Document generated on 04/19/2024 11:44 a.m.

Revue québécoise de droit international
Quebec Journal of International Law
Revista quebequense de derecho internacional

Le recours à l'accord mixte au fil de l'évolution temporelle et matérielle de la compétence de l'Union européenne en matière commerciale

France Morrissette

Volume 32, Number 1, 2019

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1070483ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1070483ar

See table of contents

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)
2561-6994 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Morrissette, F. (2019). Le recours à l'accord mixte au fil de l'évolution temporelle et matérielle de la compétence de l'Union européenne en matière commerciale. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, *32*(1), 43–109. https://doi.org/10.7202/1070483ar

Article abstract

This study examines the obligation to use the mixed agreement where the EU (ex-EC) had nevertheless asserted its exclusive commercial competence to justify the conclusion of the agreement. The analysis highlights that the material content of the Common Commercial Policy (CCP) has undergone a non-linear evolution in the course of the historical transformations of the EU (ex-EC), which has had repercussions on the extent of its competence in respect of commercial agreements and consequently on the necessity and the frequency of recourse to the mixed agreement for its commercial agreements. The study finds that the transformation of the CCP went through three periods. The first period was marked by a decline in the use of mixed agreements in commercial matters due to *Opinion 1/75* of the ECJ, which declared that the former EC has an intrinsically exclusive competence in matters of commercial policy whose content is identical to that of a sovereign state, and to the *Opinion 1/78*, which added that the CCP cannot exclude the more advanced mechanisms of international trade by limiting itself to its classic aspects (customs duties and non-tariff barriers). The second period begins with *Opinion 1/94* which excludes from the CCP several non-traditional manifestations of international trade (intellectual property rights and certain services). Such a narrow interpretation of the CCP then imposes the mixed procedure for the conclusion of several Community trade agreements, including the Uruguay Round agreements. The third period begins in 2009 with the *Lisbon Treaty* and its article 207 TFEU, which gives the EU exclusive competence for practically all WTO matters that *Opinion 1/94* had excluded from the CCP. The Daiichi affair confirms this new vision of the CCP and also establishes the foundations of a test intended to specify the connecting factors to this policy. The third period therefore marks a return to a broad interpretation of the CCP which suggests the probability of a decline in the use of the mixed agreement for EU trade agreements in the coming years.

Tous droits réservés © Société québécoise de droit international, 2019

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

LE RECOURS À L'ACCORD MIXTE AU FIL DE L'ÉVOLUTION TEMPORELLE ET MATÉRIELLE DE LA COMPÉTENCE DE L'UNION EUROPÉENNE EN MATIÈRE COMMERCIALE

France Morrissette[*]

Cette étude examine l'obligation de recourir à l'accord mixte lorsque l'ex-CE/UE avait allégué sa compétence commerciale exclusive pour conclure un accord. Nous constaterons que le contenu matériel de la Politique Commerciale Commune (PCC) a connu une évolution non linéaire au fil des transformations historiques de l'ex-CE/UE, ce qui a eu des répercussions sur l'étendue de sa compétence commerciale exclusive et, conséquemment, sur l'obligation de recourir à l'accord mixte pour ses conventions commerciales. Trois périodes marquent cette transformation de la PCC. La première période connaît un recul de la mixité en matière commerciale grâce à l'*Avis 1/75*, qui affirme que la compétence intrinsèquement exclusive de l'ex-CE en matière de politique commerciale a un contenu identique à celle d'un État souverain, et à l'*Avis 1/78*, qui ajoute que la PCC n'exclut pas les mécanismes évolués du commerce international en se limitant à ses aspects classiques, comme les droits de douane. L'avis *1/94* commence la deuxième période en écartant de la PCC plusieurs manifestations non traditionnelles du commerce international, tels les droits de propriété intellectuelle. Cette interprétation étroite de la PCC imposera alors la mixité pour la conclusion de plusieurs accords commerciaux communautaires, dont les accords du cycle d'Uruguay. La troisième période débute en 2009 avec l'article 207 TFUE du *Traité de Lisbonne* qui attribue à l'UE une compétence exclusive pour pratiquement tous les sujets de l'OMC que l'*Avis 1/94* avait exclus de la PCC. L'affaire Daiichi confirmera cette nouvelle vision de la PCC et elle y établira également les fondements d'un test destiné à préciser les critères de rattachement à cette politique. La troisième période marque donc un retour à une interprétation large de la PCC qui incite à penser qu'il y aura probablement, dans les années à venir, un recul du recours à l'accord mixte pour les accords commerciaux de l'UE.

This study examines the obligation to use the mixed agreement where the EU (ex-EC) had nevertheless asserted its exclusive commercial competence to justify the conclusion of the agreement. The analysis highlights that the material content of the Common Commercial Policy (CCP) has undergone a non-linear evolution in the course of the historical transformations of the EU (ex-EC), which has had repercussions on the extent of its competence in respect of commercial agreements and consequently on the necessity and the frequency of recourse to the mixed agreement for its commercial agreements. The study finds that the transformation of the CCP went through three periods. The first period was marked by a decline in the use of mixed agreements in commercial matters due to *Opinion 1/75* of the ECJ, which declared that the former EC has an intrinsically exclusive competence in matters of commercial policy whose content is identical to that of a sovereign state, and to the *Opinion 1/78*, which added that the CCP cannot exclude the more advanced mechanisms of international trade by limiting itself to its classic aspects (customs duties and non-tariff barriers). The second period begins with *Opinion 1/94* which excludes from the CCP several non-traditional manifestations of international trade (intellectual property rights and certain services). Such a narrow interpretation of the CCP then imposes the mixed procedure for the conclusion of several Community trade agreements, including the Uruguay Round agreements. The third period begins in 2009 with the *Lisbon Treaty* and its article 207 TFEU, which gives the EU exclusive competence for practically all WTO matters that *Opinion 1/94* had excluded from the CCP. The Daiichi affair confirms this new vision of the CCP and also establishes the foundations of a test intended to specify the connecting factors to this policy. The third period therefore marks a return to a broad interpretation of the CCP which suggests the probability of a decline in the use of the mixed agreement for EU trade agreements in the coming years.

En este estudio, hemos optado por examinar la obligación de utilizar el acuerdo mixto cuando la UE (ex-CE) ha alegado su competencia comercial exclusiva para justificar la conclusión del acuerdo. Nuestro análisis

[*] Professeure de droit international à la Section de droit civil de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa.

destaca que el contenido material de la Política Comercial Común (PCC) ha experimentado una evolución no lineal sobre las transformaciones históricas de la UE (ex-CE), lo que ha tenido repercusiones en el alcance de su competencia comercial exclusiva y, por consiguiente, en la necesidad y la frecuencia de recurrir al acuerdo mixto para sus acuerdos comerciales. Descubrimos que la transformación de la PCC ha pasado por tres períodos. El primer período estuvo marcado por una disminución del carácter mixto de los asuntos comerciales debido al *Dictamen 1/75*, que establece que la antigua CE tiene una competencia intrínsecamente exclusiva en asuntos de política comercial, cuyo contenido es idéntico al de un Estado soberano, y al *Dictamen 1/78*, que agrega que la PCC no puede excluir los mecanismos más avanzados del comercio internacional limitándose a los aspectos clásicos del mismo (aranceles aduaneros y barreras no arancelarias). El segundo período comienza con el *Dictamen 1/94* que excluye de la PCC varias manifestaciones no tradicionales del comercio internacional (derechos de propiedad intelectual y ciertos servicios). Esta interpretación estrecha de la PCC impondrá el procedimiento mixto para la celebración de varios acuerdos comerciales comunitarios, incluidos los acuerdos de la Ronda de Uruguay. El tercer período comienza en 2009 con el artículo 207 del TFUE del *Tratado de Lisboa*, que otorga a la UE una competencia exclusiva para prácticamente todos los asuntos ligados a la OMC que el *Dictamen 1/94* había excluido de la PCC. El asunto Daiichi confirmará esta nueva visión de la PCC y también establecerá los fundamentos de una evaluación destinada a especificar los criterios para la adhesión a esta política. Por lo tanto, el tercer período marca el regreso a una interpretación amplia de la PCC que sugiere que probablemente habrá una disminución en el uso del acuerdo mixto para los acuerdos comerciales de la UE en los próximos años.

L'ex-Communauté européenne[1] (ex-CE) et depuis 2009, l'Union européenne[2] (UE) ont historiquement conclu de nombreux traités en matière commerciale soit comme seul partenaire avec des États tiers, soit sous la forme d'un accord mixte bilatéral entre l'ex-CE ou l'UE (Ex-CE/UE) et ses États membres, d'une part, et, les États tiers, d'autre part, ou soit sous la forme d'un accord mixte multilatéral avec l'ex-CE/UE, ses États membres et les tiers y participant sur un pied d'égalité. Dans la présente étude, nous concentrerons notre attention sur la participation conjointe bilatérale ou multilatérale de l'Ex-CE/UE et des États membres, au processus de conclusion d'une convention mixte dans les cas où elle est requise parce que celle-ci traite d'un sujet dont certains éléments relèvent de la compétence de l'Ex-CE/UE alors que d'autres tombent encore sous la juridiction des États membres[3]. Le recours à l'accord mixte emporte avec lui des conséquences de nature procédurale importantes, ce qui freine l'action internationale de l'UE. Ainsi, selon la pratique actuelle, l'ex-CE/UE doit attendre avant de déposer son instrument de ratification d'une convention mixte, que tous ses États membres aient déposé leur propre instrument de ratification conformément aux exigences de leur constitution respective. Avec le nombre croissant des États membres de l'ex-CE/UE, certains auteurs soulignèrent que le processus de conclusion des conventions mixtes pouvait prendre jusqu'à trois années au minimum pour être complété[4]. De plus, au niveau du droit de l'UE, l'obligation de coopérer entre l'ex-CE/UE et ses États membres, consignée à l'article 4 (3) du *Traité sur l'Union européenne* (*TUE*), tel que modifié par le *Traité de Lisbonne* (*TL*), devient, dans le contexte d'une convention mixte, essentiel selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'ex-CE/UE (Cour européenne de justice ou CEJ) et ce, tant au

---

1 L'ex-Communauté européenne représenta l'ex-premier pilier de l'Intégration européenne (IE) sous le *Traité sur l'Union européenne* (*TUE*), 7 février 1992, JO, C 191 (entrée en vigueur : 1er novembre 1993) [*Traité de Maastricht* (*TM*)], le *Traité d'Amsterdam*, le 2 octobre 1997, JO, C 340 (entrée en vigueur : 1er mai 1999) [*Traité d'Amsterdam* (*TA*)] et le *Traité de Nice*, 26 février 2001, JO, C 80 (entrée en vigueur : 1er février 2003) [*Traité de Nice* (*TN*)]. Il était régi par le *Traité instituant la Communauté européenne* (*TCE*), désigné ci-après, selon le traité susmentionné en vigueur : *TCE* (*TM*), *TCE* (*TA*) et *TCE* (*TN*). Le *Traité instituant la communauté économique européenne* (*TCEE*), 25 mars 1957, JO, C 325 (entrée en vigueur : 1er janvier 1958) [*Traité de Rome* (*TR*)] créa l'ancêtre de la CE, soit la Communauté économique européenne (CEE).

2 En 2009, le *Traité de Lisbonne*, 13 décembre 2007, JO C 306 (entrée en vigueur : 1e décembre 2009) [*Traité de Lisbonne* (*TL*)] intégra les trois ex-piliers de l'IE (soit l'ex-premier pilier : la *CE*; l'ex-deuxième pilier : la politique étrangère et de sécurité commune de l'Union européenne (PESC) et l'ex-troisième pilier : la Cour permanente de justice internationale (CPJI) dans une structure juridique unique désignée sous le nom d'UE. Cette dernière est régie par le *TUE* tel que modifié par le *TL*, ci-après *TUE* (*TL*), et par le *Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne* (*TFUE*), 25 mars 1957, JO C 83 (entrée en vigueur : 1e 1er janvier 1958) [*Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne* (*TFUE*)]. Sous le *TM*, le *TA* et le *TN*, l'IE relative aux piliers PESC et CPJI était également régie par un *Traité sur l'Union européenne* (*TUE*), désigné ci-après, selon le traité susmentionné en vigueur : *TUE* (*TM*), *TUE* (*TA*) et TUE (*TN*).

3 Le type d'accord mixte (parfois désigné accord mixte classique) auquel nous référerons souvent correspond à cette définition. L'accord mixte représente un phénomène complexe qui se décline sous différentes facettes qui dépassent le cadre de la présente étude. À cet égard, voir, Christophe Hillion et Panos Koutrakos, *Mixed Agreements Revisited* : *The EU and its Member States in the World*, Oxford, Hart Publishing, 2010 [Hillion et Koutrakos]; Eleftheria Neframi, *Les accords mixtes de la Communauté européenne : aspects communautaires et internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2007 [Neframi, *Accords*].

4 Pieter Jan Kuijper et al, *The Law of EU External Relations*, 2e éd, Oxford, Oxford University Press, 2015 à la p 157.

niveau de la négociation, de la conclusion et de l'exécution des obligations qui découlent de tels traités[5].

Bien entendu, l'emploi de l'accord mixte ne s'est pas limité historiquement aux seuls cas où la compétence commerciale de l'ex-CE/UE était en jeu. Au contraire, il fut aussi beaucoup utilisé lors de conventions traitant de sujets relevant de la compétence ex-concurrente ou partagée générale[6] de l'ex-CE/UE, lesquels n'avaient pas encore fait l'objet d'une « préemption complète » en raison de l'action législative de l'ex-CE/UE[7]. Toutefois, comme l'exercice de la compétence commerciale fut, à notre avis, capital pour la reconnaissance de l'ex-CE/UE comme acteur international incontournable, nous avons choisi, dans la présente étude, de nous limiter à examiner le recours à l'accord mixte classique dans les situations où la compétence commerciale de l'ex-CE/UE fut notamment alléguée et ce, au fil de l'évolution temporelle et matérielle de celle-ci.

I. La compétence commerciale de l'ex-CE/UE : une compétence d'attribution intrinsèquement exclusive

Depuis le *TL*, les articles 3 (1) (e) et 207 du *Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne* (*TFUE*)[8] confèrent à l'UE le pouvoir d'attribution intrinsèquement exclusif de conclure seule des accords avec des États tiers dans des matières relevant de la politique commerciale commune (PCC) européenne[9]. Toutefois, c'est l'*Avis de la Cour du 11 novembre 1975 - Arrangement concernant une norme pour les dépenses*

---

5 Panos Koutrakos, *EU International Relations Law*, 2e éd, Oxford, Hart Publishing, 2015 aux pp 182, 196 [Koutrakos, *EU International* (2)]; Piet Eeckhout, *EU External Relations Law*, 2e éd, Oxford, Oxford University Press, 2011 aux pp 241-266 [Eeckhout, *EU External Relations*].

6 Depuis le *TL*, une compétence est partagée générale (auparavant ex-concurrente) entre l'UE et les États membres quand ces derniers demeurent compétents à l'interne et à l'externe dans le domaine concerné jusqu'à l'intervention législative de l'UE dans ledit domaine. Les compétences partagées générales (se trouvant à *TFUE*, *supra* note 2, arts 4 (1), (2)) exercées par l'UE deviennent exclusives par acquisition pour celle-ci, dans les limites et selon les modalités de son exercice. Jean-Luc Sauron, Comprendre le traité de Lisbonne, Paris, Gualino, 2008 aux pp 86-88.

7 L'exercice par l'UE de ses pouvoirs partagés généraux instaure un système évolutif et graduel de transfert de compétences exclusives par acquisition interne et implicites externes en faveur de l'UE. Le concept de préemption intervient pour préciser l'aire de compétences exclusives internes et implicites externes de l'UE, de laquelle les États membres sont exclus entièrement, auquel cas il y a préemption complète, ou en partie uniquement, auquel cas il y a préemption limitée. Voir Neframi, *Accords*, *supra* note 3 aux pp 30-141. Pour l'origine de la théorie des compétences exclusives par acquisition de l'UE, codifiée dans *TFUE*, *supra* note 2, art 3 (2) (en 3 situations possibles), voir notamment *Commission des Communautés européennes c Conseil des Communautés européennes, accord européen sur les transports routiers*, C-22/70, [1971] ECR I-00263 [*AETR*]; *Avis de la Cour du 26 avril 1977 – Avis rendu en vertu de l'article 228, paragraphe 1, alinéa 2 du traité CEE – Projet d'accord relatif à l'institution d'un Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure*, C-1/76 [1977] ECR I-00741 [*Avis 1/76*].

8 *TCEE-TCE* (*TM*), *supra* note 2, ex-art 113, *TCE* (*TA*)-*TCE* (*TN*), *supra* note 1, art 133. *TCE* désignera parfois les dispositions quasi identiques du *TCEE* et du *TCE* (*TM*).

9 *TFUE*, *supra* note 2, arts 206-207.

locales élaborée dans le cadre de l'OCDE (*Avis 1/75*)[10], en date du 11 novembre 1975, qui a reconnu un tel effet à l'ex-article 113 du *Traité instituant la communauté économique européenne* (*TCEE*) (actuellement, art 207 *TFUE*), en raison « de la manière dont la [PCC] est conçue par le traité »[11]. Voyons d'abord le contexte qui a conduit la Cour à conclure de la sorte.

Cette affaire porte sur un projet d'arrangement concernant la définition d'une norme à respecter pour l'octroi de crédits publics à l'exportation couvrant les dépenses locales. Ce projet était destiné à être mis en vigueur par le biais d'une résolution obligatoire du conseil de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE). Sur la base de l'ex-article 228 (1) al 2 *TCEE*[12], la Commission avait alors saisi la CEJ d'une demande d'avis préalable sur la question de la compétence de l'ex-Communauté pour conclure un tel arrangement.

Dans son *Avis*, la Cour décrète que l'ex-CEE possède un tel pouvoir en vertu de l'ex-article 113 *TCEE*. Selon la CEJ, la matière réglée par l'arrangement de l'OCDE considéré en l'espèce, relève sans aucun doute de la catégorie des aides à l'exportation visée à l'ex-article 112 *TCEE*[13]; lequel reconnaît une compétence communautaire en la matière. De plus, le domaine de la politique d'exportation, énuméré expressément à l'ex-article 113 *TCEE* en tant qu'élément d'une PCC communautaire englobe nécessairement les aides à l'exportation et plus particulièrement le projet susmentionné de l'OCDE. Par conséquent, conclut la Cour, celui-ci relève de la PCC de l'ex-CEE telle que définie à l'ex-article 113[14]. Pour la CEJ, de telles mesures concernant les crédits à l'exportation « constituent, en fait, un élément important de la politique commerciale dont la notion a le même contenu, qu'elle s'applique dans la sphère d'action internationale d'un État ou dans celle de la Communauté »[15]. En outre, ajoute la Cour, cette notion de PCC permet à la Communauté non seulement d'adopter, sur la base de l'ex-article 113, des règles autonomes de droit communautaire[16], mais aussi de conclure des conventions avec les États tiers, comme celle dont il est question en l'occurrence[17].

Après ces quelques précisions sur le contenu de l'ex-article 113, la CEJ souligne le caractère intrinsèquement exclusif de la compétence communautaire fondée

---

10 *Avis de la Cour du 11 novembre 1975 - Arrangement concernant une norme pour les dépenses locales élaborée dans le cadre de l'OCDE- Procédure de l'article 228, paragraphe 1, alinéa 2 du traité CEE*, C-1/75, [1975] ECR I-1355 [*Avis 1/75*].

11 *Ibid* point B-2 au para 1.

12 Actuel *TFUE*, *supra* note 2, art 218 (11).

13 *TL*, *supra* note 2, art 2 (112). L'article 2 (112) *TL* abrogea cette disposition (devenue *TCE* (*TN*), *supra* note 1, ex-art 132.

14 *Avis 1/75*, *supra* note 10 point B-1 au para 7.

15 *Ibid* au para 5.

16 Les mesures de sauvegarde, les mesures compensatoires en cas de subventions et les droits antidumping en cas de dumping en sont des exemples. Sur ce sujet voir, Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 aux pp 447-458; Phillippe C Schmitter et Catherine Smits, « La politique commerciale commune et les accords commerciaux » dans Jean-Victore Louis et Marianne Dony, dir, *Commentaire J Mégret*: *Le droit de la CE et de l'Union européenne, Relations extérieures*, vol 12, 2e éd, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2005, 215 aux pp 250-256 [Schmitter et Smits].

17 *Avis 1/75*, *supra* note 10 point B-1 au para 10.

sur cette disposition. Pour la Cour, la PCC est conçue par l'ex-article 113 « dans la perspective du fonctionnement du marché commun pour la défense de l'intérêt global de la Communauté »[18]. Ce caractère fondamental de la PCC fait que, dans un domaine comme celui réglé par l'arrangement de l'OCDE, dont il est question en cette affaire, « [l]'action unilatérale des États membres risquerait en effet d'aboutir à des disparités, dans les conditions d'octroi du crédit à l'exportation, de nature à fausser la compétition des entreprises des différents États membres sur les marchés extérieurs »[19].

« On ne saurait dès lors admettre [qu']il y ait [dans le domaine susmentionné] une compétence des États membres parallèle à celle de la communauté, dans l'ordre communautaire aussi bien que dans l'ordre international » [20].

Selon la Cour, la nature intrinsèquement exclusive de l'ex-article 113 ne serait, en outre, aucunement affectée par le fait que les obligations financières entraînées par l'exécution de l'arrangement de l'OCDE en cause soient directement à la charge des États membres et non de la Communauté[21]. La Cour exclut donc ici le recours à l'accord mixte malgré cette implication claire des États membres[22]. La CEJ pousse même la nature intrinsèquement exclusive de cette compétence communautaire en lui reconnaissant la prépondérance, si des produits soumis au *Traité CECA*[23] étaient touchés par le projet susmentionné de l'OCDE. Pour la Cour, l'ex-article 71 du *Traité CECA,* qui sauvegarde la compétence des États membres sur de tels produits, ne saurait rendre inopérants les ex-articles 113 et 114 *TCEE*[24] et affecter la compétence de l'ex-communauté de négocier et de conclure des accords internationaux relevant de la PCC[25].

