external relations: do such distinctions matter? », in I. GOVAERE / E. LANNON / P. VAN ELSUWEGE / S. ADAM (dir.), *The European Union in the World. Essays in Honor of Marc Mareceau*, Martinus Nijhoff, 2014, pp. 17-43.

par l'approche globale des compétences et des objectifs, au vu de l'objectif final de faire de l'Union un acteur crédible et efficace dans les échanges commerciaux. Ce serait la réalisation de cet objectif final qui pourrait rendre possible la conclusion d'un accord de libre-échange par l'Union seule, malgré la présence dans cet accord des dispositions ne relevant pas d'une compétence externe exclusive.

L'identification de l'objectif dont la nécessité de réalisation permet la conclusion d'un accord international par la seule Union n'est pas sans intérêt : s'il s'agit de l'objectif sectoriel interne, dont la réalisation nécessite l'exercice de la compétence correspondante externe, l'appréciation de la nécessité devra se faire en fonction du principe de subsidiarité. Lié à une compétence partagée, le fait que la réalisation de l'objectif se passe par la conclusion d'un accord international ne dispense pas les institutions du test de subsidiarité. Cela n'est pas sans difficulté s'il s'agit de prouver, par exemple, que la réalisation de l'objectif de libre circulation des capitaux, d'où découle le caractère partagé de la compétence externe implicite, nécessite pour sa réalisation la conclusion d'un accord international relatif aux investissements de portefeuille. En revanche, si on envisage l'objectif externe de faire de l'Union un acteur commercial global, qui est lié à l'accord nouvelle génération dans son ensemble, le test de subsidiarité est plus facilement réussi, comme nous ne pouvons pas raisonnablement soutenir qu'un tel objectif est réalisable au niveau de l'action individuelle des Etats membres.

Toutefois, considérer que l'objectif dont la réalisation permet la conclusion de l'accord international par l'Union seule est l'objectif général d'être un acteur international global pourrait heurter le principe d'attribution. En effet, un tel objectif ne correspond pas à une compétence précise, alors que l'article 216 TFUE se réfère à la nécessité de réaliser un objectif dans le cadre des politiques de l'Union. La Cour n'a pas été très claire dans l'affaire *C-600/14*, puisqu'elle a examiné dans ce cas la possibilité d'une compétence externe implicite sectorielle, dans le domaine des transports. L'incertitude naît toutefois par la référence explicite à l'avis 2/15. La Cour a en effet jugé utile de préciser que, si elle avait constaté que les dispositions pertinentes de l'accord concerné, relatives aux investissements étrangers autres que directs, qui relèvent de la compétence partagée entre l'Union et ses Etats membres, ne pouvaient être approuvées par l'Union seule, par cette constatation, elle a pris acte de « *l'impossibilité, mise en avant par le Conseil au cours de la procédure relative à cet avis, de recueillir en son sein la majorité requise pour que l'Union puisse exercer seule la compétence externe qu'elle partage avec les Etats membres en la matière* » (62).

Pouvons-nous considérer que la Cour insinue que l'objectif dont la nécessité de réalisation permet l'exercice de la compétence externe de l'Union est l'objectif de faire de l'Union un acteur global ? Ou ce serait

(62) *Ibid.*, pt 68.

plutôt l'objectif de politique commerciale, dont la nécessité de réalisation pourrait rendre accessoires les dispositions qui donnent lieu à une compétence partagée ? Toutefois, cela aboutirait à considérer que l'objectif commercial absorbe les autres, alors que la portée de politique commerciale a déjà été examinée dans l'avis 2/15 et la Cour n'a pas considéré comme englobant l'objectif lié aux investissements de portefeuille.

Afin de concilier l'approche englobante – permettant de dire que l'objectif dont la nécessité de réalisation permet la conclusion de l'accord par l'Union seule est l'objectif d'affirmation comme acteur international – avec le principe d'attribution, nous pouvons considérer que l'exercice de la compétence que l'article 216 TFUE rend possible n'est pas une compétence sectorielle, mais une compétence de conclusion de l'accord international. Cela permet la conclusion d'un accord nouvelle génération comportant des dispositions sur le règlement des différends, que la Cour a considéré comme donnant lieu à la compétence des Etats membres et qu'on ne peut pas considérer comme poursuivant un objectif de l'Union. L'interprétation du rapport objectifs-compétences à la lumière de l'objectif d'efficacité est ainsi susceptible d'accorder une dynamique particulière aux instruments d'action internationale, mais dont le déclenchement dépend, comme la Cour de justice l'a clairement admis, de la volonté politique des Etats membres.