La nature intrinsèquement exclusive du pouvoir de l'UE sur la PCC fut donc établie assez tôt dans l'histoire de l'UE[26]. Cette compétence d'attribution exclusive fut reconnue par la jurisprudence comme étant totale et *ab initio*, en ce sens que les États membres ne peuvent adopter aucune mesure unilatérale interne ou conventionnelle dans les matières qui relèvent de la PCC et ce, même si l'UE n'a pas encore exercé sa

---

18 *Ibid* point B-2 au para 4. La politique commerciale commune (PCC) vise l'uniformisation des règles relatives aux relations commerciales extérieures de l'ex-CE/UE et la suppression des différences normatives entre les États membres qui pourraient causer des distorsions sur le marché interne et externe de l'ex-CE/UE; Voir, Schmitter et Smits, *supra* note 16 aux pp 275-76.

19 *Avis 1/75*, *supra* note 10 à la p 1364.

20 *Ibid* au point B-2 aux para 6-7.

21 *Ibid* au para 9.

22 La Cour changera de position dans *Avis de la Cour du 4 octobre 1979, Avis rendu en vertu de l'article 228, paragraphe 1, deuxième alinéa, du traité CEE - Accord international sur le caoutchouc naturel*, C-1/78, [1979] ECR I-2875 [*Avis 1/78*]; Ci-dessous, le texte correspondant aux notes 93 à 109.

23 *Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, 18 avril 1951, JO, C 33 (entrée en vigueur : 23 juillet 1952) aux para 28-31 [*CECA*]. À noter que ce traité a expiré le 23 juillet 2002.

24 Le *TM*, *supra* note 1, art G (29) (abroge l'ex-art 114 du *TCEE*).

25 *Avis 1/75*, *supra* note 10 point B-2 aux para 10-12.

26 *Ibid*. L'*Avis 1/75* reconnaît la compétence exclusive de l'ex-CEE de conclure des traités concernant la PCC. Sa compétence exclusive d'adopter des mesures autonomes internes de PCC fut proclamée dans l'affaire 41/76; *Suzanne Donckerwolcke épouse Criel et Henri Schou c Procureur de la République au tribunal de grande instance de Lille et Directeur général des douanes et droits indirects*, C-41/76, [1976] ECR I-1921; Voir également, Schmitter et Smits, *supra* note 16 à la p 274.

compétence[27]. Cela signifie également que contrairement à une compétence externe implicite[28], l'article 207 *TFUE* autorise l'UE à conclure des conventions même dans des domaines qui n'ont pas encore fait l'objet d'une réglementation interne[29]. Cela étant bien établi, c'est donc plutôt au niveau de l'étendue de la PCC que les questions se posèrent et continuent de se poser. En effet, il fut vite évident qu'une interprétation large des domaines couverts par celle-ci aurait pour effet de réduire d'autant le contrôle des États membres sur leur commerce extérieur et d'accroître d'autant les pouvoirs de l'UE sur celui-ci[30], ce qui ne pouvait que soulever la controverse et des opinions divergentes sur le sujet. En septembre 1986, la polémique atteignit son paroxysme au début des négociations du cycle d'Uruguay[31]. Ces dernières portaient effectivement sur plusieurs projets de conventions, dont l'*Accord général sur le commerce des services* (*GATS*)[32] et l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (*ADPIC* ou *TRIPS*)[33], à propos desquels on se demandait si l'ex-CE avait la compétence nécessaire pour les conclure seule au titre de l'ex-article 113 *TCE* (*TM*) ou si ses États membres devaient se joindre à elle pour procéder à leur conclusion sous la forme d'accords mixtes.

II. L'étendue matérielle de la PCC : une détermination essentielle pour justifier le recours à l'accord mixte avant le *Traité de Lisbonne* (*TL*)

Puisque les États membres perdent tout pouvoir d'agir dans leur ordre juridique interne ou par convention internationale dans les matières visées par la PCC, l'histoire de l'ex-CE/UE sera marquée par le souci de préciser le plus exactement possible l'étendue des activités qui relèvent conséquemment de cette compétence d'attribution intrinsèquement exclusive. Pour certaines instances européennes, cet exercice, nous le verrons, visait pour beaucoup à réduire l'obligation de recourir à la mixité conventionnelle.

Très tôt dans l'histoire de l'ex-CE/UE, la Commission et le Conseil ont donc élaboré leurs propres thèses au sujet de la portée de la PCC, auxquelles s'est ajoutée la jurisprudence de la Cour européenne de justice sur la question. Notons ici que la

---

27 Schmitter et Smits, *supra* note 16 à la p 275.

28 Voir *supra* notes 6 et 7.

29 Schmitter et Smits, *supra* note 16 aux pp 251-56.

30 Panos Koutrakos, *EU International Relations Law*, 1ère éd, Portland, Hart Publishing, 2006 à la p 33 [Koutrakos, *EU International* (1)].

31 Organisation mondiale du commerce, « Éléments essentiels : Le Cycle d'Uruguay » (23 septembre 2019), en ligne : *OMC* <www.wto.org/French/thewto_f/whatis_f/tif_f/fact5_f.htm>.

32 *Accord général sur le commerce des services, Annexe 1B de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1869 RTNU 219 (entrée en vigueur : 15 avril 1995).

33 Acronymes français et anglais de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Annexe 1C de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1869 RTNU 332 (entrée en vigueur : 1er janvier 1995) [*Accord sur les ADPIC*].

jurisprudence, dont nous traiterons dans les rubriques subséquentes, porte tant sur les mesures autonomes internes que sur les conventions adoptées au titre de la PCC. Comme la CEJ l'a très bien souligné dans l'*Avis 1/75* : « Une politique commerciale est en effet édifiée par le concours et l'interaction de mesures internes et externes, sans qu'il y ait priorité pour les unes ou les autres : tantôt […] les accords constituent l'exécution d'une politique préalablement fixée, tantôt la politique est définie par les accords mêmes »[34].

Ainsi, bien que notre étude vise à mesurer le recours à l'accord mixte au fil de l'évolution historique de l'étendue du pouvoir exclusif européen de conclure des conventions relevant de la PCC, une telle analyse ne peut pas s'effectuer en excluant entièrement l'aspect interne de cette dernière.

A. L'étendue matérielle de la PCC selon la Commission et le Conseil

Très tôt, la Commission adopta une conception instrumentale de la PCC alors que celle du Conseil fut finaliste. Ces deux thèses illustrent le conflit historique entre la position progressiste de la Commission et l'attitude défensive du Conseil envers l'intégration européenne[35]. Pour le Conseil, l'objectif poursuivi représente l'unique critère qui détermine si un domaine se rattache ou non à la PCC. Suivant la théorie finaliste du Conseil, seules les mesures qui ont pour but d'influencer le volume ou le courant des échanges avec les États tiers relèvent de la politique commerciale. Pour la Commission, les mesures de PCC constituent plutôt des instruments qui, en raison de leur nature spécifique, ont pour effet de réglementer le commerce international[36]. D'après la Commission, « la finalité liée à l'utilisation de ces instruments serait sans importance »[37].

Certains auteurs estimèrent à l'époque que la thèse de la Commission était trop extensive. Ils notèrent effectivement qu'en vertu de la théorie de la Commission, une mesure, comme une restriction à l'importation, qui par sa nature même réglemente le commerce international, relèverait toujours de l'ex-article 113 *TCEE*, même si l'objectif poursuivi était par exemple la protection de l'environnement ou de la santé publique. Ils critiquèrent également la thèse du Conseil comme étant trop restrictive[38], notamment puisque des mesures inhérentes à toute politique commerciale, comme les règles relatives à l'origine des biens, ne relèveraient probablement pas de la PCC, « *since it would more than often be difficult to affirm that they aim at influencing the*

---

34 *Avis 1/75*, *supra* note 10 à la p 1363.

35 Peter Gilsdorf, « Portée et délimitation des compétences communautaires en matière de politique commerciale » (1989) 20:326 *R du Marché Commun* 195 à la p 196 [Gilsdorf].

36 *Ibid*; Christiaan Willem Anton Timmermans, « La libre circulation des marchandises et la politique commerciale commune » dans Paul Demaret dir, *Relations extérieures de la Communauté européenne et marché intérieur : aspects juridiques et fonctionnels*, Bruxelles, E Story-Scientia, série collège d'Europe 1988 à la p 94 [Timmermans « Libre »].

37 Neframi, *Accords*, *supra* note 3 à la p 147.

38 Timmermans « Libre », *supra* note 36 à la p 95; Gilsdorf, *supra* note 35 aux pp 196-97.

volume or pattern of trade[39] ». Cela dit, il faut souligner ici qu'avec les années « ni la Commission ni le Conseil n'ont strictement adhéré respectivement à la thèse de l'instrument et à celle de l'objectif[40] ».

Voyons maintenant dans quelle mesure la CEJ s'est alignée sur la position de la Commission ou sur celle du Conseil et comment, par ses décisions et avis principaux, elle a défini la PCC de l'ex-CE/UE et précisé en conséquence les conditions du recours à la mixité conventionnelle.

B. L'évolution de la jurisprudence antérieure au *TL* sur l'étendue de la politique commerciale commune

Après l'*Avis 1/75*, qui a reconnu le caractère intrinsèquement exclusif de l'ex-article 113 *TCEE* (actuellement, art 207 *TFUE*)[41], la jurisprudence de la CEJ s'inscrit globalement dans deux courants distincts qui ont eu un impact sur l'obligation de recourir à la mixité et dont l'évolution ne fut pas nécessairement toujours parfaitement chronologique et linéaire[42]. D'abord, une tendance où la Cour adopte une interprétation large de la PCC, qui fut marquée au début par l'espoir soulevé par l'*Avis rendu en vertu de l'article 228, paragraphe 1, deuxième alinéa, du traité CEE - Accord international sur le caoutchouc naturel* (l'*Avis 1/78*)[43], et l'autre courant, d'origine plus récente, où la PCC reçoit une acception restrictive, que *l'Avis de la Cour du 15 novembre 1994 - Compétence de la Communauté pour conclure des accords internationaux en matière de services et de protection de la propriété intellectuelle (Avis 1/94)*[44] plaça sous le signe de l'espoir déçu[45].

1. L'*AVIS 1/78* ET SES RÉPERCUSSIONS

a) L'espoir soulevé par une interprétation large de la PCC dans l'Avis 1/78

En réponse à une demande de la Commission fondée sur l'ex-article 228 (1) al 2 *TCEE*, la CEJ rend l'*Avis 1/78*[46] le 4 octobre 1979. La Commission s'interrogeait

---

39 Jacques H J Bourgeois, « The Common Commercial Policy - Scope and Nature of the Powers » dans Edmond L M Völker, dir, *Protectionism and the European Community*, 2e éd, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1987, 1 à la p 5 [Bourgeois, « Common »].

40 Paul Demaret, « La politique commerciale : perspectives d'évolution et faiblesses présentes » dans Jürgen Schwarze et Henry G Schermers dir, *Structure and Dimensions of European Community Policy*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1988, 69 à la p 72.

41 Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 18-25; *TFUE*, *supra* note 2 art 207.

42 Panos Koutrakos, « Legal Basis and Delimitation of Competence in EU External Relations » dans Marise Cremona et Bruno De Witte, dir, *EU Foreign Relations Law, Constitutional Fundamentals*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2008, 171 aux pp 175-76 [Koutrakos, « Legal Basis »].

43 Neframi, *Accords*, *supra* note 3 à la p 150.

44 *Avis de la Cour du 15 novembre 1994 - Compétence de la Communauté pour conclure des accords internationaux en matière de services et de protection de la propriété intellectuelle - Procédure de l'article 228, paragraphe 6, du traité CE*, C-1/94 [1994] ECR I-05267 [*Avis 1/94*].

45 Schmitter et Smits, *supra* note 16 à la p 233.

46 *Avis 1/78*, *supra* note 22; Actuellement *TFUE*, *supra* note 2, art 218 (11), équivaut à *TCEE*, *supra* note 1, ex-art 228 (1) al 2.

alors sur la compétence de la CEE pour conclure l'*Accord international sur le caoutchouc naturel* qui était en cours de négociation dans le cadre de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED)[47]. En cette affaire, la Commission alléguait que la CEE avait un tel pouvoir intrinsèquement exclusif en vertu de l'ex-article 113 *TCEE*, car conformément à sa thèse, l'accord en question avait pour caractère spécifique de constituer un instrument de réglementation du commerce international[48]. Le Conseil, par ailleurs, soutenait que cette convention devait être conclue en tant qu'accord mixte[49], car elle faisait intervenir étroitement des compétences des États membres avec des compétences de la CEE. Cet accord, selon sa thèse, n'avait pas pour seul objet d'influencer le volume ou le courant des échanges au sens de l'ex-article 113 *TCEE*. Il concernait plutôt l'aide au développement[50], la politique d'approvisionnement en matières premières et la politique de défense, pour laquelle le caoutchouc représente un produit stratégique. Or, ajoutait-il, de telles politiques requéraient encore l'intervention des États membres[51].

En l'espèce[52], la CEJ n'a pas tranché clairement entre la théorie instrumentale de la Commission et la thèse finaliste du Conseil. Dans le cours de son raisonnement, elle y mêla plutôt les deux[53], pour en arriver à donner une interprétation large de l'ex-article 113 *TCEE*, ce qui devait susciter beaucoup d'espoir chez les tenants d'une PCC étendue, surtout à l'occasion des négociations commerciales du cycle d'Uruguay[54]. Un tel espoir se justifiait d'autant plus que la conséquence immédiate de l'*Avis 1/78* fut la conclusion de la plupart des accords du cycle de Tokyo[55] par la CEE agissant seule sur la base de l'ex-article 113, sans la participation des États membres[56].

Ainsi, dans l'extrait qui suit de l'*Avis 1/78*, la CEJ adopta, selon nous, l'approche instrumentale pour interpréter largement l'ex-article 113 *TCEE* :

> On ne saurait […] limiter la politique commerciale commune à l'utilisation des instruments destinés à avoir une prise sur les seuls aspects traditionnels du commerce extérieur à l'exclusion de mécanismes plus évolués, tels qu'ils apparaissent dans l'accord envisagé[57].

---

47 Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, « About UNCTAD » (25 septembre 2019), en ligne : *CNUCED* <www.unctad.org/fr/Pages/aboutus.aspx>; *Accord international de 1987 sur le caoutchouc naturel*, 20 mars 1987, 1521 RTNU 112 (entrée en vigueur : 29 décembre 1988).

48 *Avis 1/78*, *supra* note 22 aux para 2, 38.

49 *Ibid* au para 2.

50 Relevant d'un nouveau titre de compétence depuis le *TM*, *supra* note 1, arts 130 (u)-130 (y) *TCE* (*TM*), actuellement *TFUE*, *supra* note 2, arts 208-11.

51 *Avis 1/78*, *supra* note 22 aux para 39-40.

52 Neframi, *Accords*, *supra* note 3 aux pp 149-50.

53 Schmitter et Smits, *supra* note 16 à la p 270.

54 Lors du cycle d'Uruguay (1986-1993), cette interprétation large de la PCC suscita des inquiétudes chez les États membres de l'ex-CE.

55 Le cycle de négociations commerciales de Tokyo (1973-1979) a précédé le cycle d'Uruguay.

56 Claus-Dieter Ehlermann, « The Scope of Article 113 of the EEC Treaty » dans *Études de droit des communautés européennes : Mélanges offerts* à *Pierre-Henri Teitgen,* Paris, Pedone, 1984, 145 à la p 151.

57 *Avis 1/78*, *supra* note 22 au para 44.

> L'énumération, dans l'article 113, des objets de la politique commerciale est concue comme une énumération non limitative[58].
>
> [Elle] ne doit pas, en tant que telle, fermer la porte à la mise en œuvre, dans un cadre communautaire, de tout autre procédé [la constitution d'un stock régulateur][59] destiné à régler les échanges extérieurs[60].

À cette étape de l'avis, il est évident que, pour la Cour, ledit *Accord sur le caoutchouc naturel* relevait de la PCC et que, par conséquent, la CEE était donc, en principe[61], exclusivement compétente pour le conclure seule sans la participation de ses États membres à ses côtés[62]. Toutefois, le raisonnement de la CEJ ne s'arrêta pas là. Elle le compléta, nous semble-t-il, en épousant cette fois l'optique finaliste. Nous en tenons pour preuve l'énoncé qui suit :

> la présence éventuelle, dans l'accord, de clauses concernant […] les programmes de recherche, les conditions de travail […] susceptibles d'avoir une incidence sur le prix du caoutchouc, ne sauraient modifier la qualification de l'accord, qui doit être faite en considération de l'objet essentiel de celui-ci[63] [équilibrer l'offre et la demande de caoutchouc][64] et non en fonction de clauses particulières, de caractère somme toute accessoire ou auxiliaire[65].

Pour la Cour, les répercussions de cette convention notamment sur la politique d'approvisionnement en matières premières, l'aide au développement, la politique des prix et la politique de défense des États membres ne constituaient conséquemment pas des raisons « d'exclure de tels objets du champ d'application des règles relatives à la politique commerciale commune »[66].

b) Une PCC non traditionnelle dans la jurisprudence postérieure à l'Avis 1/78

L'affaire 45/86 (Préférences) du 26 mars 1987[67] s'inscrit entièrement dans la voie tracée par l'*Avis 1/78* en donnant également une interprétation large et évolutive à la PCC[68]. L'arrêt 45/86 (Préférences) répondait à un recours de la Commission, en vertu

---

58 *Ibid* au para 45.

59 *Ibid* au para 21.

60 *Ibid* au para 45; Neframi, *Accords*, *supra* note 3 à la p 150.

61 Toutefois, l'*Accord sur le caoutchouc naturel* pourrait être mixte si les États membres finançaient le stock. Voir *Avis 1/78*, *supra* note 22 aux para 28-31.

62 *Ibid* aux para 59 et 63.

63 *Ibid* au para 56.

64 *Ibid* au para 20.

65 *Ibid* au para 56; Voir Timmermans « Libre », *supra* note 36 à la p 95.

66 *Avis 1/78*, *supra* note 22 au para 49.

67 *Commission des Communautés européennes c Conseil des Communautés européennes*, C-45/86, [1987] ECR I-01493 [*Commission c Conseil*]; Le Système généralisé de préférences (SGP), instauré par la CNUCED en 1968, permet aux pays industrialisés d'octroyer individuellement des préférences tarifaires, sans réciprocité ni discrimination, souvent sur les produits manufacturés et semi-finis des pays en voie de développement (PVD); Voir, Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, « About GSP » (25 septembre 2019), en ligne : *CNUCED* <www.unctad.org/en/pages/ditc/gsp/about-gsp.aspx>.

68 Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 aux pp 22-23.

de l'ex-article 173 al 1 *TCEE*[69], qui visait l'annulation des règlements numéros 3599/85 et 3600/85 du Conseil portant application de certaines préférences tarifaires généralisées pour l'année 1986[70]. Pour la Commission, le Conseil était compétent pour adopter de tels règlements sur la base du seul ex-article 113[71]. Le Conseil admettait que les préférences tarifaires prévues par les règlements susmentionnés équivalaient à des modifications tarifaires au sens de cette disposition. Toutefois, ajoutait le Conseil, comme les règlements litigieux poursuivaient aussi des objectifs importants de politique de développement, la mise en œuvre d'une telle politique débordait du cadre de l'ex-article 113 et exigeait de recourir aussi à l'ex-article 235 *TCEE*[72].

En l'espèce, la CEJ donne entièrement raison à la Commission. La Cour souligne d'abord « que la notion de politique commerciale a le même contenu, qu'elle s'applique dans la sphère d'action internationale d'un État ou dans celle de la Communauté »[73], rappelant en cela l'*Avis 1/75*[74]. Elle note ensuite qu'en raison principalement des travaux de la CNUCED, le lien entre le commerce et le développement s'est progressivement établi dans la société internationale, comme en témoigne l'insertion de la Partie IV dans l' *Accord Général sur les Tarifs Douaniers et le Commerce* (*GATT*)[75]. Pour la CEJ, le système généralisé de préférences élaboré par la CNUCED, qui a servi de modèle au système communautaire, est le résultat de cette conception nouvelle des relations commerciales internationales faisant une large place à des objectifs de développement[76]. Pour terminer, la Cour, s'appuyant sur l'*Avis 1/78*, affirme que le lien avec le développement ne fait pas échapper un acte de l'ex-article 113 *TCEE*. À son avis, les dispositions du *TCEE* relatives à la PCC non seulement permettent, mais doivent pour garder leur sens, tenir compte des conceptions nouvelles de la société internationale qui étendent les moyens d'action au-delà des instruments traditionnels du commerce extérieur[77].

Le 29 mars 1990, la CEJ rend l'arrêt *République hellénique c Conseil des Communautés européennes* (*Tchernobyl*)[78] qui, sans référer expressément à l'*Avis 1/78*, témoigne aussi d'une vision large de l'ex-article 113 *TCEE*. En l'espèce, la Cour devait

---

69 Actuellement, *TFUE*, *supra* note 2, art 263 al 2.

70 *Commission c Conseil*, *supra* note 67 au para 1; CE, *Règlement (CEE) 3599/85 du Conseil du 17 décembre 1985 portant application de préférences tarifaires généralisées pour l'année 1986 à certains produits industriels originaires de pays en voie de développement*, [1985] JO, L 352/1; CE, *Règlement (CEE) no 3600/85 du Conseil du 17 décembre 1985 portant application de préférences tarifaires généralisées pour l'année 1986 aux produits textiles originaires de pays en voie de développement*, [1985] JO, L 352/107.

71 *Commission c Conseil*, *supra* note 67 au para 14.

72 *Ibid* aux para 10 et 14; Actuellement à *TFUE*, *supra* note 2, art 352.

73 *Ibid* au para 16.

74 *Avis 1/75*, *supra* note 10 point B-1 au para 5.

75 *Commission c Conseil*, *supra* note 67 au para 17; La Partie IV de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, 58 RTNU 187 (entrée en vigueur: 1er janvier 1948), art XXXVI-XXXVIII [*GATT*] intitulée « Commerce et développement », fut ajoutée au *GATT* en 1966, sous la pression de la CNUCED. Elle prévoit l'application du principe de non-réciprocité lors des négociations commerciales avec les PVD.

76 *Ibid* au para 18.

77 *Ibid* aux para 19-20.

78 *République hellénique c Conseil des Communautés européennes*, C-62/88, [1990] ECR I-01527 [*Tchernobyl*].

se prononcer sur une requête, présentée par la Grèce, en vertu de l'ex-article 173 *TCEE*[79]. La République hellénique y demandait l'annulation du règlement no 3955/87 du Conseil « relatif aux conditions d'importations de produits agricoles originaires des pays tiers à la suite de l'accident survenu à la centrale nucléaire de Tchernobyl »[80]. Ce règlement avait été adopté sur la base de l'ex-article 113 *TCEE* et il soumettait la « mise en libre pratique de certains produits agricoles originaires des pays tiers au respect de tolérances maximales de contamination radioactive »[81]. En cas de non-respect des tolérances maximales, le règlement imposait « de prendre les mesures requises pouvant aller jusqu'à l'interdiction de l'importation des produits en cause »[82].

Pour la Grèce, le règlement susmentionné visait uniquement à protéger la santé de la population des États membres contre les conséquences de l'accident de Tchernobyl. Il aurait donc dû être fondé notamment sur les ex-articles 130 r et 130 s du *TCEE* relatifs à l'environnement[83].

En l'occurrence, la Cour exclut toutefois les ex-articles 130 r et 130 s comme bases juridiques dudit règlement même s'il visait à protéger la santé publique, à savoir l'un des objets de l'action communautaire en matière d'environnement prévu à l'ex-article 130 r (1)[84]. Pour justifier cette exclusion, la Cour s'appuie sur l'ex-article 130 r (2) :

> en vertu duquel les exigences en matière de protection de l'environnement sont une composante des autres politiques de la Communauté. Cette disposition qui traduit le principe que toutes les mesures communautaires doivent répondre aux exigences de protection de l'environnement implique qu'une mesure communautaire ne saurait relever de l'action de la communauté en matière d'environnement en raison du seul fait qu'elle tient compte de ces exigences[85].

Dans l'arrêt *Tchernobyl*, la décision de la CEJ évoque une combinaison des théories de la Commission et du Conseil sur la portée de la PCC. Ainsi, s'appuyant « sur des éléments objectifs susceptibles de contrôle juridictionnel », la Cour choisit la base juridique du règlement attaqué en fonction notamment de son objectif, tel qu'il est énoncé dans ses considérants, à savoir que la Communauté doit :

> veiller [...] à ce que les produits agricoles et transformés, destinés à l'alimentation humaine et susceptibles d'être contaminés, ne soient introduits dans la Communauté que selon des modalités communes et qu'il importe que ces modalités communes sauvegardent […] l'unicité du marché et préviennent les détournements de trafic[86].

---

79 Actuellement, *TFUE*, *supra* note 2, art 263.

80 *Tchernobyl*, *supra* note 78 au para 1; CE, *Règlement (CEE) n° 3955/87 du Conseil du 22 décembre 1987 relatif aux conditions d'importation de produits agricoles originaires des pays tiers à la suite de l'accident survenu à la centrale nucléaire de Tchernobyl*, [1987] JO, L 371/14.

81 *Tchernobyl*, *supra* note 78 au para 2.

82 *Ibid*.

83 Ibid au para 4 ; Actuellement, *TFUE*, *supra* note 2, arts 191-92.

84 *Ibid* au para 18.

85 *Ibid* au para 20.

86 *Ibid* au para 14; Voir également Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 aux pp 41-42.

La CEJ analyse aussi le contenu des dispositions du règlement en question et elle constate qu'elles ont avant tout pour but d'établir « des règles uniformes en ce qui concerne les conditions dans lesquelles les produits agricoles susceptibles d'être contaminés *peuvent être importés* [nos italiques] dans la Communauté en provenance des pays tiers »[87]. Conséquemment, estime la Cour, les éléments objectifs susmentionnés du règlement analysé, soit son but et son contenu, conduisent à la conclusion qu'il a pour objet de régir les échanges entre la CEE et les pays tiers et qu'il relève donc de l'ex-article 113 *TCEE*[88].

c) Remarques sur le recours à la mixité même dans le contexte d'une PCC interprétée largement

Dans les paragraphes précédents, nous avons constaté la propension de la Cour à interpréter largement l'ex-article 113 depuis l'*Avis 1/78*[89]. Comme nous le verrons, l'*Avis 1/94*[90], rendu dans le contexte du cycle d'Uruguay[91], s'écartera de cette tendance. La CEJ y modifiera effectivement son point de vue sur le contenu de cette disposition. Ce changement s'explique en grande partie par la multiplicité des sujets abordés dans ce cycle. À cette occasion, le Conseil, le Parlement européen (PE) et plusieurs États membres adoptèrent une attitude négative et méfiante à l'égard d'une PCC jusqu'alors largement interprétée. Ils craignaient que l'ex-Communauté se voit reconnaître la compétence d'attribution intrinsèquement exclusive de conclure une pareille ronde de négociations[92].

Cela dit, avant de passer à l'analyse de la position modifiée de la CEJ dans l'*Avis 1/94* sur la portée de l'ex-article 113, il convient de signaler l'attitude ambivalente de cette cour même dans le contexte d'une PCC interprétée largement. En effet, dans son *Avis 1/78*, la Cour s'est montrée étonnamment ouverte au recours à la mixité pour un traité qu'elle avait par ailleurs estimé relever de la PCC et par conséquent de la seule compétence de l'ex-CEE.

Dans cet *Avis 1/78*[93], la Cour, rappelons-le, affirme clairement que l'*Accord international sur le caoutchouc naturel* de la CNUCED relevait de la compétence intrinsèquement exclusive de l'ex-CEE, selon l'ex-article 113 *TCEE* et ce, d'autant plus si les charges financières prévues par l'accord étaient inscrites au budget communautaire[94]. Toutefois, précise-t-elle, si le financement du stock régulateur créé par l'accord susmentionné devait dépendre des budgets des États membres, la Cour estime alors que cela impliquerait la participation de ces États aux mécanismes

---

87 *Tchernobyl*, *supra* note 78 au para 15.
88 *Ibid* au para 16.
89 *Avis 1/78*, *supra* note 22 .
90 *Avis 1/94*, *supra* note 44.
91 *Cycle d'Uruguay*, *supra* note 31.
92 Jacques H J Bourgeois, « The EC in the WTO and Advisory Opinion 1/94: An Echternach procession » (1995) 32:3 Common Market L Rev 763 à la p 786 [Bourgeois, « EC »].
93 *Avis 1/78*, *supra* note 22; Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 46-66.
94 *Ibid* aux para 57-59; L'*Avis 1/78*, *supra* note 22 précéda la désignation des responsables du financement du stock régulateur.

décisionnels du stock « ou, à tout le moins, leur accord sur les modalités de financement envisagées et par conséquent leur participation à l'accord ensemble avec la Communauté. Une compétence exclusive de la Communauté ne pourrait être envisagée dans cette hypothèse »[95].

Plusieurs auteurs émirent alors de vives critiques envers cette partie de l'*Avis 1/78* qui représentait évidemment une réponse pragmatique de la Cour aux pressions internes des États membres de l'ex-CEE. La plus importante, selon nous, tient au fait que l'*Avis 1/78* donne la possibilité aux membres du Conseil de décider de la procédure de conclusion d'un accord, soit par la seule ex-CEE, soit sous la forme d'un « faux accord mixte »[96], simplement en optant pour un mode de financement plutôt que pour un autre[97], alors que les dispositions normatives de l'accord relèvent entièrement de la compétence intrinsèquement exclusive de l'ex-CEE. Pour les tenants d'une telle critique, cette faculté du Conseil mettait en danger les pouvoirs externes de l'ex-CEE, en laissant le financement déterminer l'exclusivité de l'intervention plutôt que de laisser l'exclusivité d'une compétence déterminer le responsable du financement[98]. À l'époque, l'*Avis 1/78* eut effectivement pour conséquence de mener à la conclusion, en mars 1981, d'un arrangement entre la Commission et le Conseil, désigné sous le nom de PROBA 20[99], en vertu duquel toute convention future sur les produits de base relevant du programme intégré de la CNUCED adopté en 1976[100], devrait être conclue sous la forme d'un « faux accord mixte », impliquant l'intervention des États membres aux côtés de l'ex-CEE. Dans le même ordre d'idée, l'arrangement entre le Conseil et la Commission nommée PROBA 33[101] organisa l'acceptation conjointe par l'ex-CEE et par les États membres des statuts du Groupe d'étude internationale du nickel (GEIN) ainsi que la participation conjointe de l'ex-CEE et des États membres dans la structure institutionnelle du GEIN. En concluant l'arrangement PROBA 33, la Commission et le Conseil écartèrent ainsi volontairement la question relative à la compétence respective de la CEE et des États membres d'accepter les statuts des différents groupes d'études sur les produits de base et de participer à leurs travaux. Dans le même ordre d'idées, signalons aussi la décision du Conseil concernant la signature et la conclusion de *l'Accord international de 2001 sur le café*[102], adopté sur la base de l'ex-article 133 *TCE* (*TA*)[103], qui au point 5 de son préambule stipulait que : « Nonobstant la compétence exclusive de la Communauté en la matière, et afin d'éviter certains problèmes pratiques

---

95 *Ibid* au para 60.

96 L'appellation « faux accords mixtes » désigne les conventions, semblables à l'accord de l'*Avis 1/78*, *supra* note 22 qui sont conclues sous la forme mixte alors que leurs dispositions normatives relèvent entièrement de la compétence intrinsèquement exclusive de l'ex-CEE. Voir, Neframi, *Accords*, *supra* note 3 à la p 222.

97 Gilsdorf, *supra* note 35 à la p 204.

98 Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 aux pp 20-21.

99 Voir Edmond L M Völker et Jacques Steenbergen, *Leading cases and materials on the external relations law of the EC*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1985 à la p 48.

100 Dominique Carreau, « Le programme intégré pour les produits de base » (1978) 9:2 Études int 194.

101 Voir CE, *Décision 91/537/CEE du Conseil relative à l'acceptation des statuts du groupe d'étude international du nickel*, [1991] JO, L 293/23.

102 *Accord international de 2001 sur le café*, 28 septembre 2000, 2161 RTNU 308 (entrée en vigueur : 1 octobre 2001).

103 Actuellement *TFUE*, *supra* note 2, art 207.

temporaires, il y a lieu d'autoriser les États membres à conclure l'accord, parallèlement à la Communauté, et à participer à titre temporaire au nouvel arrangement »[104].

D'aucuns, reprochèrent également à l'*Avis 1/78* de contredire l'*Avis 1/75*[105] où la Cour avait écarté le recours à l'accord mixte[106] malgré l'allégation que les charges financières de l'accord incombaient directement aux États membres[107]; opinion qui fut par ailleurs contestée par les auteurs Eeckhout et Neframi qui soulignèrent la différence entre ces deux avis. Selon ses derniers, l'objectif de la convention impliquée dans l'*Avis 1/75* était de mettre un plafond sur les crédits à l'exportation offerts par les États participants, sans les obliger à s'engager dans de telles dépenses, tandis que dans le contexte de l'*Avis 1/78*, les parties à l'accord en cause devaient financer le stock régulateur qui occupait une place centrale et faisait partie de l'objet même de ladite convention, justifiant ainsi sa mixité[108].

Cela étant, notre objectif ici n'est pas de trancher entre les critiques et les justifications doctrinales suscitées après coup par l'*Avis 1/78*. Nous désirons plutôt attirer l'attention sur cette jurisprudence et ces précédents où l'on n'a pas hésité, par pragmatisme et par réalisme politique, à exiger le recours au « faux accord mixte » afin de contenir les tensions internes susceptibles de perturber le bon fonctionnement de l'ex-CE/UE et de maintenir l'harmonie qui doit régner entre ses acteurs[109].

Signalons également que le recours à un « faux accord mixte » dans un domaine relevant d'une compétence intrinsèquement exclusive comme la PCC (ou devenu exclusif par acquisition en raison de la préemption[110]) s'explique aussi par des facteurs qui sont indépendants ou extérieurs à l'ordre juridique de l'ex-CE/UE. Il en serait ainsi : 1) si la convention est négociée dans le cadre d'une organisation internationale dont le statut ne permet pas à l'Union européenne d'y participer (ex : l'Organisation internationale du travail (OIT), l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI) et l'Organisation maritime internationale (OMI)[111]), 2) si les partenaires conventionnels potentiels de l'ex-CE/UE refusent ou évitent toute relation directe avec elle (ex : l'attitude des ex-États socialistes)[112] et 3) si les États tiers exigent l'inclusion d'une clause de mixité obligatoire dans la convention dont l'effet est d'autoriser une organisation internationale, telle l'ex-CE/UE, à y participer uniquement

---

104 CE, *Décision 2001/877/CE du Conseil relative à la signature et à la conclusion au nom de la Communauté de l'accord international sur le café de 2001*, [2001] JO, L 326/22 préambule au para 5.

105 *Avis 1/75*, *supra* note 10.

106 Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 21-22.

107 Neframi, *Accords*, *supra* note 3 à la p 197; Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 à la p 20.

108 *Ibid*; *Ibid* à la p 21.

109 Koutrakos, *EU International* (2), *supra* note 5 à la p 164.

110 Voir, *supra* note 7.

111 Voir Neframi, *Accords*, *supra* note 3 à la p 215; L'ex-CE/UE, auparavant membre *de facto* du *GATT*, *supra* note 75. Voir Bourgeois, « EC », *supra* note 92 à la p 764, devient membre *de jure* de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 RTNU 3, art XI (entrée en vigueur : 1er janvier 1995) [*Accord OMC*].

112 Voir Jacques H J Bourgeois, « Some comments on the Practice » dans Christiaan Willem Anton Timmermans et Edmond L M Völker, dir, *Division of powers between the European Communities and their Member States in the field of* external *relations,* Deventer, Kluwer, 1981, 97, à la note 34 à la p 105.

si ses États membres en sont aussi des parties contractantes[113]. Dans les situations précédentes, les membres n'interviennent pas en leur propre nom comme États souverains, mais plutôt comme organes de l'ex-CE/UE et sur mandat de celle-ci, octroyé par le biais d'une décision du Conseil, qui les autorise à conclure le traité envisagé[114]. Ils posent conséquemment une *actio pro communitate*. Un tel « faux accord mixte » est pour les cocontractants une convention des États membres dans l'ordre juridique international alors que dans l'ordre juridique intraeuropéen, il ne lie que l'UE, qui devra donc l'appliquer ou le mettre en œuvre[115].

Dans la rubrique précédente, nous avons fait état du courant jurisprudentiel issu de l'*Avis 1/78*[116] où la CEJ adopte globalement une vision large de la compétence intrinsèquement exclusive de l'ex-CE en matière de PCC. Dans le prochain point, nous constaterons le changement de cap de la CEJ à partir de l'*Avis 1/94*[117], qui fut émis à l'occasion de la ronde de négociations commerciales du cycle d'Uruguay[118].

2. L'*AVIS 1/94* ET SES RÉPERCUSSIONS

a) L'espoir déçu par une interprétation restreinte de la PCC dans l'Avis 1/94

En plus de s'être prononcée sur l'étendue des « compétences externes implicites par acquisition » de l'ex-CE[119] en relation avec les accords commerciaux multilatéraux du cycle d'Uruguay[120], la Cour devait aussi, pour répondre à la demande d'avis de la Commission introduite au titre de l'ex-article 228 (6) *TCE* (*TM*)[121], examiner si l'ex-article 113 *TCE* (*TM*)[122] s'appliquait aux accords susmentionnés. La Commission alléguait, en effet, que lesdites conventions relevaient du pouvoir d'attribution intrinsèquement exclusif de l'ex-CE en matière de PCC[123]. Après avoir écarté, à l'instar de l'*Avis 1/75*[124], l'argument portugais selon lequel la contribution des États membres au budget de fonctionnement de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) justifiait à elle seule la participation de ces derniers à la conclusion de l'*Accord OMC*[125], la Cour soulève dans l'*Avis 1/94* plusieurs motifs qui l'amènent à classer ce traité dans la catégorie des conventions mixtes[126].

---

113 Neframi, *Accords*, *supra* note 3 aux pp 222, 276-79.
114 *Ibid* à la p 216.
115 *Ibid* aux pp 215-21.
116 *Avis 1/78*, *supra* note 22.
117 *Avis 1/94*, *supra* note 44.
118 Voir, *supra* note 31.
119 Voir, *supra* note 7.
120 Voir, *supra* note 31. Ce cycle donna naissance à l'OMC qui remplaça le *GATT* de 1947 le 1er janvier 1995.
121 Actuellement *TFUE*, *supra* note 2, art 218 (11).
122 *Ibid,* art 207.
123 *Avis 1/94*, *supra* note 44 aux para 1, 22, 35.
124 Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 21-22.
125 L'*Accord OMC*, *supra* note 111, comprend quatre annexes. Les trois premières font partie intégrante dudit accord selon son article II (2). L'*Avis 1/94*, *supra* note 44 examine l'annexe 1 qui comprend l'annexe 1A: les Accords multilatéraux sur le commerce des marchandisess, (énumérés à l'Accord OMC, *supra* note 111 à la page 24), l'annexe 1B: le *GATS*, *supra* note 32 et l'annexe 1C: L'*Accord sur les ADPIC*, *supra* note 33.
126 Ci-dessus, le texte correspondant à la note 3.

S'agissant des Accords multilatéraux sur le commerce des marchandises (Annexe 1A)[127], on s'est entendu, dès le départ, qu'ils relevaient, pour la plupart, de la compétence d'attribution intrinsèquement exclusive de l'ex-CE au titre de la PCC. Seulement quelques doutes subsistaient sur l'application de l'ex-article 113 *TCE* (*TM*) dans certaines situations. Ainsi, si les conventions susmentionnées devaient s'appliquer à des produits Euratom, l'ex-article 113 *TCE* (*TM*) serait toujours pertinent selon la Cour, vu que le *Traité Euratom*[128] ne comportait aucune disposition sur le commerce extérieur[129]. Dans le cas des produits soumis au *Traité CECA*[130], la CEJ reprend et complète le raisonnement qu'elle avait suivi dans l'*Avis 1/75*[131]. La Cour signale d'abord que l'ex-article 71 du *Traité CECA* fut rédigé à une époque où l'ex-CEE n'existait pas. Cette disposition ne pouvait donc avoir en vue que les produits du charbon et de l'acier, ce qui demeure vrai, ajoute la Cour, même si l'ex-article 232 (1) *TCE* (*TM*)[132] spécifie que le *TCE* ne modifie pas les dispositions du *Traité CECA*[133]. Selon la CEJ, l'article 71 du *Traité CECA* :

> ne saurait réserver un titre de compétence aux États membres que pour des accords portant spécifiquement sur les produits CECA. En revanche, la Communauté est seule compétente en vertu de l'[ex-] article 113 du Traité CE pour conclure un accord externe à caractère général, c'est-à-dire englobant toutes espèces de marchandises même si, parmi ces marchandises, il y a des produits CECA[134].

En l'espèce, conclut la CEJ, les Accords de l'Annexe 1A ne visent pas spécifiquement les produits CECA; ils relèvent conséquemment de la compétence d'attribution intrinsèquement exclusive de l'ex-CE en vertu de l'ex-article 113 *TCE* (*TM*)[135].

Quant à l'*Accord sur l'agriculture*[136], la CEJ s'en remet à son préambule où on souligne qu'il « a pour objet d'établir sur le plan mondial, un système de commerce de produits agricoles […] équitable et axé sur le marché ». Cet accord peut donc être conclu au titre de l'ex-article 113 *TCE* (*TM*) et ce, même si « les engagements souscrits dans le cadre de cet accord impliquent que des mesures d'exécution internes soient adoptées sur la base de l'ex-article 43 »[137] vu qu'ils affectent le régime interne d'organisation des marchés agricoles. En décidant ainsi, la Cour confirme qu'un traité conclu sur la base de l'ex-article 113, en raison de son aspect « commerce international », puisse requérir, pour sa mise en œuvre interne, l'intervention d'une autre disposition, comme l'ex-article 43 *TCE* (*TM*), s'il impacte un régime

---

127 *Accord OMC*, *supra* note 111 à la p 24.

128 Sur cette convention voir, *Version consolidée du traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique*, [2016] JO, C 203/1.

129 *Avis 1/94*, *supra* note 44 au para 24.

130 *CECA*, *supra* note 23.

131 Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 23-25; Bourgeois, « EC », *supra* note 92 à la p 778.

132 *TL, supra* note 2, art 280 abrogea cette disposition devenue *TCE* (*TN*), *supra* note 1, ex-art 305 (1).

133 *Avis 1/94*, *supra* note 44 aux para 26- 27.

134 *Ibid* au para 27.

135 *Ibid*.

136 Inclus dans l'*Accord OMC*, Annexe 1A, *supra* note 125.

137 *Avis 1/94*, *supra* note 44 au para 29.

communautaire intérieur[138].

Concernant *l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires* et *l'Accord sur les obstacles techniques au commerce* conclus dans le cadre du cycle d'Uruguay, la CEJ note qu'ils relèvent aussi de l'ex-article 113 *TCE* (*TM*), car ils visent tous les deux à réduire les obstacles non nécessaires au commerce international[139].

En résumé, selon l'*Avis 1/94*, tous les Accords de l'annexe 1A dépendent de la compétence d'attribution intrinsèquement exclusive de l'ex-CE au titre de l'ex-article 113 *TCE* (*TM*). Jusqu'ici, cet avis nous rappelle dès lors les thèses de la Commission sur la PCC[140].

Dans l'*Avis 1/94*, la Cour devait aussi se prononcer sur l'application de l'ex-article 113 *TCE* (*TM*) aux accords du *GATS* et de l'*ADPIC*[141] issus du cycle d'Uruguay[142]. Pour les services autres que les services de transports[143], la CEJ s'oppose à leur exclusion de principe du champ d'application de l'ex-article 113, vu l'évolution du commerce international et le caractère ouvert de la politique commerciale commune au sens du traité[144]. La Cour paraît ainsi s'inscrire dans la voie tracée par l'*Avis 1/78*, auquel elle réfère d'ailleurs expressément[145]. À l'appui, la CEJ invoque également l'*Avis 1/75* qui reconnut que les crédits, couverts par l'ex-article 113, destinés au financement des dépenses locales liées à des opérations d'exportation concernent, sans distinction, les dépenses engagées pour la fourniture tant de biens que de services[146].

Cela dit, la Cour procède ensuite à l'analyse des quatre modes de fourniture de services prévus dans le *GATS* afin d'identifier ceux qui relèvent de la PCC. Elle estime que les fournitures transfrontalières de services sont couvertes par l'ex-article 113 *TCE* (*TM*), car elles n'impliquent « ni déplacement du prestataire vers le pays du bénéficiaire ni, en sens inverse, déplacement du bénéficiaire vers le pays du prestataire »[147]. La Cour voit dans cette situation une analogie avec l'échange de marchandises qui dépend de la PCC de l'ex-CE[148].

Pour les trois autres types de services du *GATS* qui supposent un franchissement des frontières extérieures des États membres par des prestataires ou des bénéficiaires de services ressortissants d'États tiers[149], la CEJ estime que de tels

---

138 *Ibid* aux para 28-29; Jacqueline Dutheil de La Rochère, « L'ère des compétences partagées. À propos de l'étendue des compétences extérieures de la Communauté européenne » (1995) 390 R du Marché Commun & Union Européenne 461 aux pp 463-64.

139 *Avis 1/94*, *supra* note 44 aux para 30-33.

140 Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 36-37; Voir Neframi, *Accords*, *supra* note 3 aux pp 167, 171.

141 *Supra* notes 32-33; *Accord sur les ADPIC*, *supra* note 33.

142 *Avis 1/94*, *supra* note 44 au para 35.

143 *Ibid* au para 37.

144 *Ibid* aux para 37, 41.

145 *Ibid* au para 39.

146 *Ibid* au para 38.

147 *Ibid* au para 44.

148 *Ibid*.

149 *Ibid* aux para 43, 45. Ces trois modes de fourniture de services sont : la consommation, la présence commerciale et la présence de personnes physiques sur le territoire étranger.

services ne relèvent pas de la PCC. La Cour souligne effectivement l'existence dans le traité de chapitres consacrés à la libre circulation des personnes[150], tant physiques que morales, qui, en raison de leur nature spécifique, doivent englober les trois modes susmentionnés de fourniture de services. Contrairement à l'ex-article 113 *TCE* (*TM*), lesdits chapitres confèrent à l'ex-CE une compétence uniquement ex-concurrente[151].

Les services de transports reçoivent de la part de la CEJ un traitement similaire au sort réservé aux trois modes de services impliquant le déplacement transfrontalier de personnes. La Cour indique que les services de transports sont couverts par un titre spécial du *TCE* (*TM*), soit l'ex-titre IV[152]. C'est donc ce titre qui doit s'appliquer aux transports et non la PCC. Cette conclusion, ajoute la Cour, s'impose d'autant plus que la théorie des « compétences externes implicites » fut développée, dans la jurisprudence *AETR* et *Avis de la Cour du 26 avril 1977 – Avis rendu en vertu de l'article 228, paragraphe 1, alinéa 2 du traité CEE – Projet d'accord relatif à l'institution d'un Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure (Avis 1/76)*[153], au sujet de conventions concernant des questions de transport, ce qui revenait en fait à exclure de tels traités de l'ex-article 113[154]. L'opinion de la Cour sur cette question reste inchangée, malgré l'existence de multiples précédents, cités par la Commission, où l'interruption des services de transports avait accompagné des mesures d'embargo sur l'exportation et l'importation de produits fondées sur l'ex-article 113. Pour la Cour, de telles interruptions représentaient uniquement des accessoires nécessaires à la réalisation des mesures principales d'embargo, qui, en conséquence, devaient recevoir la qualification juridique de ces dernières[155]. À l'appui de sa position, la CEJ invoque également une jurisprudence constante selon laquelle « une simple pratique du Conseil n'est pas susceptible de déroger à des règles du traité et ne peut […] créer un précédent […] quant au choix de la base juridique correcte »[156]. En résumé, selon la Cour, la compétence de l'ex-CE sur les services de transports ne relève donc pas de la PCC. Elle se fonde plutôt, sur un titre particulier du *TCE* (*TM*) qui confère des pouvoirs communautaires de nature ex-concurrente[157].

Sur l'*ADPIC*, la Cour estime que les dispositions interdisant la mise en libre pratique de marchandises de contrefaçon relèvent de l'ex-article 113 *TCE* (*TM*), car ces mesures sont appliquées par les autorités douanières aux frontières extérieures de l'espace communautaire. En dehors des règles susmentionnées, l'ex-article 113 *TCE* (*TM*), affirme la Cour, ne couvre pas le reste de l'*ADPIC*. La CEJ admet qu'il y a un

---

150 Ibid au para 46; *TCE* (*TM*), *supra* note 1, ex-arts 48-73 (h), actuellement, *TFUE*, *supra* note 2, arts 45-66.

151 Compétence partagée générale depuis le *TL*, *supra* note 6. Dans son analyse sur l'étendue de la compétence externe implicite de l'ex-CE en l'occurrence, la Cour constatera, vu l'absence de préemption complète (Voir, *supra* note 7) dans ces domaines, que la compétence de l'ex-CE n'était pas exclusive sur ceux-ci, mais qu'elle était plutôt partagée entre l'ex-CE et les États membres (*Avis 1/94*, *supra* note 44 aux para 95-98), rendant ainsi la mixité requise pour le *GATS*, *supra* note 32.

152 *TCE* (*TM*), *supra* note 1, ex-arts 74-84; Actuellement, *TFUE*, *supra* note 2, arts 90-100.

153 Voir *AETR*, *supra* note 7; *Avis 1/76*, *supra* note 7.

154 *Avis 1/94*, *supra* note 44 aux para 48-50.

155 *Ibid* au para 51.

156 *Ibid* au para 52.

157 Vu l'absence de préemption complète (Voir, *supra* note 7) sur les transports, la Cour conclura dans l'*Avis 1/94*, *supra* note 44 aux para 76, 77, 98 que la compétence dans ce secteur était partagée entre l'ex-CE et les États membres, rendant ainsi la mixité requise pour le *GATS*, *supra* note 32.

lien entre la propriété intellectuelle et le commerce des marchandises. En effet, « [p] ouvoir interdire l'usage d'une marque, […], la copie d'un modèle, la reproduction d'un livre, […] a immanquablement des effets sur le commerce »[158]. Toutefois, « les droits de propriété intellectuelle ne portent pas spécifiquement sur les échanges internationaux [… car] ils touchent tout autant et sinon plus au commerce interne qu'au commerce international »[159]. Pour la Cour, l'objectif premier de l'*ADPIC* est d'harmoniser la protection de la propriété intellectuelle à l'échelle mondiale[160]. D'ailleurs,

> [l] a Commission elle-même a admis que, comme [l'*ADPIC*] fixe des règles [internationales] dans des domaines où il n'y pas d'harmonisation communautaire, sa conclusion permettrait de réaliser, dans le même temps une harmonisation à l'intérieur de la Communauté et, par-là, de contribuer à l'établissement et au fonctionnement du marché commun[161].

Un tel argument, soutient la CEJ, est inacceptable pour justifier la conclusion de l'*ADPIC* sur la base de l'ex-article 113 *TCE* (*TM*), car le pouvoir interne communautaire d'harmoniser des législations nationales concernant la propriété intellectuelle dépend en fait des ex-articles 100, 100 (a) ou 235 *TCE* (*TM*)[162], lesquels sont en outre soumis à des exigences procédurales bien supérieures à celles qu'impose l'ex-article 113 *TCE* (*TM*)[163]. En conséquence, déclare la CEJ :

> [s]i une compétence exclusive était reconnue à la Communauté pour s'engager dans des accords avec des pays tiers en vue de l'harmonisation de la protection de la propriété intellectuelle et pour réaliser, dans le même temps, une harmonisation sur le plan communautaire, les institutions communautaires seraient en mesure de se soustraire aux contraintes qui leur sont imposées sur le plan interne en ce qui concerne la procédure et le mode de vote[164].

Finalement, rappelle la CEJ, aucune pratique des institutions de l'ex-CE, où de telles mesures auraient déjà été adoptées au titre de l'ex-article 113[165], ni aucune clause relative à la propriété intellectuelle, figurant uniquement à titre accessoire, dans des accords validement conclus sur la base de l'ex-article 113[166] ne lui permettent de déroger aux dispositions du TCE lorsqu'elle choisit la base juridique correcte d'un acte communautaire. Pour la Cour, un accord international comme l'*ADPIC* ne saurait donc relever de la seule compétence communautaire au titre de l'ex-article 113 *TCE* (*TM*), sauf pour la mise en libre pratique de marchandises de contrefaçon[167].

---

158 *Avis 1/94*, *supra* note 44 au para 57.

159 *Ibid*.

160 *Ibid* aux paras 58, 63.

161 *Ibid* au para 58.

162 Actuellement *TFUE, supra* note 2, arts 115, 114, 352.

163 Comme exemple, l'ex-article 113 *TCE* (*TM*). Cet article exige la majorité qualifiée au Conseil alors que les ex-articles 100, 235, *TCE* (*TM*), exigent l'unanimité.

164 *Avis 1/94*, *supra* note 44 au para 60.

165 *Ibid* aux paras 61-65.

166 *Ibid* aux paras 66-68.

167 *Ibid* au para 71. Vu l'absence de préemption complète (Voir, *supra* note 7) sur le volet harmonisation de l'*ADPIC, supra* note 33, la Cour conclura dans l'*Avis 1/94*, *supra* note 44, aux para 102, 103, 105 que la

Avec l'*Avis 1/94*, l'ex-article 113 fut privé d'une grande partie du potentiel que la jurisprudence antérieure semblait vouloir lui attribuer. Avec cet avis, la teneur de la politique commerciale de l'ex-CE devint nettement différente de celle d'un État souverain[168], contrairement à ce qu'avait déclaré la Cour dans l'*Avis 1/75*[169]. En raison de cette affaire, les États membres obtinrent ainsi au sein de l'OMC plus de pouvoirs en matière de services et de propriété intellectuelle que l'ex-CE. L'auteur Denys Simon remarqua à l'époque que la Cour était conséquemment revenue à une version étriquée de l'article 113[170].

Lors de l'analyse de l'*Avis 1/94*, nous avons constaté que, malgré certaines références préliminaires de la Cour favorables à l'*Avis 1/78*[171], l'ensemble de son raisonnement eut plutôt pour effet d'en réduire l'impact. Les compétences communautaires intrinsèquement exclusives découlant de l'ex-article 113 s'en trouvèrent réduites au minimum. Le recours à l'accord mixte classique s'imposa donc pour conclure l'*Accord OMC* et ce, d'autant plus, que l'ex-CE n'avait pas, selon la Cour, la compétence exclusive par acquisition de s'engager envers lui, vu que la préemption complète était inexistante sur plusieurs questions couvertes par ce traité[172]. Après l'*Avis 1/94*, la participation directe des États membres, aux côtés de l'ex-Communauté, devint donc requise pour toutes futures négociations internationales concernant des secteurs non traditionnels du commerce interétatique. Les pressions intracommunautaires résultant de l'intervention de nombreux États membres dans l'Affaire *1/94* expliquent sûrement ce revirement de position de la CEJ sur la PCC. En outre, lors de la Conférence intergouvernementale sur l'Union politique lancée en décembre 1990, qui mena au *Traité de Maastricht*, les États membres avaient rejeté les propositions de la Commission visant à incorporer dans le *TCEE* la notion de

> politique commune des relations économiques extérieures qui devait englober non seulement les échanges de marchandises, mais aussi les régimes de crédit à l'exportation, les échanges de services, de capitaux et d'investissements [… et] les relations en matière de propriété intellectuelle[173].

Dans un tel contexte, la Cour, n'a vraisemblablement pas voulu que soit réalisé par interprétation judiciaire, ce que les États membres avaient refusé lors de la Conférence susmentionnée[174].

Pour certains auteurs, la CEJ a probablement souhaité définir, dans l'*Avis 1/94*, une PCC dont la portée et l'application étaient consistantes avec l'état d'avancement

---

compétence sur ce sujet était partagée entre l'ex-CE et les États membres, rendant ainsi la mixité requise pour l'ADPIC.

168 Bourgeois, « EC », *supra* note 92 à la p 779.

169 *Supra* note 10 au para 5.

170 Denys Simon, « La compétence de la Communauté pour conclure l'*Accord OMC* : l'*Avis 1/94* de la Cour de justice » (1994) R Europe 9 à la p 2.

171 Ci-dessus, le texte correspondant à la note 145.

172 Voir *supra* notes 151, 157, 167.

173 Josiane Auvret-Finck, « *Avis 1/94* de la Cour, du 15 novembre 1994 » (1995) 31:2 RTD eur 322 à la p 327.

174 *Ibid*.

de la répartition, alors effective, des compétences au niveau intracommunautaire[175]. À l'instar de l'agriculture, elle aurait conséquemment fait intervenir la PCC uniquement si les normes conventionnelles proposées relevaient déjà en tant que mesures autonomes internes non plus de la compétence des États membres, mais plutôt de la compétence exclusive par acquisition de l'ex-CE. Ainsi, comme la réglementation sur les services provenait encore des États membres et non de l'ex-CE lors de l'*Avis 1/94*, le *GATS* portait effectivement atteinte à certains aspects de cette législation étatique[176]. Selon le professeur Eeckhout : « *The Court may have been reluctant to effect, through judicial pronouncement rather than political consensus, what it perhaps saw as a significant transfer of competences from the Member States to the Community, particularly in light of the exclusive nature of trade policy competences* »[177].

Cela dit, voyons maintenant jusqu'à quel point la jurisprudence ultérieure de la CEJ s'est inscrite dans la voie tracée par l'*Avis 1/94*. Dans les paragraphes suivants, nous ferons également état des amendements successifs qui furent apportés aux traités fondateurs[178] afin d'atténuer l'impact de *l'Avis 1/94* sur les pouvoirs communautaires en matière de commerce international. Ce faisant, nous mettrons évidemment l'accent sur les modifications importantes apportées à la PCC par le *TL*.

b) La continuité dans la jurisprudence postérieure à l'Avis 1/94

Dans l'*Avis de la Cour du 24 mars 1995 - Compétence de la Communauté ou de l'une de ses institutions pour participer à la troisième décision révisée du Conseil de l'OCDE relative au traitement national* (*Avis 2/92*)[179], la Cour détermine, si l'ex-CE détient, selon l'ex-article 113 TCE, la compétence de participer seule à la « troisième décision » du Conseil de l'OCDE. Suivant cette décision, les pays membres de l'OCDE et l'ex-Communauté s'engagent à octroyer aux entreprises opérant sur leur territoire, qui sont contrôlées par des ressortissants d'un autre pays membre de l'OCDE, un traitement non moins favorable que celui dont bénéficient les entreprises nationales[180]. Cette règle du traitement national, constate la Cour, concerne autant les échanges intracommunautaires, lesquels sont régis par les règles du marché intérieur de

---

175 Koutrakos, *EU International* (1), *supra* note 30 aux pp 46-47; Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 aux pp 30-32.

176 Voir Neframi, *Accords*, *supra* note 3 aux pp 167-168, 170-171; Schmitter et Smits, *supra* note 16 à la p 240, soulignent qu'il est contradictoire pour *l'Avis 1/94*, *supra* note 44 d'exclure les services de transports de la PCC vu l'existence de l'ex-titre IV, *TCE* (*TM*), *supra* note 1, ex-arts 74-84 sur le transport (ci-dessus, le texte correspondant aux notes 152-154), alors qu'il inclut l'*Accord* sur l'agriculture dans la PCC, malgré l'existence de l'ex-titre II ex-arts 38-47 du *TCE* (*TM*), sur l'agriculture. Neframi explique cette contradiction du fait que la politique agricole était déjà à l'interne une compétence exclusive par le jeu de la préemption, alors que la compétence communautaire interne et externe sur les transports était encore ex-concurrente.

177 Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 aux pp 31-32.

178 Voir *supra* notes 1-2.

179 *Avis de la Cour du 24 mars 1995 - Compétence de la Communauté ou de l'une de ses institutions pour participer à la troisième décision révisée du Conseil de l'OCDE relative au traitement national*, C-2/92 [1995] ECR I-00521 [*Avis 2/92*].

180 *Ibid* au para 3.

l'ex-Communauté et non par sa PCC, que les conditions de participation des entreprises sous contrôle étranger aux échanges commerciaux internationaux de l'ex-CE avec des pays tiers[181]. De plus, comme elle vise aussi les transports internationaux de l'ex-CE avec des pays tiers, elle se situe assurément, vu l'*Avis 1/94*, hors du domaine d'application de l'ex-article 113[182]. La Cour conclut donc que la compétence pour participer à la « troisième décision » de l'OCDE était partagée entre les États membres et l'ex-CE[183]. Conséquemment, le recours à l'accord mixte classique aurait dû être privilégié en l'espèce.

L'énoncé de l'*Avis 2/92* sur les transports internationaux s'inscrit clairement dans la voie tracée par l'*Avis 1/94*[184]. L'influence de ce dernier avis nous paraît également vraisemblable lorsque la Cour écarte l'application de la PCC en raison de l'impact de la « troisième décision » de l'OCDE sur les échanges intracommunautaires. Dans l'*Avis 2/92*, la Cour avait effectivement relevé l'existence de mesures susceptibles de fonder une certaine compétence externe implicite exclusive de l'ex-CE au sens de l'arrêt *AETR*[185]. Toutefois, elle n'en avait pas pour autant conclu à la préemption complète[186] en faveur de l'ex-CE, car cette réglementation ne couvrait pas tous les domaines d'activité visés par la « troisième décision » de l'OCDE[187]. Dans la logique de l'*Avis 1/94*, où le contenu de la PCC sembla dépendre de la répartition effective des compétences au niveau intracommunautaire[188], il eut été étonnant, après une telle exclusion de la préemption complète, que la Cour reconnaisse, en vertu de l'ex-article 113 *TCE*[189], la compétence exclusive de l'ex-Communauté sur la « troisième décision » de l'OCDE.

En 1995, l'affaire *Werner*[190] portait sur le refus de la République fédérale d'Allemagne (RFA) d'octroyer une licence pour l'exportation de pièces d'équipement vers la Libye, pour le motif qu'elles pourraient servir à la production de missiles. Similairement, dans l'arrêt *Leifer*[191], un certain nombre de personnes furent poursuivies au criminel pour avoir notamment exporté des produits chimiques vers l'Irak sans avoir obtenu au préalable une licence d'exportation des autorités compétentes de la RFA. Celles-ci estimaient que lesdits produits chimiques avaient été utilisés dans le cadre du programme irakien d'armement chimique. Dans ces deux affaires, il fut demandé à la CEJ[192] d'évaluer si un État membre peut adopter des mesures nationales qui exigent l'obtention d'une licence pour exporter des biens « à double usage », utilisables à des fins civiles ou militaires, afin de protéger la sécurité et la politique étrangère de cet État.

---

181 *Ibid* aux para 24-26; Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 aux pp 34-35.
182 *Ibid* au para 27.
183 *Ibid* à la p I-561.
184 Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 152-157.
185 Voir, *supra* note 7.
186 *Ibid.*
187 *Avis 2/92*, *supra* note 179 aux para 31, 33-35.
188 Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 175-177.
189 Actuellement *TFUE, supra* note 2, art 207.
190 *Fritz Werner Industrie-Ausrüstungen GmbH c Allemagne*, C-70/94, [1995], ECR I-03189 [*Werner*];
191 *Procédure pénale c Peter Leifer, Reinhold Otto Krauskopf et Otto Holzer*, C-83/94 [1995], ECR I-03231 [*Leifer*].
192 Selon *TCE*, *supra* note 1, ex-art 177, actuellement *TFUE, supra* note 2, art 267.

En réponse, la Cour affirme « [qu'] une mesure [nationale] ayant pour effet d'empêcher ou de restreindre l'exportation de certains produits [...] ne saurait être soustraite du domaine de la politique commerciale commune au motif qu'elle vise à atteindre des objectifs de politique étrangère et de sécurité »[193] ou parce que la restriction à l'exportation concerne des produits à « double usage »[194]. Pour la Cour, comme l'entière responsabilité de la PCC relève de l'ex-CE, un État membre ne peut pas en restreindre la portée en décidant unilatéralement, à la lumière de ses propres impératifs de politique étrangère ou de sécurité qu'une de ses mesures relève ou non de l'ex-article 113 *TCE*[195], sauf s'il peut établir que ladite mesure nationale fut spécifiquement autorisée par l'ex-CE par l'article 11 du règlement communautaire n° 2603/69[196] relatif au régime commun des exportations[197].

Le raisonnement de la CEJ en ces deux affaires rappelle jusqu'ici la thèse instrumentale de la Commission[198], car les mesures réglementent spécifiquement le commerce avec les États tiers sans vouloir en influencer le volume. D'un côté, on peut aussi estimer qu'elles s'inscrivent dans la voie tracée par l'*Avis 1/78*, puisque la Cour y autorise l'action des États membres dans un domaine de PCC qui relève par ailleurs de la compétence intrinsèquement exclusive de l'ex-CE[199]. Bien que la question du recours à l'accord mixte n'entrait aucunement en ligne de compte dans ces décisions, une telle façon de procéder évoque une forme de mixité pragmatique. D'un autre côté, ces deux décisions ne s'éloignent pas, à notre avis, de la retenue judiciaire qui expliqua, pour une certaine doctrine, l'interprétation restrictive que la Cour donna à l'ex-article 113 *TCE* dans l'*Avis 1/94*[200]. Effectivement, dans les arrêts *Werner* et *Leifer*, la Cour a finalement validé les mesures nationales de la RFA exigeant l'obtention d'une licence pour l'exportation de biens à « double usage », pour le motif que celles-ci relevaient du domaine de l'article 11 du règlement n° 2603/69 et qu'elles étaient en conséquence autorisées par cette disposition[201]. Conséquemment, tout comme la structure et l'organisation interne de l'ex-Communauté orienta, selon certains, le raisonnement adopté dans l'*Avis 1/94*, nous sommes d'avis que les affaires *Werner* et *Leifer* témoignent également du même souci de la Cour de définir une PCC qui ne soit pas dissociée et indépendante du système communautaire auquel elle doit son existence.

---

193 *Werner, supra* note 190 au para 10.

194 *Leifer*, *supra* note 191 au para 11.

195 *Werner*, *supra* note 190 au para 11; Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 à la p 37.

196 CE, *Règlement (CEE) n° 2603/69 du Conseil, du 20 décembre 1969, portant établissement d'un régime commun applicable aux exportations*, [1969] JO, L 324/25. L'article 11 permettait aux États membres d'appliquer des restrictions quantitatives à l'exportation justifiées notamment par des raisons de sécurité publique. Il représentait une exception pragmatique au caractère exclusif de la compétence sur la PCC.

197 *Werner*, *supra* note 190 au para 12; *Leifer*, *supra* note 191 au para 12; Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 à la p 38.

198 Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 36-37.

199 Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 93-98.

200 Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 168-177.

201 *Werner*, *supra* note 190 au para 27; *Leifer*, *supra* note 191 au para 29. Voir, Schmitter et Smits, *supra* note 16 aux pp 281-84. Pour une problématique similaire, mentionnons l'affaire C-124/95, *The Queen, ex parte Centro-Com Srl c HM Treasury et Bank of England*, C-124/95, [1997] ECR I-00081 aux para 30-53.

Quant à l'affaire C-360/93 (*Marchés*)[202], la CEJ s'inspire directement de l'*Avis 1/94*, pour annuler une décision du Conseil adoptée sur la base de l'ex-article 113 *TCE*. Cette décision approuvait la conclusion d'un accord entre l'ex-CEE agissant seule, sans la participation des États membres, et les États-Unis dont l'objet était d'étendre les bénéfices d'une directive communautaire en matière de marchés publics (90/531/CEE) aux entreprises américaines[203]. Ladite convention visait notamment d'éventuels contrats relatifs à la fourniture de biens ou d'autres services qui, selon la Cour, pourraient possiblement impliquer la présence commerciale ou la présence de personnes physiques sur le territoire où le service serait rendu. Se référant à l'*Avis 1/94*, la Cour rappelle que seule la livraison transfrontalière de services n'impliquant aucun déplacement de personnes pouvait relever de la PCC, ce qui n'était évidemment pas le cas en l'espèce[204].

Dans l'arrêt *ERSA*[205], la Cour décide que l'*Accord CE-Hongrie sur les vins*[206] relève de la compétence externe exclusive de l'ex-CE en vertu de l'ex-article 133 *TCE* (*TN*)[207] et non de la compétence partagée de l'ex-CE et des États membres en matière de protection des droits de la propriété intellectuelle, comme l'avaient allégué la *Regione autonoma*, *ERSA* et le gouvernement italien[208]. Pour la CEJ, bien que cet accord comporte un régime de protection des dénominations géographiques relevant de la propriété industrielle et commerciale, son objectif principal est :

> de promouvoir les échanges commerciaux entre les parties contractantes en favorisant sur une base de réciprocité d'une part, la commercialisation des vins originaires des pays tiers concernés, en assurant à ces vins la même protection que celle prévue pour les [… vins] d'origine communautaire, et, d'autre part, la commercialisation dans ces pays tiers de vins originaires de la Communauté[209].

Cette convention, conclut la CEJ, représente conséquemment « un instrument influant directement sur le commerce des vins »[210]. Par ailleurs, notre lecture de cette affaire nous porte également à croire que cette décision s'inscrit dans la tradition de l'*Avis 1/94*. En effet, selon la Cour, l'*Accord CE-Hongrie sur les vins* relevait de l'article 63 du règlement communautaire no 822/87 qui prévoit

> que les vins importés […] à l'aide d'une indication géographique, peuvent

---

202 *Parlement européen c Conseil de l'Union européenne*, C-360/93, [1996] ECR I-01195 [C-360/93 (*Marchés*)].

203 Directive 90/531/CEE du Conseil, du 17 septembre 1990, relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, [1990] JO, L 297/1.

204 C-360/93 (*Marchés*), *supra* note 202, aux para 29-30; Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 à la p 35.

205 *Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia et Agenzia regionale per lo sviluppo rurale c Ministero delle Politiche Agricole e Forestali*, C-347/03, [2005] ECR I-03785 [*ERSA*].

206 *Accord entre la Communauté européenne* et *la République de Hongrie relatif à la protection réciproque des dénominations de vins,* [1993] JO, L 337/94.

207 Actuellement *TFUE, supra* note 2, art 207.

208 *ERSA*, *supra* note 205 au para 76.

209 *Ibid* au para 80.

210 *Ibid* aux para 75, 81 (au même effet).

> bénéficier pour leur commercialisation dans la Communauté, sous condition de réciprocité, du contrôle et de la protection prévus pour les v q p r d [vins de qualité produits dans une région déterminée] et que cette disposition sera mise en œuvre par des accords avec les pays tiers intéressés à négocier et à conclure selon la procédure prévue à l'article 133 CE[211].

Au moment de sa conclusion, l'Accord CE-Hongrie en cause était donc directement lié à des mesures en vigueur de politique agricole commune, soit, en l'occurrence, le cadre réglementaire sur l'organisation commune du marché viti-vinicole[212]. Ainsi, à l'instar de l'*Avis 1/94*, nous avons ici l'impression que la Cour fait encore preuve de retenue judiciaire en conservant en l'espèce la même interprétation limitée de la PCC. Elle nous laisse en effet à penser qu'elle fait intervenir l'ex-article 133 *TCE* principalement parce que le domaine de l'accord en litige relevait déjà à l'interne de la compétence communautaire exclusive par le jeu de la préemption complète[213].

Finalement, pour bien mesurer l'impact qu'eut l'*Avis 1/94* sur la jurisprudence ultérieure, il nous faut faire état de quatre litiges où la CEJ détermine lequel de l'ex-article 133 *TCE*[214] ou de l'ex-article 175 (1) *TCE*[215], relatif à la compétence communautaire ex-concurrente[216] en matière d'environnement, représente la base juridique correcte pour conclure ou mettre en œuvre les accords concernés par ces affaires. D'abord, en 2001, l'*Avis de la Cour du 6 décembre 2001 - Avis rendu en vertu de l'article 300 CE*, *Protocole de Cartagena* (*Avis 2/00*)[217] met en cause le *Protocole de Cartagena*[218], adopté en 1997 dans le cadre de la *Convention sur la diversité biologique* de 1992[219]. En l'occurrence, la Cour répondait à une demande d'avis présentée par la Commission au titre de l'ex-article 300 (6) *TCE* (*TA*)[220] sur le choix de la base juridique appropriée pour conclure ledit protocole. La CEJ estime alors que

> le protocole est, au regard [du contexte dans lequel il a été adopté[221]], de sa finalité et de son contenu, un instrument destiné essentiellement à prévenir les risques biotechnologiques[222] […] qui pourraient résulter des activités impliquant le traitement des OVM [organismes vivants modifiés], et

---

211 *Ibid* aux para 78-79. CE, *Règlement (CEE) 822/87 du Conseil du 16 mars 1987 portant organisation commune du marché viti-vinicole*, [1987] JO, L 84 /1.

212 *ERSA*, *supra* note 205 aux para 27-49, 74, 77.

213 Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 168-177; Voir *supra* note 7.

214 Actuellement *TFUE*, *supra* note 2, art 207.

215 *Ibid*, art 192 (1).

216 Compétence partagée générale depuis le *TL*, *supra* note 6.

217 *Avis de la Cour du 6 décembre 2001 - Avis rendu en vertu de l'article 300 CE, Protocole de Cartagena*, C-2/00 [2001] ECR I-09713 [*Avis 2/00*]; Voir, Koutrakos, *EU International* (1), *supra* note 30 aux pp 48-56; Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 aux pp 42-48; Alan Dashwood, « Opinion 2/00, Cartagena Protocol on Biosafety, 6 December 2001, not yet reported », (2002) 39:2 CML Rev 353.

218 *Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la convention sur la diversité biologique*, 29 janvier 2000, 2226 RTNU 208 (entrée en vigueur : 11 septembre 2003) [*Protocole*].

219 *Convention sur la diversité biologique*, 5 juin 1992, 1760 RTNU 79 (entrée en vigueur : 29 décembre 1993).

220 Actuellement *TFUE*, *supra* note 2, art 218 (11).

221 *Avis 2/00*, *supra* note 217 au para 26.

222 *Ibid* au para 37.

> notamment des mouvements transfrontières de ceux-ci[223] […], que ces déplacements poursuivent ou non des fins commerciales[224].

Le simple fait, ajoute la CEJ, qu'une mesure environnementale soit susceptible, comme en l'espèce, d'avoir des implications sur les échanges commerciaux ne suffit pas pour la faire relever de l'ex-article 133 *TCE* (*TA*) et ce, car la PCC ne bénéficie d'aucune priorité sur les autres champs de compétences communautaires[225]. Selon la Cour, le protocole relève de la politique environnementale de l'ex-CE, car il ne représente pas un instrument qui a pour but de promouvoir, de faciliter ou de régir les échanges commerciaux. L'ex-CE devait donc s'appuyer sur l'ex-article 175 (1) *TCE* (*TA*) pour le conclure et non sur l'ex-article 133 *TCE* (*TA*)[226]. De plus, comme la CEJ note en l'espèce que « l'harmonisation réalisée sur le plan communautaire, dans le domaine d'application du protocole, ne couvre que très partiellement [par préemption limitée[227]] un tel domaine »[228], on peut vraisemblablement en déduire qu'à l'exemple de l'*Avis 1/94*, la Cour n'a pas voulu définir une PCC qui soit dissociée de la répartition des compétences prévalant alors au niveau intracommunautaire[229]. Pour la Cour, l'ex-Communauté « et ses États membres » avaient ainsi « une compétence partagée pour conclure le protocole[230] »; celui-ci aurait dû conséquemment prendre la forme d'un accord mixte classique.

En 2002, l'affaire C-281/01[231] porte sur l'Accord *Energy Star*[232]. Suivant cette entente, l'ex-CE et les États-Unis conviennent de coordonner leurs programmes respectifs d'étiquetage de l'efficacité énergétique des équipements de bureau, en introduisant sur le marché communautaire le programme américain d'étiquetage « Energy Star », plutôt que d'y développer un programme d'étiquetage distinct. D'après la Cour, l'Accord *Energy Star* « poursuit à la fois un objectif de politique commerciale et un objectif de protection de l'environnement »[233], car :

> une telle coordination facilite nécessairement le commerce dans la mesure où les fabricants ne doivent plus se référer qu'à une seule norme en matière d'étiquetage et se soumettre qu'à une seule procédure d'enregistrement auprès d'un seul organe de gestion pour la commercialisation d'équipements arborant le logo Energy Star sur les marchés européen et américain[234].

---

223 *Ibid* au para 34.
224 *Ibid* au para 38.
225 *Ibid* au para 40.
226 *Ibid* au para 37.
227 Voir *supra* note 7.
228 *Avis 2/00*, *supra* note 217 au para 46.
229 Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 168-177.
230 *Avis 2/00*, *supra* note 217 au para 47.
231 *Commission des Communautés européennes c Conseil de l'Union européenne*, C-281/01, [2002] ECR I-12049 [*Energy Star*]; Voir, Eleftheria Neframi, « Politique commerciale et protection de l'environnement : une approche instrumentale du contentieux de la base juridique selon l'arrêt Commission/Conseil du 12 décembre 2002 », (2003) 470 R du Marché Commun & Union Européenne 461.
232 *Accord entre le gouvernement des États-Unis d'Amérique et la Communauté européenne concernant la coordination des programmes d'étiquetage relatifs à l'efficacité énergétique des équipements de bureau*, [2006] JO, L 381/26.
233 *Energy Star*, *supra* note 231 au para 39.
234 *Ibid* au para 37.

De plus, ajoute la Cour, en stimulant l'offre et la demande de produits énergétiquement efficaces, le programme d'étiquetage constitue également une mesure de politique environnementale, puisqu'il est destiné à promouvoir des économies d'énergie[235]. Toutefois, constate la CEJ, de telles économies et les bénéfices pour l'environnement qui en résulteront ne représentent que des « effet[s] indirect[s] et lointain[s] », alors que son impact « sur le commerce des équipements de bureau […] est direct et immédiat »[236]. Le programme d'étiquetage Energy Star est avant tout, estime la Cour, un instrument portant directement sur le commerce des équipements de bureau, car il a principalement et de façon prépondérante pour objectif de permettre aux fabricants de faire usage « d'un logo commun pour identifier, à l'intention des consommateurs, certains produits [… énergétiquement efficaces], qu'ils entendent commercialiser sur les marchés américain et communautaire »[237]. Finalement, affirme la CEJ, le fait que l'Accord *Energy Star* relève de l'ex-article 133 *TCE* (*TA*)[238] en tant qu'instrument de réglementation du commerce extérieur communautaire n'empêche pas que les dispositions sur la réalisation de la politique environnementale et du marché intérieur communautaires aient été choisies comme bases juridiques pour mettre en œuvre les effets intracommunautaires de cet accord. Pour la Cour, l'ex-article 133 *TCE* (*TA*) a trait « au commerce extérieur, il ne pourrait pas, servir de base juridique pour une mesure ayant uniquement des effets »[239] à l'intérieur de l'ex-CE. Cette position, rappelons-le, est en tout point conforme à l'énoncé de la Cour sur la mise en œuvre de l'*Accord sur l'agriculture* dans l'*Avis 1/94*[240].

En outre, comme le Conseil signale dans son argumentation présentée à la Cour l'existence entre autres du règlement communautaire « no 880/92 du 23 mars 1992 concernant un système communautaire d'attribution de label écologique »[241], fondé sur l'ex-article 130 (s) *TCEE*[242], on peut, sous toutes réserves penser que, lors de la conclusion de l'Accord *Energy Star*, le domaine concerné relevait déjà, en application du principe de la préemption complète[243], de la compétence exclusive de l'ex-CE. Dans la logique de l'*Avis 1/94*[244], il devenait politiquement acceptable pour les États membres et plus facile pour la CEJ de fonder ledit accord sur la PCC vu que cela correspondait de toute manière au système communautaire de partage des compétences internes et ce, d'autant plus que le programme d'étiquetage Energy Star présentait « un caractère non contraignant »[245].

---

235 *Ibid* au para 38.
236 *Ibid* au para 41; Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 aux pp 47-48.
237 *Energy Star*, *supra* note 231 au para 40.
238 Actuellement *TFUE, supra* note 2, art 207.
239 *Energy Star*, *supra* note 231 au para 46; Piet Eeckhout, *External Relations of the European Union, Legal and Constitutional Foundations*, Oxford, Oxford University Press, 2004 aux pp 47-48 [Eeckhout, *External Relations EU, Legal*].
240 Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 136-138.
241 *Energy Star*, *supra* note 231 au para 30; CE, *Règlement (CEE) n° 880/92 du Conseil, du 23 mars 1992, concernant un système communautaire d'attribution de label écologique*, [1992] JO, L 99/1.
242 Actuellement *TFUE, supra* note 2, art 192.
243 Voir, *supra* note 7.
244 Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 168-177.
245 *Energy Star*, *supra* note 231 au para 44.

En 2006, dans l'affaire C-94/03 (*Rotterdam*)[246], la Commission invoque l'ex-article 230 *TCE* (*TN*)[247] pour demander l'annulation de la décision du Conseil 2003/106/CE[248] qui avait approuvé, au nom de l'ex-CE, la *Convention de Rotterdam*[249] pour le motif qu'elle était fondée sur l'ex-article 175 (1) *TCE* (*TN*) et non sur l'ex-article 133 *TCE* (*TN*)[250]. Pour la Cour, le préambule, le texte de la *Convention de Rotterdam* et les enceintes internationales (PNUE et FAO) où elle fut négociée indiquent clairement que celle-ci a pour objectif la protection de la santé humaine et de l'environnement. La CEJ note qu'en effet, cette entente vise notamment « à empêcher qu'une partie […] ne soit confrontée à l'importation de produits chimiques dangereux sans avoir eu, au préalable, la possibilité de prendre les précautions requises pour protéger la santé humaine et l'environnement »[251].

Toutefois, souligne la CEJ, il est également évident que la composante commerciale de cet accord n'est pas purement accessoire, car il contient des « normes qui régissent [le commerce ou] les échanges de produits chimiques dangereux, [lesquelles] ont des effets directs et immédiats sur ces échanges »[252]. À titre d'exemples, la Cour mentionne notamment : 1) la procédure de consentement préalable en connaissance de cause dont la mise en œuvre est réglée par des dispositions de nature commerciale qui obligent les parties à établir un régime d'importation applicable aux produits soumis à cette procédure et les parties exportatrices à assurer le respect de tels régimes et 2) l'article 13 de la convention qui impose une obligation d'étiquetage approprié lors de l'exportation de produits chimiques dangereux. Pour la Cour, de telles mesures régissent évidemment le commerce international des produits concernés et elles relèvent en conséquence de la PCC[253]. De plus, ajoute-t-elle, il ressort du titre même de la *Convention de Rotterdam*

> que cette dernière n'est applicable qu'à certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet d'un commerce international lequel constitue, à son tour, une condition *sine qua non* de l'inscription desdits produits à l'annexe III de la convention et, partant, de leur participation à la procédure [de consentement susmentionné]. Un lien aussi explicite entre le commerce et l'environnement faisait défaut dans le protocole de Carthagène

---

246 *Affaire Commission des Communautés européennes c Conseil de l'Union européenne,* C-94/03, [2006] ECR I-00001 [C-94/03 (*Rotterdam*)]; Voir aussi *Commission des Communautés européennes c Parlement européen et Conseil de l'Union européenne,* C-178/03, [2006] ECR I-00107. Le raisonnement de la Cour dans ces deux affaires étant similaire, nous analyserons uniquement la décision C-94/03 (*Rotterdam*).

247 Actuellement *TFUE, supra* note 2, art 263.

248 CE, *Décision 2003/106/CE du Conseil du 19 décembre 2002 concernant l'approbation, au nom de la Communauté européenne, de la convention de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable à certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet d'un commerce international*, [2002] JO, L 63/27.

249 *Convention de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable à certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet d'un commerce international*, 10 septembre 1998, 2244 RTNU 337 (entrée en vigueur : 24 février 2004).

250 Actuellement *TFUE, supra* note 2, arts 192 (1), 207; Voir, C-94/03 (*Rotterdam*), *supra* note 246 au para 1.

251 C-94/ 03 (*Rotterdam*), *supra* note 246 au para 38. Voir également *ibid*, aux para 37, 41.

252 *Ibid* au para 42.

253 *Ibid* aux para 44, 46, 48.

examiné par la Cour dans l'*Avis 2/00*[254].

Vu ce qui précède, la CEJ annule donc la décision du Conseil contestée en l'espèce, pour le motif que, tant sur le plan des finalités poursuivies que sur celui de son contenu, la *Convention de Rotterdam* comprend

> deux composantes liées de façon indissociable, sans que l'une puisse être considérée comme seconde ou indirecte par rapport à l'autre, relevant l'une, de la politique commerciale commune [, soit de l'ex-article 133 *TCE* (*TN*)] et, l'autre, de la protection de la santé humaine et de l'environnement [, soit de l'ex-article 175 (1) *TCE* (*TN*)][255].

En outre, le texte même de la décision C-94/03 (*Rotterdam*) et le contexte communautaire, tel que décrit dans les conclusions présentées en l'occurrence par l'avocat général Kokott[256], nous amènent aussi à y retrouver la logique sous-jacente au raisonnement de la Cour dans l'*Avis 1/94*. D'abord, dans l'arrêt C-94/03 (*Rotterdam*), la CEJ réfère à certains règlements communautaires concernant les exportations et les importations de produits chimiques dangereux[257]. À l'instar de l'*Avis 1/94*, une pareille réglementation peut donc avoir incité la Cour à recourir à l'ex-article 133 *TCE* (*TN*), comme deuxième base juridique de la *Convention de Rotterdam*, pour les éléments de celle-ci qui relevaient déjà à l'interne de la compétence exclusive de l'ex-CE[258].

Quant au choix du pouvoir ex-concurrent[259] sur l'environnement prévu à l'ex-article 175 (1), comme autre base juridique de cet accord[260], il nous semble que, comme pour l'*Avis 1/94*, la Cour fit aussi preuve en l'espèce de retenue judiciaire. Nous sommes d'avis qu'elle témoigna alors de son souci de ne pas étendre le champ d'application de l'ex-article 133 *TCE* (*TN*) à des domaines qui risqueraient de porter atteinte à la répartition des compétences prévalant alors au niveau intracommunautaire[261]. Certains facteurs tirés du contexte entourant la *Convention de Rotterdam* ont pu effectivement conforter la Cour dans un tel choix. Ainsi, en décembre 2002, les États membres décidèrent à l'unanimité, par l'entremise du Conseil, de fonder la décision d'approuver la *Convention de Rotterdam* sur l'ex-article 175 (1) *TCE* (*TN*) plutôt que sur l'ex-article 133 *TCE* (*TN*), comme le proposait la Commission[262]. De plus, la plupart des États membres de l'ex-CE manifestèrent directement leur intérêt pour la *Convention de Rotterdam* en la ratifiant

---

254 *Ibid* au para 44.

255 *Ibid* au para 51; Koutrakos, « Legal Basis », *supra* note 42 aux pp 176-185. Koutrakos critique l'incertitude créée par la décision C-94/03 (*Rotterdam*) qui contredit sans justification évidente l'*Avis 2/00*, *supra* note 217 et l'affaire *Energy Star*, *supra* note 231.

256 *Commission des Communautés européennes c Conseil de l'Union européenne, Recours en annulation - Décision 2003/106/CE du Conseil concernant l'approbation de la convention de Rotterdam*, C-94/03, [2005] ECR I-00001 [C-94/03, *Conclusions KoKott*].

257 C-94/ 03 (*Rotterdam*), *supra* note 246 au para 18.

258 Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 175-177.

259 Désigné partagé général depuis le *TL*, *supra* note 6.

260 Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 à la p 53.

261 Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 175-177.

262 C-94/ 03, *Conclusions KoKott*, *supra* note 256 au para 16.

en leur propre nom[263], évoquant ainsi la procédure de l'accord mixte multilatéral[264]. En procédant de la sorte, ils démontraient, à notre avis, qu'ils avaient encore une compétence résiduaire en la matière[265]. En effet, même dans les domaines couverts par la réglementation communautaire mettant en œuvre la *Convention de Rotterdam*[266], l'ex-article 176 *TCE* (*TN*) autorisait les États membres à adopter des mesures plus strictes, sur simple notification à la Commission[267]. Conséquemment, l'objet du recours de la Commission en l'espèce n'était clairement pas de savoir si l'ex-CE avait à l'époque une compétence exclusive par acquisition[268] en matière de politique environnementale[269]. La Cour n'avait donc pas à se prononcer sur cette question et par conséquent sur la mixité[270]. Toutefois, en choisissant les ex-articles 133 et 175 (1) comme doubles bases juridiques de la *Convention de Rotterdam*, la Cour, nous semble-t-il, souhaitait, à l'instar de l'*Avis 1/94*, rendre un jugement qui respectait l'état d'avancement de l'organisation interne du système communautaire de l'époque[271]. Elle tenait ainsi à fournir

> des indications à l'attention des autres parties à la convention tant en ce qui concerne l'étendue de la compétence communautaire relative à cette convention […] qu'en ce qui concerne la répartition des compétences entre la Communauté et ses États membres[272].

Sur l'interaction entre la PCC et la compétence de l'ex-Communauté en matière d'environnement, mentionnons finalement l'arrêt C-411/06 (*Transfert*) du 8 septembre 2009[273]. En l'occurrence, la CEJ se prononce sur un recours de la Commission[274] qui demandait l'annulation du règlement communautaire no 1013/2006 concernant les transferts de déchets[275], pour le motif que celui-ci se fondait uniquement

---

263 *Ibid* au para 18.

264 Ci-dessus, le texte correspondant à la note 3 pour une définition. L'accord mixte est partiel si tous les membres de l'UE n'y participent pas, ce qui rend sa mise en œuvre problématique. Voir, Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 à la p 264.

265 Voir *supra* aux notes 6-7

266 Qui pouvait être plus stricte que les dispositions mêmes de la *Convention de Rotterdam*, *supra* note 249, art 15 (4). Voir, Panos Koutrakos, « Annotation on Case C-94/03, *Commission v Council* and Case C178/03, *Commission v Parliament and Council*», (2007) 44:1 CML Rev 171, aux pp 187, 190.

267 Dora Schaffrin, « Dual legal bases in EC environmental law revisited: note on the judgments of the European court of justice in the cases C-94/03 (*Commission of the European communities v Council of the European union*) and C-178/03 (*Commission of the European communities v European parliament and council of the European union*) » (2006) 15:3 RECIEL 339 aux pp 340-341, 343. Selon *TCE* (*TN*), *supra* note 1, ex-art 176, les mesures plus strictes des États membres doivent toutefois demeurer compatibles avec le *TCE*. Actuellement *TFUE, supra* note 2, art 193 est au même effet.

268 Voir *supra* notes 6-7.

269 C-94/ 03, *Conclusions KoKott*, *supra* note 256 aux para 18, 47.

270 *Ibid*.

271 Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 175-177.

272 C-94/ 03 (*Rotterdam*), *supra* note 246 au para 55; Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 à la p 51.

273 *Commission des Communautés européennes c Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, Recours en annulation - Règlement (CE) n° 1013/2006*, C-411/06, [2009] ECR I-07585 [C-411/06 (*Transfert*)]; Voir, Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 aux pp 52-57.

274 Fondé sur *TCE* (*TN*), *supra* note 1, ex-art 230, soit actuellement *TFUE*, *supra* note 2, art 263.

275 Voir règlement attaqué : CE, *Règlement (CE) n° 1013/2006 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 concernant les transferts de déchets*, [2006] JO, L 190/1.

sur l'ex-article 175 (1) *TCE* (*TN*) et non sur les ex-articles 133 et 175 (1) *TCE* (*TN*)[276]. La Cour distingue d'abord le règlement de mise en œuvre de la *Convention de Rotterdam*, validement fondé sur cette même double base juridique[277], du règlement attaqué en l'espèce. En effet, la *Convention de Rotterdam*, comme le règlement qui l'incorporait, avait « deux composantes relevant de la [PCC] et de la protection de la santé humaine et de l'environnement [qui étaient] liées de façon indissociable […] sans que l'une puisse être considérée comme seconde ou indirecte par rapport à l'autre »[278]. À l'égard du règlement 1013/2006, la Cour adopte plutôt une approche très semblable à celle de l'*Avis 2/00*[279] relatif au *Protocole de Cartagena*[280]. En bref, elle juge que tout

> comme la procédure d'accord préalable en connaissance de cause établie par le *Protocole de Cartagena* […], la procédure de notification et de consentement écrits préalables prévus par le règlement attaqué [comme procédure principale de contrôle,] peut être qualifiée d'instrument typique de la politique de l'environnement[281].

Selon la Cour, tant par son objectif et son contenu[282], le règlement sur les transferts de déchets vise prioritairement à protéger la santé humaine et l'environnement. Il relève donc de l'article 175 (1) *TCE* (*TN*), « même si les mesures prévues par ledit acte sont susceptibles d'affecter les échanges commerciaux »[283]. Un acte communautaire, précise la Cour, relève de la compétence exclusive en matière de PCC uniquement

> s'il porte spécifiquement sur les échanges internationaux en ce qu'il est essentiellement destiné à promouvoir, à faciliter ou à régir les échanges commerciaux et a des effets directs et immédiats sur le commerce ou les échanges des produits concernés[284].

En choisissant l'ex-article 175 (1) *TCE* (*TN*) comme fondement juridique correct du règlement sur les transferts de déchets, il nous semble, qu'à l'instar de l'*Avis 1/94*, la CEJ témoigna par la même occasion du souci de délimiter la portée de l'ex-article 133 *TCE* (*TN*) en fonction de l'état d'avancement effectif du partage des compétences intracommunautaires de l'époque. À notre avis, plusieurs éléments tirés du contexte entourant l'adoption dudit règlement confortèrent la Cour dans son choix de procéder de la sorte. Ainsi, la *Convention de Bâle*[285], mise en œuvre en droit communautaire par le règlement attaqué no 1013/2006, fut elle-même conclue par une décision du Conseil adoptée le 1er février 1993 sur la base de l'ex-article 130 (s) *TCEE*,

---

276 Actuellement *TFUE, supra* note 2, arts 192 (1), 207.

277 CE, *Règlement (CE) n° 304/2003 du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 concernant les exportations et importations de produits chimiques dangereux,* [2003] JO, L 63/1.

278 C-411/ 06 (*Transfert*), *supra* note 273 au para 75. Voir, Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 à la p 56.

279 *Avis 2/00*, *supra* note 217. Voir ci-dessus, le texte correspondant aux notes 214-230.

280 *Protocole de Cartagena*, *supra* note 218.

281 C-411/ 06 (*Transfert*), *supra* note 273 aux para 55, 59.

282 *Ibid* aux para 51-59.

283 *Ibid* au para 70.

284 *Ibid* au para 71.

285 *Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination*, 22 mars 1989, 1673 RTNU 57 (entrée en vigueur : 5 mai 1992) [*Convention de Bâle*].

soit l'ex-175 :1 *TCE* (*TN*)[286]. De plus, ce règlement no 1013/2006 fut introduit pour remplacer et pour mettre à jour le règlement antérieur d'incorporation de la *Convention de Bâle*, daté du 1er février 1993, que l'arrêt C-187/93 avait reconnu comme étant justement fondé sur l'ex-article 130 (s) *TCEE*[287]. En outre, lors de la ratification de la *Convention de Bâle* en 1994 par l'UE, tous ses États membres la ratifièrent en leur propre nom. Par la suite, la plupart des nouveaux membres de l'UE manifestèrent directement leur intérêt pour cette convention en la ratifiant également[288], évoquant conséquemment la procédure de l'accord mixte multilatéral[289]. À notre avis, ils démontrèrent ainsi, tel que nous l'avons mentionné dans le contexte de la *Convention de Rotterdam*, qu'ils avaient encore une compétence résiduaire en la matière[290]. En effet, rappelons ici que, même dans les domaines couverts par la réglementation communautaire mettant en œuvre la *Convention de Bâle*, l'ex-article 176 *TCE* (*TN*)[291] autorisait les États membres à adopter des mesures plus strictes, sur simple notification à la Commission.

c) Le point sur la PCC antérieure au TL

Des paragraphes qui précèdent, on remarque d'abord que, sauf pour les affaires *Werner* et *Leifer*, la CEJ n'a pas choisi entre les thèses « instrumentale et finaliste » défendues par les instances communautaires[292] pour modeler ses décisions ou ses avis sur l'étendue de la PCC. Au contraire, la Cour semble plutôt s'être inspirée d'un mariage des deux pour développer ses analyses. Ensuite, à l'instar de l'*Avis 1/94*, on note que, dans la jurisprudence ultérieure où des domaines également non traditionnels du commerce international firent l'objet du différend, soit dans l'*Avis 2/92*[293], dans l'affaire C-360/93 (*Marchés*)[294] et dans l'arrêt *ERSA*[295], la Cour nous paraît avoir maintenu la même interprétation restrictive de la PCC, en faisant intervenir cette compétence uniquement dans les cas de préemption complète interne en faveur de l'ex-Communauté sur un sujet donné. Finalement, on constate que le souci de la Cour dans l'*Avis 1/94*, de ne pas réaliser de « transfert judiciaire » de pouvoirs en faveur de l'ex-CE par le biais d'une interprétation large de la PCC, nous semble également présent dans les affaires étudiées relatives à des questions

---

286 *Commission des Communautés européennes c Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, *Recours en annulation - Règlement (CE) n° 1013/2006 - Transfert de déchets,* C-411/06, [2009], ECR I-07585 au para 33 [C-411/06, *Conclusions Maduro*].

287 *Ibid* au para *32*; *Parlement européen c Conseil de l'Union européenne, Règlement sur les transferts de déchets*, C-187/93 [1994], ECR I-02857.

288 Pour les parties à la *Convention de Bâle*, *supra* note 285, en ligne: <http://www.basel.int/>.

289 Ci-dessus, le texte correspondant à la note 3 pour une définition.

290 Voir, *supra* notes 6-7.

291 Actuellement *TFUE, supra* note 2, art 193 est au même effet.

292 Ci-dessus le texte correspondant aux notes 35-40. La Commission et le Conseil utilisèrent même la thèse de l'autre institution quand cela les arrangeait; Voir, Schmitter et Smits, *supra* note 16 à la p 270.

293 *Avis 2/92*, *supra* note 179.

294 C-360/93 (*Marchés*), *supra* note 202.

295 *ERSA*, *supra* note 205.

environnementales ou de politique étrangère et de sécurité nationale[296]. Pour la CEJ, il fallait effectivement éviter de modifier les compétences communautaires en l'absence de consensus politique préalable de la part des États membres[297].

À ce propos, en 2008, le professeur Panos Koutrakos releva également cette retenue judiciaire de la Cour à l'égard du champ d'application de la PCC qu'il expliqua de la façon suivante :

> *[I]n the early 1970s, [ex-]Article 133 EC was at the very core of the Community's external relations. […A] widely understood CCP was essential to the effectiveness of the Community's system of external relations. However as time went by, the development of the doctrine of implied external competence, its acceptance as part of the main stream EC external relations law and the introduction of new legal bases for external action at the successive amendments of the EC Treaty rendered [ex-]Article 133 EC a part of a [wider] system of EC external relations legal bases […]. The gradual establishment of this system entailed an equally gradual shift of emphasis from the need to consolidate the political and normative position of CCP to ensuring the effectiveness of the other legal bases provided in the EC Treaty*[298].

Cela dit, il devint rapidement évident qu'une pareille interprétation limitée de la PCC pourrait avoir un impact négatif sur le rôle éventuel de l'ex-CE dans le développement du droit commercial international. Ainsi, en raison de la jurisprudence étudiée plus haut, qui imposait en fait la procédure mixte, c'est-à-dire l'intervention des États membres[299], pour la conclusion de plusieurs accords commerciaux communautaires, il devenait difficile, alléguaient les organes de l'ex-CE, d'être efficace et d'avoir un pouvoir de négociation réel au sein notamment d'un organisme comme l'OMC. En bout de ligne, ils estimaient que ce handicap pouvait avoir des conséquences sérieuses pour la croissance du commerce communautaire lui-même. Cependant, les États membres étaient assez satisfaits de cette solution qui les impliquait directement dans de nombreuses tractations commerciales. Toutefois, ils se rendaient compte que, dans certains cas, les résultats pourraient possiblement être plus avantageux si l'ex-Communauté ne parlait que d'une seule voix. Avec ce constat à l'esprit, les acteurs communautaires ont tenté, sous l'impulsion de la Commission[300], de concilier, avec plus ou moins de succès, ces deux positions. Différentes propositions furent dès lors incorporées dans les modifications successives du *TCE*, soit à l'occasion du *Traité d'Amsterdam* de 1999, du *Traité de Nice* de 2003 et du *Traité de Lisbonne* de 2009. Voyons, dans les prochains paragraphes, les solutions qui furent ainsi retenues.

---

296 Les affaires *Werner*, *supra* note 190; *Leifer*, *supra* note 191; Energy Star, *supra* note 231; C-94/03 (Rotterdam), *supra* note 246; C-411/06 (*Transfert*), *supra* note 273; L'*Avis 2/00*, *supra* note 217.

297 Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 175-177.

298 Koutrakos, « Legal Basis », *supra* note 42 aux pp 184-85.

299 Sur cette procédure voir, Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 aux pp 255-266; Ivan Smyth, « Mixity in Practice-A Member State Practitioner's Perspective » dans Christophe Hillion et Panos Koutrakos, dir, *Mixed Agreements Revisited: The EU and its Member States in the World*, Oxford, Hart Publishing, 2010, 304 aux pp 304-19.

300 Eeckhout, *External Relations EU, Legal*, *supra* note 239 à la p 49.

III. La portée et l'étendue matérielle de la PCC : une détermination essentielle pour justifier le recours à l'accord mixte depuis le *Traité de Lisbonne* (*TL*)

A. La recherche d'une solution à l'impasse issue de l'*Avis 1/94* menant au *TL*

D'abord, le *Traité d'Amsterdam* tente en 1999, de remédier à l'impasse provoquée spécialement par l'*Avis 1/94*, en ajoutant un paragraphe 5 à l'ex-article 133 *TCE* (*TA*). Cette nouvelle clause autorisait le « Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, [à] étendre l'application des paragraphes 1 à 4[301] [soit la PCC à l'époque de l'avis 1/94[302],] aux négociations et accords internationaux concernant les services et les droits de propriété intellectuelle dans la mesure où ils ne sont pas visés par ces paragraphes »[303]. Selon le professeur Eeckhout, ce nouveau paragraphe 5 était problématique au niveau de sa légitimité juridique, car il autorisait le Conseil à élargir les pouvoirs exclusifs de l'ex-CE par le biais d'une simple décision unanime de sa part[304]. Or, le Conseil est composé uniquement de représentants des gouvernements, lesquels n'ont souvent pas le pouvoir, en vertu de leur constitution interne, de transférer eux-mêmes des compétences à une organisation internationale[305]. Il conférait donc aux États membres du Conseil un pouvoir, politiquement quasi impraticable. Il ne représentait en fait que le maintien déguisé du *statu quo*, tel qu'il avait été établi notamment par l'*Avis 1/94*. De plus, cette nouvelle disposition permettait uniquement l'extension externe du champ d'application de la PCC dans les domaines des accords susnommés[306]. Elle ne visait pas la compétence de l'ex-CE d'adopter des mesures autonomes internes dans ces secteurs. Conséquemment, il en résultait uniquement une insertion partielle des services et de la propriété intellectuelle dans la PCC[307]. Le professeur Koutrakos constata également que l'ex-article 133 (5) *TCE (TA)* ne contenait aucune référence au domaine de l'investissement[308]. Finalement, ce nouveau paragraphe 5 de l'ex-article 133 *TCE (TA)* manquait nettement de clarté. La preuve en est que l'ex-article 133 (5) *TCE* (*TA*) n'indiquait pas s'il entendait conférer un caractère définitif à une pareille extension de la PCC. En outre, il ne précisait pas si cet élargissement devait englober nécessairement

---

301 *TCE* (*TA*), *supra* note 1, arts 133 (4), 300 (3) al 1 prévoyaient la règle de la majorité qualifiée sans consultation du Parlement européen pour conclure les conventions relevant de la PCC.

302 Les paragraphes 1-4 de l'ex-article 133 *TCE* (*TA*) couvraient donc l'Annexe 1A, *supra* note 125, de l'*Accord OMC*, *supra* note 111, incluant les échanges de produits CECA, les fournitures transfrontalières de services n'impliquant aucun déplacement de personnes et les accords prohibant le commerce de marchandises de contrefaçon contrevenant aux droits de propriété intellectuelle. Voir, *Avis 1/94*, *supra* note 44 aux para 22-34, 44, 55-56, 71; Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 127-140, 147-148, 158.

303 *TCE* (*TA*), *supra* note 1, art 2(20). L'ex-art 133(5) portait donc en principe sur les conventions concernant les services et les droits de propriété intellectuelle (non énumérées à *supra* note 302) qui furent exclus de la PCC par l'*Avis 1/94*, *supra* note 44. Voir, *Avis 1/94*, *supra* note 44 aux para 45-47, 58-68, 71; Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 149-167.

304 Eeckhout, *External Relations EU, Legal*, *supra* note 239 à la p 49.

305 *Ibid*.

306 Neframi, *Accords*, *supra* note 3 à la p 179.

307 *Ibid*.

308 Koutrakos, *EU International* (1), *supra* note 30 aux pp 59-60.

l'ensemble des accords susmentionnés ou s'il devait s'appliquer uniquement au cas par cas[309]. Étant donné ce qui précède, on ne saurait donc s'étonner du fait que l'ex-article 133 (5) *TCE* (*TA*) ne fut jamais appliqué[310].

Afin de remédier aux insuffisances de la solution arrêtée par le *Traité d'Amsterdam* (*TA*), le *Traité de Nice* (*TN*) introduit en 2003 l'ex-article 133 *TCE* (*TN*), dont les paragraphes 5 à 7 étaient destinés à étendre la PCC à certains secteurs commerciaux non traditionnels. À l'instar du *TA*, ces dernières dispositions instauraient un système qui ignorait, dans les nouveaux domaines commerciaux, le volet interne de la PCC pour ne s'attarder qu'à la dimension externe de celle-ci[311]. Mentionnons d'abord les paragraphes 1 à 4 de l'ex-article 133 *TCE* (*TN*), qui s'appliquaient aux accords commerciaux traditionnels relevant, selon l'*Avis 1/94*[312], de la compétence communautaire d'attribution intrinsèquement exclusive[313]. En raison de l'ex-article 133 (5) al 1 *TCE* (*TN*), les paragraphes 1 à 4 de l'ex-article 133 *TCE* (*TN*) s'appliquaient également aux autres « accords dans les domaines du commerce des services et des aspects commerciaux de la propriété intellectuelle » qui avaient été exclus de la PCC par l'*Avis 1/94*[314]. En principe, l'ex-article 133 (1) à (4) *TCE* (*TN*) conférait à l'ex-CE la compétence de négocier et de conclure seule les accords susdits après avoir notamment[315] obtenu l'autorisation du Conseil adopté à la majorité qualifiée[316]. Toutefois, pour les accords visés par l'ex-article 133 (5) al 1 *TCE* (*TN*) qui comprenaient des dispositions pour lesquelles le *TCE* (*TN*) requérait l'unanimité pour l'adoption de règles internes[317] ou qui portaient « sur un domaine dans lequel la Communauté n'a[vait] pas encore exercé, en adoptant des règles internes, ses compétences en vertu du [*TCE* (*TN*)] »[318], l'ex-CE pouvait, selon l'article 133 (5) al 2 *TCE* (*TN*), négocier et conclure seule de telles ententes uniquement après avoir obtenu l'autorisation du Conseil adoptées à l'unanimité[319].

---

309 Schmitter et Smits, *supra* note 16 aux pp 242-243.

310 Eeckhout, *External Relations EU, Legal*, *supra* note 239 à la p 49.

311 *Ibid* aux pp 50-51.

312 *Avis 1/94*, *supra* note 44.

313 Voir, *supra* note 302.

314 Voir, *supra* note 303.

315 *TCE* (*TN*), *supra* note 1, ex-art 300 (3) al 1 stipulait que le Parlement européen (PE) n'était pas consulté pour la conclusion d'accords relevant de *TCE* (*TN*), *supra* note 1, ex-art 133 (3). Ironiquement *TCE* (*TN*), *supra* note 1, ex-art 133 (7) exigeait la consultation du PE (et l'unanimité au Conseil) pour que les accords de propriété intellectuelle ne touchant pas aux aspects commerciaux de celle-ci relèvent (en général ou au cas par cas, ce n'est précisé) de *TCE* (*TN*), *supra* note 1, ex-arts 133 al 1-4 lequel ne prévoyait pas la consultation du PE. Koutrakos, *EU International* (1), *supra* note 30 aux pp 60, 63 fit ce même commentaire concernant *TCE* (*TA*), *supra* note 1, ex-art 133(5).

316 Koen Lenaerts et Piet Van Nuffel, *Constitutional Law of the European Union*, 2e éd, London, Sweet et Maxwell, 2005, à la p 83 [Lenaerts et Van Nuffel, *Constitutional Law EU*]. Pour la définition de la majorité qualifiée sous le *Traité de Nice* voir aux pp 418-20.

317 *TCE* (*TN*), *supra* note 1, ex-arts 47(2), 57(2), 67(1), 93-94, 308. Ces dispositions exigeaient notamment l'unanimité pour l'adoption de règles internes; Koutrakos, *EU International* (1), *supra* note 30 aux pp 68-69.

318 *TCE* (*TN*), *supra* note 1, ex-art 133(5) al 2.

319 Cette disposition voulait éviter que la règle de l'unanimité exigée à l'interne soit contournée à l'externe par une action communautaire sujette à la majorité qualifiée. Voir, Eeckhout, *External Relations EU, Legal*, *supra* note 239 à la p 51. L'exigence d'unanimité au Conseil s'appliquait aussi aux conventions de nature horizontale mentionnées sans définition à l'ex-article 133(5) al 3 *TCE* (*TN*). Lenaerts et Van Nuffel,

Ainsi, même quand l'ex-article 133 (5) al 2 *TCE* (*TN*) reconnaissait à l'ex-CE le pouvoir d'agir seule à l'externe, cette compétence n'était pas exclusive au même titre qu'elle l'était pour les accords commerciaux traditionnels[320]. L'alinéa 2 de l'ex-article 133 (5) *TCE* (*TN*) rappelait les motifs sous-jacents qui expliquèrent l'interprétation restrictive que la CEJ donna à la PCC depuis l'*Avis 1/94*[321]. Cette disposition révélait en effet le souci des États membres de conserver le contrôle de leurs compétences externes dans les secteurs susnommés du commerce international, en favorisant une PCC dont le plein effet dépendrait, à l'instar de la compétence communautaire externe implicite par acquisition, de l'application de la préemption et de l'étendue de la compétence communautaire exclusive interne sur un sujet donné[322].

Dans le même ordre d'idée, l'ex-article 133 (5) al 4 *TCE* (*TN*) prévoyait que les États membres conservaient le droit de maintenir et de conclure des conventions dans les domaines visés par l'ex-article 133 (5) al 1 *TCE* (*TN*), soit sur les services et les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle, « pour autant que lesdits accords respectent le droit communautaire et les autres accords internationaux pertinents »[323]. Conséquemment, il en résultait, selon les auteurs Schmitter et Smits, qu'en l'absence d'accord de l'ex-CE dans les domaines considérés, les États membres restaient « compétents pour exercer, sur le plan externe, la compétence [résiduaire] qui découle du caractère [ex-] concurrent de la compétence communautaire interne »[324] et que « les règles traditionnelles de répartition des compétences entre les États membres et la Communauté, résultant de la doctrine *AETR*[325], [trouvaient donc] à s'appliquer »[326]. Contrairement à la compétence détenue pour les accords commerciaux traditionnels, l'ex-CE ne disposait donc pas, en vertu de l'ex-article 133 (5) al 4 *TCE* (*TN*), d'une compétence d'attribution intrinsèquement exclusive totale dans les secteurs non traditionnels du commerce international[327].

L'ex-article 133 (6) al 1 et 2 *TCE* (*TN*) confirmait également l'intention des États membres de diluer le caractère exclusif de la PCC, en imposant la procédure mixte pour les ententes sur le commerce des services culturels, audiovisuels, sociaux, de santé humaine et d'éducation[328], ainsi que pour tout autre accord qui entraînerait une harmonisation des dispositions réglementaires ou législatives des États membres dans

---

Constitutional Law EU, *supra* note 316 aux pp 832-33, supposèrent que les accords horizontaux toucheraient, d'une part, au commerce des services et aux aspects commerciaux de la propriété intellectuelle et, d'autre part, à des sujets relevant de *TCE* (*TN*), *supra* note 1, ex-art 133(5) al 2 ou ex-article 133(6) al 2 (analysé ci-après); Voir, également Koutrakos, *EU International* (1), *supra* note 30 aux pp 65, 69-71.

320 Tels que définis dans l'*Avis 1/94*, *supra* note 44 aux para 22-34, 44-47, 55-56, 58-68, 71 et dans la jurisprudence postérieure à cet avis.

321 Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 171-298; Selon l'interprétation donnée à *TCE* (*TN*), *supra* note 1, ex-art 133(5) al 2 cette disposition pouvait à la limite annuler l'effet de *TCE* (*TN*), *supra* note 1, ex-art 133(5) al 1.

322 Voir, *supra* notes 6 et 7; Koutrakos, *EU International* (1), *supra* note 30 aux pp 68-69.

323 *TCE* (*TN*), *supra* note 1, ex-art 133(5) al 4.

324 Schmitter et Smits, *supra* note 16 à la p 288.

325 Voir, *supra* notes 6 et 7.

326 Schmitter et Smits, *supra* note 16 à la p 288. Voir, aussi Neframi, *Accords*, *supra* note 3 aux pp 186-187.

327 Koutrakos, *EU International* (1), *supra* note 30 aux pp 71-72.

328 Voir, les ex-articles, *TCE* (*TN*), *supra* note 1, ex-arts 149(4), 150(4), 151(5), 152(4). Voir, Schmitter et Smits, *supra* note 16 à la p 247.

un domaine où le *TCE* (*TN*) excluait une pareille harmonisation. Cette disposition permettait évidemment aux États membres de protéger leurs compétences en ces matières. Elle privait l'ex-CE de toute autonomie externe dans ces domaines, en faisant dépendre ses initiatives de la volonté des États membres[329]. Finalement, l'ex-article 133 (6) al 3 *TCE* (*TN*) s'inscrivait aussi dans la voie tracée par l'*Avis 1/94* puisque, comme lui, il excluait de la PCC les accords sur les services de transports, en les faisant relever de l'ex-Titre V *TCE* (*TN*)[330], où l'étendue de la compétence communautaire est déterminée en fonction de l'application des principes relatifs à la préemption[331].

On le constate, l'ex-article 133 *TCE* (*TN*) présentait une grande complexité. Ses termes firent l'objet de plusieurs interprétations incertaines, sur lesquelles il n'y eut aucun consensus[332]. Il est difficile d'imaginer qu'une pareille disposition puisse écarter le recours à la procédure mixte pour les accords que l'*Avis 1/94* et la jurisprudence subséquente avaient exclus de la PCC[333]. Du reste, nous n'avons relevé qu'une seule circonstance où cette clause fut utilisée, ce qui confirme l'échec de la solution élaborée dans l'ex-article 133 *TCE* (*TN*)[334]. Il fallut attendre le *Traité de Lisbonne*[335], reprenant en cela le projet avorté de Constitution européenne[336], pour que soit proposée sur cette question une disposition plus satisfaisante et plus facile d'approche, soit l'article 207 *TFUE*[337].

L'article 207 *TFUE*, consacré à l'établissement d'une PCC mieux adaptée aux réalités du commerce extérieur actuel, diffère considérablement de l'ex-article 133 *TCE* (*TN*). D'abord, ses paragraphes 1 et 2 étendent le champ d'application de la PCC en y intégrant sans réserve le commerce des services, les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle[338] et les investissements étrangers directs[339]. Dans ces matières,

---

329 *Ibid* aux pp 289-290.

330 *TCE* (*TN*), *supra* note 1, ex-arts 70-80.

331 Koutrakos, *EU International* (1), *supra* note 30 à la p 67.

332 *Ibid* aux pp 68-73; Eeckhout, *External Relations EU, Legal*, *supra* note 239 aux pp 49-53.

333 Eeckhout, *External Relations EU, Legal*, *supra* note 239 à la p 53.

334 Voir, *Avis de la Cour (grande chambre) du 30 novembre 2009 - Avis rendu en vertu de l'article 300, paragraphe 6, CE - Accord général sur le commerce des services (GATS)* C-1/08 [2009] ECR I-11129 [*Avis 1/08*]. La Cour y souligne que les accords de *TCE* (*TN*), *supra* note 1, ex-arts133(6) al 2-3 doivent être mixtes même s'ils contiennent aussi des éléments qui relèvent de la compétence exclusive de l'ex-CE selon *TCE* (*TN*), *supra* note 1, ex-art 133(5) al 1.

335 *Traité de Lisbonne* (*TL*), *supra* note 2; Voir Jean-Luc Sauron, *supra* note 6.

336 *Projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, 18 juillet 2003, JO, C 169/1 [*Projet Constitution européenne*]. Voir, Giuliano Amato, Hervé Bribosia, *Genèse et destinée de la Constitution européenne,* Bruxelles, Bruylant, 2007 [Amato et Bribosia « *Genèse* »].

337 *TFUE, supra* note 2, art 207, reprend l'art III-315 du *projet Constitution européenne, supra* note 336 reproduit dans Koutrakos, *EU International* (1), *supra* note 30 à la p 73. La doctrine écrite sur l'article III-315 est utile pour expliquer *TFUE*, *supra* note 2, art 207.

338 Contrairement à *TCE* (*TN*), *supra* note 1, art 133(7) (voir, *supra* note 315), *TFUE, supra* note 2, art 207 ne permet pas d'étendre la PCC aux aspects non commerciaux de la propriété intellectuelle. Pour agir à l'externe dans ces domaines, l'UE devra s'appuyer sur d'autres dispositions des traités fondateurs. Koen Lenaerts et Piet Van Nuffel, *European Union Law*, 3e éd, London, Sweet et Maxwell, 2011, à la p 965 [Lenaerts et Van Nuffel, *EU Law*].

339 Jean-François Brakeland, « Politique commerciale commune, coopération avec les pays tiers et aide humanitaire » dans Amato et Bribosia « *Genèse* », *supra* note 336 à la p 861.

l'UE pourra ainsi non seulement conclure des accords internationaux, mais aussi adopter des mesures autonomes, ce qui n'était pas le cas avec l'article 133 (5) *TCE* (*TN*)[340]. De plus, les dispositions qui empêchaient l'exclusivité totale et de plein droit des compétences communautaires en certains secteurs de la PCC, tels les ex-articles 133 (5) al 2 et 4 ainsi que 133 (6) al 1 et 2 *TCE* (*TN*)[341], disparaissent entièrement de l'article 207 *TFUE*. Cette nouvelle disposition renverse donc la tendance instaurée depuis l'*Avis 1/94*, en établissant une PCC qui reconnaît la compétence d'attribution intrinsèquement exclusive de l'UE sur pratiquement tous les sujets faisant l'objet de négociations au sein de l'OMC[342]. Seules les conventions touchant aux services de transports y échappent. Celles-ci continuent, en vertu de l'article 207 (5) *TFUE*, comme sous l'ex-article 133 (6) al 3 *TCE* (*TN*), de relever de la compétence partagée générale[343] de l'UE en matière de transports[344]. Dans ce dernier secteur, la procédure de négociation et de conclusion des accords mixtes devrait donc en principe s'appliquer si l'accord envisagé porte sur des questions relevant encore de la compétence résiduaire des États membres[345].

Selon l'article 207 (2) *TFUE*, les mesures autonomes relevant de la PCC sont adoptées suivant la procédure législative ordinaire où la majorité qualifiée et le Parlement européen jouent un rôle central[346]. Pour la négociation et la conclusion des conventions de PCC, le mode de décision nettement favorisé par l'article 207 (3), (4) *TFUE* est la majorité qualifiée au Conseil après, selon l'article 218 (6) al 2 (a) (v) *TFUE*, l'approbation du Parlement européen pour l'étape de la conclusion[347]. Toutefois, le paragraphe 4 de cette disposition oblige encore l'unanimité au Conseil pour les accords suivants : 1) s'ils comprennent des dispositions pour lesquelles l'unanimité est requise pour l'adoption de règles internes[348], ce qui, dans ce cas,

---

340 Ci-dessus, le texte correspondant à la note 311; *Ibid* aux pp 861-862; Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 à la p 59.

341 Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 317-320, 328-329; Brakeland, *supra* note 339 à la p 860; Marise Cremona, « The Union's external action: Constitutional perspectives » dans Amato et Bribosia « *Genèse* », *supra* note 336 à la p 1215 [Cremona, « Union »].

342 Voir, *supra* note 125.

343 Voir, *supra* note 6.

344 *TFUE, supra* note 2, arts 4 (2) (g), 90-100; ; Lenaerts et Van Nuffel, *EU Law*, *supra* note 338 à la p 965; Brakeland, *supra* note 339 aux pp 860- 861 désapprouve, pour le motif déjà énoncé à *supra* note 176 l'inclusion de l'agriculture dans la PCC alors que les transports en sont exclus.

345 Neframi, *Accords*, *supra* note 3 à la p 194. Cependant, dans l'*Avis de la Cour (assemblée plénière) du 16 mai 2017- Avis rendu en vertu de l'article 218, paragraphe 11, TFUE*, C-2/15 [2017], ECLI:EU:C:2017:376 aux para 175-212 [*Avis 2/15*]; La CEJ a conclu que les engagements de l'*Accord libre échange* [*ALE*] Singapour concernant les services de transport par route, maritime et ferroviaire relevaient d'un domaine couvert en grande partie par la réglementation de l'UE. Sur ces questions, la mixité n'était donc pas requise, car l'UE avait la compétence exclusive par acquisition pour prendre lesdits engagements en application du principe de la préemption complète; Voir, *supra* note 7.

346 Sur la procédure législative ordinaire voir, *TFUE, supra* note 2, art 294; Lenaerts et Van Nuffel, *EU Law*, *supra* note 338 aux pp 663-72.

347 Pour en savoir plus sur *TFUE, supra* note 2, arts 207 (2)-(4), voir Lenaerts et Van Nuffel, *EU Law*, *supra* note 338 aux pp 965-966, 1034; Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 aux pp 61-62, 202-204, 458. L'approbation requise du Parlement européen pour la conclusion des conventions de PCC représente une grande innovation du *TL*, *supra* note 2, car auparavant même sa consultation n'était pas exigée par les traités fondateurs. Voir *supra* note 301 et 315.

348 Comme exemples de telles dispositions Voir *TFUE*, *supra* note 2, arts 64 (3), 113, 115, 352 (1).

maintient un lien entre la PCC externe et les pouvoirs internes de l'UE[349] afin d'éviter que la règle de l'unanimité exigée à l'interne soit contournée à l'externe par une action communautaire sujette à la majorité qualifiée, 2) s'ils portent sur le commerce des services culturels et audiovisuels, « lorsqu'ils risquent de porter atteinte à la diversité culturelle et linguistique de l'Union »[350] et 3) s'ils touchent au commerce des services sociaux, d'éducation et de santé, « lorsqu'ils risquent de perturber gravement l'organisation de ces services au niveau national et de porter atteinte à la responsabilité des États membres pour la fourniture de ces services »[351]. Bien que l'unanimité au Conseil ainsi requise permette aux États membres de ne pas être isolés de la conduite de certains aspects de la PCC[352] et de conserver le contrôle au niveau de la négociation et de la conclusion des accords susmentionnés, il n'en demeure pas moins que cette exigence s'inscrit dans le contexte d'une PCC qui relève nettement de la compétence intrinsèquement exclusive de l'UE. L'article 207 (4) *TFUE* constitue en effet une amélioration par rapport à l'article 133 (5) al 2 et 3 *TCE* (*TN*), en ce sens qu'il n'impose plus l'unanimité pour les conventions de nature horizontale difficiles à définir[353], ni pour les ententes portant sur un domaine où l'UE n'a pas encore adopté de règles internes sur la base de ses compétences. L'abandon de cette dernière hypothèse constitue un net progrès, car, rappelons-le, elle avait étrangement pour effet de limiter le plein effet de la PCC en la faisant dépendre en quelque sorte du concept de préemption utilisé normalement pour déterminer l'étendue de la compétence externe implicite exclusive par acquisition de l'UE[354]. De même, l'article 207 (4) *TFUE* maintient les accords relatifs au commerce des services culturels, audiovisuels, sociaux, d'éducation et de santé dans le giron d'une PCC exclusive, en n'exigeant plus, à l'instar de l'article 133 (6) al 2 *TCE* (*TN*), la mixité pour leur négociation et leur conclusion[355].

À ce point-ci, nous pouvons constater que, par rapport à l'article 133 *TCE* (*TN*), l'article 207 *TFUE* représente une réelle tentative de définir une PCC qui tranche avec le courant jurisprudentiel issu de l'*Avis 1/94*. Il définit effectivement une PCC qui est exclusive pour pratiquement tous les sujets relevant de l'OMC[356], qui est également plus adaptée aux circonstances nouvelles du commerce international et qui est moins alignée sur la nature et le partage des compétences internes entre l'UE et les États membres[357]. Toutefois, sur ce dernier point, il reste encore l'article 207 (4) *TFUE*, mentionné au paragraphe précédent, qui réfère aux accords relevant de la PCC qui

---

349 Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 à la p 61.

350 *Ibid*.

351 Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 aux pp 61-62; Lenaerts et Van Nuffel, *EU Law*, *supra* note 338 à la p 966.

352 Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 à la p 62; Brakeland, *supra* note 339 aux pp 865-866.

353 Voir, *supra* note 319.

354 Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 318-319.

355 Ci-dessus, le texte correspondant à la note 328; *Supra* note 334; Brakeland, *supra* note 339 à la p 860. Toutefois le Conseil devra statuer à l'unanimité pour la négociation et la conclusion de tels accords, s'ils présentent les caractéristiques mentionnées plus haut dans le présent paragraphe..

356 Sauf pour les services de transports qui en sont encore exclus suivant *TFUE, supra* note 2, art 207 (5). Toutefois, selon l'*Avis 2/15*, *supra* note 345 les services de transport par route, maritime et ferroviaire relèvent aujourd'hui de la compétence exclusive par acquisition de l'UE. (Voir *Avis 2/15*, *supra* note 345 aux para 180-182, 192-193, 202, 210-211).

357 Comme c'était le cas depuis l'avis 1/94, *supra* note 44 et avec *TCE* (*TN*), *supra* note 1, ex-art 133.

comprennent des dispositions pour lesquelles l'unanimité est requise pour l'adoption de règles internes[358] et il nous faut surtout signaler ici l'article 207 (6) *TFUE*. Cet article renvoie en effet au système intraeuropéen de distribution des compétences puisqu'il exige que l'exercice des pouvoirs attribués à l'UE dans le domaine de la PCC « n'affecte pas la délimitation des compétences entre l'Union et les États membres et n'entraîne pas une harmonisation des dispositions législatives ou réglementaires des États membres dans la mesure où les traités excluent une telle harmonisation »[359]. Cette disposition reprend en fait l'article 133 (6) al 1 *TCE* (*TN*)[360]. À l'instar de celui-ci, ses termes sont clairs lorsqu'elle interdit l'harmonisation quand les traités fondateurs la prohibent. Ils le sont toutefois beaucoup moins, quand elle impose l'obligation de ne pas affecter la délimitation des compétences entre l'Union et les États membres. Ce lien maintenu entre le respect dudit partage des pouvoirs et l'exercice de la PCC est gênant dans le contexte d'une disposition qui semble vraiment vouloir apporter une vision nouvelle, autonome et corrigée de la PCC. À la limite, la préservation d'une telle dépendance pourrait pratiquement annuler les effets de l'article 207 *TFUE*, selon l'interprétation qui sera donnée à son sixième alinéa. Pour éviter ce scénario catastrophe, les auteurs Lenaerts et Van Nuffel l'expliquent en limitant son application aux restrictions qui concernent l'action de l'Union au niveau interne, comme, par exemple, les exigences en matière de vote au Conseil[361] et la prohibition d'harmoniser quand elle est interdite[362]. Avec le même souci, Brakeland soutient, à l'égard de l'article III-315 (6) du projet de Constitution européenne, lequel est identique en tous points à l'article 207 (6) *TFUE*, que

> La compétence exclusive de l'Union en matière commerciale étant fermement établie par différentes dispositions de la Constitution, on ne peut que conclure au caractère purement déclaratoire de l'article III-315 [(6)]. […] Ce reliquat de l'[ex] article 133 [(6)], alinéa 1 du *TCE*, dont le maintien fut demandé lors des travaux du groupe de travail VII sur l'action externe, semble destiné à rassurer certains États membres face à la crainte d'un pourtant peu vraisemblable « *AETR* à l'envers » [notes omises][363].

---

358 Pour autoriser la négociation et la conclusion de tels accords, *TFUE, supra* note 2, art 207 (4) exige une décision unanime du Conseil.

359 *TFUE, supra* note 2, art 207 (6).

360 Neframi, *Accords*, *supra* note 3 aux pp 193-194; Koutrakos, *EU International* (2), *supra* note 5 à la p 52.

361 Ces auteurs, avaient peut-être ici à l'esprit *TFUE, supra* note 2, art 206 (4) qui oblige une décision unanime du Conseil pour les accords qui comprennent des dispositions pour lesquelles l'unanimité est requise pour l'adoption des règles internes. Nous avons déjà souligné que cette exigence permet d'éviter que la règle de l'unanimité requise à l'interne soit contournée à l'externe par une action communautaire sujette à la majorité qualifiée. Voir ci-dessus, le texte corrrespondant aux notes 348-350.

362 Lenaerts et Van Nuffel, *EU Law*, *supra* note 338 à la p 966.

363 Brakeland, *supra* note 339 aux pp 862-863. Le refus de l'effet « AETR à l'envers » s'explique par la crainte que la conclusion d'un traité par l'UE en vertu de sa compétence en matière de PCC puisse conférer à celle-ci des compétences internes exclusives correspondantes qu'elle ne possède pas par ailleurs. Voir, pour des détails Cremona, « Union », *supra* note 341 à la p 1216; Koutrakos, *EU International* (2), *supra* note 5 aux pp 51-52. Selon Yole Tanghe, *TFUE, supra* note 2, art 207 (6) représente uniquement une mise en garde contre une interprétation trop expansive de la compétence en matière de PCC. Pour Tanghe, une telle mise en garde viserait à limiter l'impact de *TFUE*, *supra* note 2, article 216 (2) qui consacre l'effet « AETR à l'envers », en conséquence duquel l'accord conclu par l'UE dans un domaine de PCC lie les États membres, ce qui limite donc indirectement la compétence interne

Les commentaires précédents sur l'article 207 (6) *TFUE* rassurent et nous semblent validés par le principe dégagé dans l'affaire *Van Gend et Loos*[364], selon lequel l'interprétation d'une disposition des traités fondateurs se fait, non seulement en fonction de ses termes, mais aussi à la lumière de son esprit et de son économie[365]. Or, l'article 207 *TFUE*, dans son ensemble s'inscrit dans un mouvement de réforme positive qui vise à réduire le recours à la mixité en matière commerciale. Cette disposition ne nous semble pas compatible avec ce qui équivaudrait à un net recul. Cependant, il n'en demeure pas moins que l'article 207 (6) *TFUE* ouvre une brèche dont les États membres pourraient vouloir se prévaloir. Cela dit, il appartiendra à la CEJ d'en clarifier le sens lorsque les circonstances s'y prêteront.

B. Sur la PCC issue du *TL*

La PCC a toujours représenté pour l'ex-CE/UE un domaine de compétence qui lui a permis d'affirmer sa personnalité internationale et d'agir au niveau de ses relations extérieures[366]. Comme son caractère intrinsèquement exclusif fut reconnu très tôt, c'est la délimitation de son champ d'application qui a suscité et qui continue, même sous le *TL*, de susciter plusieurs controverses entre les institutions de l'ex-CE/UE et ses États membres[367]. Ainsi, en plus de l'impact incertain de l'article 207 (6) *TFUE* souligné au paragraphe précédent[368], les expressions « échanges de services », « aspects commerciaux de la propriété intellectuelle », et « investissements étrangers directs » utilisées à l'article 207 (1) *TFUE* ont déjà opposé les acteurs de l'UE devant la CEJ. Dans les paragraphes suivants, nous allons traiter de cinq affaires qui sont particulièrement importantes pour mesurer l'étendue de la PCC depuis l'adoption de cette disposition et pour évaluer conséquemment sa propension à réduire le recours à la mixité au niveau du processus de conclusion des traités.

a) Sur les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle

Sur l'expression « aspects commerciaux de la propriété intellectuelle » que l'on retrouve à l'article 207 (1) *TFUE*, on constate d'abord qu'elle n'a pas fait l'objet d'une définition de la part des auteurs du *TL*[369]. Toutefois, cette incertitude juridique s'est en grande partie estompée avec la décision de la CEJ (grande chambre) dans

---

de ces derniers. Voir sur ce point Yole Tanghe, « The Borders of EU Competences with Regard to the International Regulation of Intellectual Property Rights: Constructing a Dam to Resist a River Bursting its Banks » (2016) 32:82 Utrecht J Intl & Eur L 27 à la p 38 [Tanghe, « Borders »].

364 *NV Algemene Transport en Expeditie Onderneming van Gend et Loos c Administration fiscale néerlandaise*, C-26/62 [1963], ECR I-00003 [*Van Gend et Loos*].

365 Lenaerts et Van Nuffel, *EU Law*, *supra* note 338 à la p 814.

366 Koutrakos, « Legal Basis », *supra* note 42 à la p 184.

367 Neframi, *Accords*, *supra* note 3 à la p 143.

368 La CEJ ne s'est pas encore prononcée sur cette disposition voir, Yole Tanghe, « The EU's external competence in IP matters: the contribution of the Daiichi Sankyo case to cloudy constitutional concepts, blurred borders, and corresponding court jurisdiction » (2015) 22:1 Colum J Eur L 139 à la p 156 [Tanghe, « External »].

369 *Ibid* aux pp 141, 148; Tanghe, « Borders », *supra* note 363 à la p 32.

l'affaire C-414/11[370]. En arrière-plan de cette décision, trois entreprises se sont trouvées devant le Tribunal de grande instance d'Athènes (TGIA), soit : 1) Daiichi Sankyo (Daiichi), qui détenait depuis 1986 un brevet grec sur le processus de fabrication du lévofloxacine hémihydrate (LH), lequel brevet fut prolongé en 1992 par un CCP[371] jusqu'en 2011; 2) Sanofi-Aventis (Sanofi), qui distribuait en Grèce le médicament Tanavic qui contenait du LH en raison d'une licence obtenue de Daiichi et d'une autorisation de mise en marché obtenue de l'autorité hellénique compétente (Autorité)[372] et 3) DEMO, qui avait reçu de l'Autorité la permission de mettre sur le marché grec le médicament générique Talerin qui contenait du LH. Pour que cesse la commercialisation du Talerin, Daiichi et Sanofi introduisirent donc un recours à cet effet devant le TGIA[373]. Pour lui permettre de résoudre ce différend, le TGIA posa alors trois questions préjudicielles à la CEJ, dont la première nous concerne plus particulièrement. Elle visait l'article 27 de l'*ADPIC*. Le TGIA se demandait si cette disposition, qui fixe la protection des brevets, relevait encore de la compétence des États membres de l'UE[374].

Sur cette question, les entreprises susmentionnées et neuf États membres de l'UE[375] argumentaient devant la CEJ que la jurisprudence de celle-ci avait établi que l'*ADPIC* était un accord mixte et qu'il fallait conséquemment mesurer l'étendue de la compétence de l'UE en fonction de l'activité législative de celle-ci dans le secteur de la brevetabilité couvert par l'article 27 de l'*ADPIC*. Selon eux, le droit substantif sur les brevets relevait toujours du domaine des compétences partagées en matière de marché intérieur, lequel était toujours régi par les articles 114 et 118 *TFUE*[376]. La Commission alléguait plutôt que la jurisprudence antérieure de la CEJ n'était plus pertinente vu le libellé de l'article 207 (1) *TFUE* qui incluait désormais les « aspects commerciaux de la propriété intellectuelle ». Or, comme l'ensemble de l'*ADPIC* traite de ce sujet, il relève donc, ajoutait-elle, entièrement de la PCC[377].

Dans cette affaire, la CEJ (grande chambre) donnera raison à la Commission[378]. La CEJ constate d'emblée que la définition de la PCC a beaucoup

---

370 *Daiichi Sankyo Co Ltd et Sanofi-Aventis Deutschland GmbH c DEMO Anonymos Viomichaniki kai Emporiki Etairia Farmakon*, C-414/11 [2013] [C-414/11].

371 Certificat complémentaire de protection. Pour plus de détails sur ce certificat voir C-414/11, *ibid* au para 9.

372 *Ibid* au para 33. En juin 2012, Sanofi s'est retirée du recours contre DEMO.

373 C-414/11, *supra* note 370 au para 28; Tanghe, « External », *supra* note 368 à la p 142; Joris Larik, « No mixed feelings : The post-Lisbon Common Commercial Policy in Daiichi Sankyo and Commission v Council (Conditional Access Convention) » (2015) 52:3 CML Rev 779 à la p 781 [Larik].

374 C-414/11, *supra* note 370 au para 32; Larik, *supra* note 373 aux pp 780-81; Tanghe, « External », *supra* note 368 à la p 143.

375 Sur l'argumentation des parties voir, Tanghe, « External », *supra* note 368 aux pp 143-44; Larik, *supra* note 373 aux pp 782-83; Koutrakos, *EU International* (2), *supra* note 5 aux pp 44-45; Miquel Montañá Mora, « The practical consequences of the CJEU judgment of 18 July 2013 changing its doctrine on the respective competences of the EU and its member states to apply trips agreement: have we seen the tip of the Daiichi iceberg yet » (2017) 48:7 Intl rev IP & Competition L 784, à la p 792 [Mora]

376 C-414/11, *supra* note 370 aux para 41-42, 44, 56.

377 *Ibid* au para 43.

378 Sur la décision de la Cour voir, Tanghe, « External », *supra* note 368 aux pp 146-47; Larik, *supra* note 373 aux pp 783-84, 792-93; Tanghe, « Borders », *supra* note 363 aux pp 29-32; Mora, *supra*

évolué avec les modifications intervenues dans le droit primaire. Ainsi depuis le *TL*, l'article 207 (1) définit la PCC en des termes très différents que ne le faisaient l'article 133 (1) *TCE* (*TN*) et l'article 113 *TCE* (*TM*). Pour la CEJ, l'*Avis 1/94* n'est donc plus pertinent pour déterminer le contenu de la PCC qui doit plutôt être évaluée en fonction du *TFUE* actuellement en vigueur[379]. Selon la CEJ, par l'expression « aspects commerciaux de la propriété intellectuelle », l'article 207 (1) réfère à l'action extérieure et aux échanges commerciaux de l'UE « avec les États tiers et non aux échanges sur le marché intérieur »[380]. Toutefois, énonce la Cour, le fait pour un acte de l'UE, comme la conclusion d'un traité, d'avoir certaines implications sur les échanges internationaux ne suffit pas pour en faire un acte relevant de la PCC[381]. Pour relever de la PCC, il faut plutôt, ajoute la Cour, que l'acte de l'UE, « porte spécifiquement [par opposition à incidemment] 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 et immédiats sur ceux-ci »[382]. En application de ce critère, la CEJ jugera que les dispositions de l'*ADPIC* ont un lien spécifique avec les échanges internationaux[383] pour les trois motifs suivants. Tout d'abord, l'*ADPIC* fait partie, avec d'autres accords multilatéraux, du système de l'OMC et ce, à tel point que la violation de l'*ADPIC* peut donner lieu à la suspension de concessions de manière croisée provenant de toutes ces autres ententes de l'OMC[384]. En deuxième lieu, affirme la CEJ, les auteurs de l'article 207 (1) *TFUE* ont sûrement réalisé que l'expression « aspects commerciaux de la propriété intellectuelle » de cette disposition est pratiquement identique au titre de l'*ADPIC*[385]. Comme troisième raison, la CEJ réfère au préambule de l'*ADPIC* qui précise que cet accord a pour but, auquel contribue l'article 27, de réduire les distorsions du commerce international en garantissant que chaque membre de l'OMC offre sur son territoire une protection efficace des droits de propriété intellectuelle[386]. À la lumière de ce qui précède, la CEJ conclut donc que les normes de brevetabilité de l'article 27 *ADPIC* relèvent de la PCC, car elles visent l'amélioration des échanges internationaux et non pas l'harmonisation législative pour les fins du marché intérieur de l'UE[387].

---

note 375 aux pp 793-96; Eleftheria Neframi, « Vertical Division of Competences and the Objectives of the European Union's External Action » dans Marise Cremona et Anne Thies, *The European Court of Justice and External Relations Law*, Oxford, Hart Publishing 2014, 73 à la p 80 [Neframi, « Vertical »].

379 C-414/ 11, *supra* note 370 aux para 46-48. Rappelons que dans l'*Avis 1/94*, *supra* note 44 la CEJ ne s'était pas rangée du côté de la Commission qui avait allégué que les droits de propriété intellectuelle relevaient de la PCC vu le lien étroit existant entre ces droits et le commerce des produits auxquels ils s'appliquent. Voir, Koutrakos, *EU International* (2), *supra* note 5 aux pp 42-43.

380 C-414/ 11, *supra* note 370 au para 50.

381 *Ibid* au para 51.

382 *Ibid.* La Cour reprend ici textuellement le principe déjà énoncé, avant l'entrée en vigueur du *TL*, dans l'arrêt C-411/06 (*Transfert*), *supra* note 273 au para 71. Ci-dessus, le texte correspondant à la note 284.

383 C-414/11, *supra* note 370 au para 53.

384 *Accord OMC*, *supra* note 111, Annexe 2, art 22(3) donne cette possibilité. Voir C-414/11, *supra* note 370 au para 54.

385 *Ibid* au para 55.

386 *Ibid* au para 58.

387 *Ibid* au para 59-61; Pour la CEJ, cette conclusion n'a pas pour conséquence d'empêcher l'UE de légiférer, en vertu de *TFUE*, *supra* note 2, arts 114, 118 sur les droits de propriété intellectuelle pour le marché

Dans l'affaire *Daiichi*, la CEJ interprète donc largement l'article 207 (1) en incluant toutes les dispositions de l'*ADPIC* dans la PCC[388]. Elle tourne le dos à une jurisprudence importante comme l'*Avis 1/94* pour donner plein effet aux changements résultant du *TL*. Elle augmente ainsi l'efficacité de la représentation de l'UE au sein de l'OMC[389], en écartant l'obligation de la mixité pour l'*ADPIC*. En interprétant largement la PCC issue du *TL*, « *the Court returned to its reasoning in Opinion 1/75*[390] *and Opinion 1/78*[391] *in which it had opted for a dynamic and flexible approach to the CCP in light of evolutions within the international trade framework* »[392]. Le raisonnement de la CEJ en cette affaire incite même à penser que toutes les dispositions des *Accords de OMC* relèvent maintenant de la PCC[393]; même celles qui, à l'instar de l'article 27 de l'*ADPIC,* peuvent à première vue sembler être du droit substantif relevant toujours du domaine des compétences partagées en matière de marché intérieur. Pour l'auteur Tanghe, il aurait été artificiel et ineffectif pour la Cour de ne pas lier la PCC à l'OMC. Cela dit, la décision *Daiichi* a aussi fait naître plusieurs incertitudes[394]. Ainsi, l'expression « aspects commerciaux de la propriété intellectuelle au sens de l'article 207 (1) *TFUE* » est-elle susceptible de couvrir d'autres accords en matière de propriété intellectuelle qui ne seraient pas liés à l'OMC? En effet, vu que le contexte « commercial » de l'OMC, dans lequel s'inscrit l'*ADPIC*, fut, dans la décision *Daiichi*, un élément déterminant pour juger que ses dispositions relèvent de la PCC[395], l'auteur Tanghe se demanda, si la PCC inclura les dispositions sur les droits de propriété intellectuelle (DPI) négociées par l'UE dans le contexte d'accords commerciaux multilatéraux ou bilatéraux de libre-échange (le CETA par exemple)[396]. Également, comme le contenu de l'*ADPIC* fut largement inspiré de traités administrés par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, le même auteur Tanghe s'interrogea si dorénavant les dispositions contenues dans ces dernières ententes relèveront forcément, par analogie ou en raison de leur nature même, de la PCC[397].

Les incertitudes susmentionnées s'expliquent principalement par l'imprécision des modalités d'application du critère de rattachement à la PCC utilisé par la CEJ dans l'affaire *Daiichi*, à savoir notamment que l'acte de l'UE relèvera de la PCC « s'il porte spécifiquement sur les échanges internationaux »[398]. Dans l'*Avis de la Cour (grande chambre) du 14 février 2017 - Avis rendu en vertu de l'article 218, paragraphe 11, TFUE-Traité de Marrakech visant à faciliter l'accès des aveugles, des*

---

intérieur de l'UE. Toutefois, de telles normes de l'UE devront respecter les dispositions de l'*ADPIC, supra* note 33; Koutrakos, *EU International* (2), *supra* note 5 à la p 45.

388 Tanghe, « External », *supra* note 368 à la p 148; Larik, *supra* note 373 aux pp 793, 798; Tanghe, « Borders », *supra* note 363 à la p 37.

389 Tanghe, « External », *supra* note 368 aux pp 148, 162-63; Larik, *supra* note 373 aux pp 780, 792.

390 *Avis 1/75*, *supra* note 10.

391 *Avis 1/78*, *supra* note 22.

392 Tanghe, « Borders », *supra* note 363 à la p 30. Voir, également Tanghe, « External », *supra* note 368 à la p 149.

393 Tanghe, « Borders », *ibid* aux pp 30-31; Tanghe, « External », *ibid* à la p 152.

394 Tanghe, « Borders », *supra* note 363 à la p 35; Larik, *supra* note 373 aux pp 793-95.

395 Tanghe, « External », *supra* note 368 à la p 163.

396 Tanghe, « Borders », *supra* note 363 aux pp 31, 43; Tanghe, « External », *ibid* aux pp 151-52.

397 Tanghe, « Borders », *ibid* à la p 30; Tanghe, « External », *ibid* aux pp 149, 152, 163;

398 Ci-dessus, le texte correspondant à la note 382.

déficients visuels et des personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés aux œuvres publiées (*3/15*)[399], la CEJ (grande chambre) énonce certains éléments qui, à notre avis, clarifient ce critère en relation avec le domaine des droits de propriété intellectuelle (DPI). Dans cette affaire, le *Traité de Marrakech* (*T Marrakech*)[400], négocié dans le cadre de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), était en cause. Cet accord visait à faciliter l'accès des aveugles et des déficients visuels aux œuvres publiées en stipulant à l'article 4 (1) (a) que :

> Les Parties contractantes [PC] prévoient, dans leur législation nationale relative au droit d'auteur, une limitation ou une exception au droit de reproduction, au droit de distribution et au droit de mise à la disposition du public tel que prévu par le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) pour mettre plus facilement des œuvres en format accessible à la disposition des personnes [déficientes visuelles].

La CEJ était donc en présence d'une convention contenant des dispositions qui créaient des exceptions relatives au droit d'auteur. En l'espèce, la Commission allègue entre autres que, en prévoyant l'harmonisation des législations des PC, le préambule du *T Marrakech* indique clairement que l'objectif premier de ce traité et de l'article 4 (précité) est de favoriser les échanges internationaux d'exemplaires en format accessible pour les handicapés visuels. Conséquemment, en s'appuyant sur la décision *Daiichi*, la Commission soutient que les normes sur les DPI du *T Marrakech* relèvent de la PCC, car elles présentent un lien spécifique avec les échanges commerciaux internationaux, et ce, ajoute-t-elle, même si elles ne sont pas liées à l'OMC et même si lesdits exemplaires sont produits à des fins non lucratives[401].

Dans cette affaire, la CEJ ne donnera pas raison à la Commission. Pour déterminer si le *T Marrakech* relève de la PCC et donc de la compétence exclusive de l'UE, la CEJ s'est concentrée sur l'examen des finalités et du contenu[402] de l'accord *T Marrakech* sans faire référence à la nature commerciale ou non du contexte « OMPI » dans lequel cet accord avait été adopté[403] et sans l'exclure automatiquement de l'application de l'article 207 (1) pour le motif qu'il n'était pas lié à l'OMC[404]. Pour la Cour, le titre et le préambule du *T Marrakech* indique que sa finalité ou objectif premier est de faciliter l'accès des handicapés visuels aux œuvres publiées et d'améliorer la

---

399 *Avis de la Cour (grande chambre) du 14 février 2017 -Avis rendu en vertu de l'article 218, paragraphe 11, TFUE-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*, C-3/15 [2017] [*Avis 3/15*]. Sur cet *Avis* voir, Gesa Kübek, « Redefining the boundaries of the common commercial policy and the ERTA doctrine: Opinion 3/15, *Marrakesh Treaty* », (2018) 55:3 CML Rev 883; Daniel Acquah, « CJEU invokes ERTA principle to assert EU competence to ratify *Marrakesh Treaty* », (2017) 12:7 J Intell Prop L & Practice 548.

400 *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*, 27 juin 2013, OMPI (entrée en vigueur : 30 septembre 2016) [T Marrakech].

401 *Avis 3/15*, *supra* note 399 aux para 27-30.

402 Mora, *supra* note 375 aux pp 808-09; *Accord sur les ADPIC*, *supra* note 33. Concernant l'affaire *Daiichi*, l'auteur Mora constate que le contenu substantif de l'*ADPIC,* par exemple de l'article 27 sur la brevetabilité, fut entièrement ignoré par la CEJ au profit du contexte OMC de l'*ADPIC*.

403 *Avis 3/15*, *supra* note 399 au para 19.

404 *Ibid* au para 78.

condition de ces personnes. Le préambule, ajoute la Cour, indique clairement que, pour les PC, l'harmonisation des exceptions et des limitations à certains droits d'auteur, dont les modalités sont précisées dans le *T Marrakech* à l'article 4 (1) (précité), ne vise qu'à permettre cette finalité première du *T Marrakech*[405]. La Cour se penche ensuite sur le contenu du *T Marrakech* qui prévoit deux instruments afin de réaliser l'objectif premier du *T Marrakech*[406]. En plus de l'harmonisation demandée aux PC par l'article 4 (1) (précité), tout en leur laissant toutefois une large marge de manœuvre à cet égard[407], les articles 5, 6 et 9 du *T Marrakech* « instituent certaines obligations [comme l'obligation de coopérer[408]] relatives à l'échange transfrontalier d'exemplaires en format accessible »[409]. On y prévoit ainsi que la distribution desdits exemplaires destinés aux handicapés visuels situés dans une autre partie contractante peut être effectuée par une entité autorisée par le gouvernement d'une PC[410]. Il y est également stipulé que cette entité autorisée peut également importer, au profit des handicapés visuels de tels exemplaires sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur[411]. Pour la CEJ, de pareilles normes d'harmonisation ont pour objectif premier de faciliter l'accès des handicapés visuels aux œuvres publiées « et non de promouvoir [...] ou de régir le commerce international des exemplaires en format accessible »[412]. Conséquemment, les règles sur le DPI du *T Marrakech* ne rencontrent pas le critère requis par l'affaire *Daiichi* du lien spécifique avec les échanges internationaux, car le régime instauré par le *T Marrakech* affecte uniquement de tels échanges de manière indirecte[413]. Par conséquent, elles ne sont pas régies par la PCC[414]. Cela dit, la CEJ estime cependant que le *T Marrakech* n'est pas un accord mixte, car il relève par ailleurs de la compétence externe implicite par acquisition de l'UE devenue exclusive en raison de la réalisation du troisième cas de figure mentionné à l'article 3 (2) *TFUE*[415].

À notre avis, l'*Avis 3/15* nous permet de préciser les modalités d'application du critère susmentionné de l'affaire *Daiichi*[416]. Dans cette dernière décision, la Cour l'avait appliqué en référant uniquement au contexte d'adoption lié à l'OMC et au but de l'*ADPIC*. La CEJ n'y avait effectué aucune analyse du contenu de l'*ADPIC,* en évitant par exemple de souligner la nature non intrinsèquement commerciale de son article 27, pourtant en cause[417]. Dans l'*Avis 3/15*, la CEJ examine, pour déterminer le caractère de PCC du *T Marrakech*, non seulement les finalités du *T Marrakech*, mais aussi son contenu et ce, tel que mentionné plus haut, sans référer au contexte commercial ou non de l'OMPI qui a servi de cadre pour les négociations du

---

405 *Ibid* aux para 8 (considérant du para 12), 63-70.
406 *Ibid* au para 71.
407 *Ibid* au para 72.
408 *Ibid* aux para 16, 76.
409 *Ibid* aux para 72-73.
410 *Ibid* aux para 9, 14, 74.
411 *Ibid* aux para 9, 15, 75.
412 *Ibid* au para 82.
413 *Ibid* au para 100.
414 *Ibid* au para 86.
415 *Ibid* aux para 102-30. C'est-à-dire par préemption complète voir, *supra* note 7.
416 *Ibid* aux para 61; Ci-dessus, le texte correspondant à la note 382.
417 Mora, *supra* note 375 à la p 809.

T Marrakech [418] et sans exclure automatiquement ce traité de l'application de l'article 207 (1) pour le motif qu'il n'était pas lié à l'OMC[419]. De plus, en réponse à la Commission qui avait allégué que seules les règles touchant au droit moral[420] ne relevaient pas de l'article 207 (1) *TFUE*, la CEJ a aussi précisé qu'il ne fallait pas étendre excessivement le champ de la PCC en y rattachant des normes qui ne sont pas liées spécifiquement avec les échanges commerciaux internationaux[421].

Dans l'*Avis 2/15*[422], la CEJ (grande chambre) s'est également penchée sur l'expression « *aspects commerciaux de la propriété intellectuelle* » [notre citation][423]. Dans cet avis, la CEJ devait préciser, sur demande de la commission[424], l'étendue de la compétence de l'UE pour signer et conclure l'accord bilatéral de libre-échange, alors envisagé, entre la République de Singapour et l'UE (ALE Singapour)[425]. Cet avis de la Cour est particulièrement important, car il traite de cette question en relation avec l'un des premiers accords de libre-échange « de nouvelle génération », à savoir un traité de commerce

> qui contient, outre les dispositions traditionnelles relatives à la réduction des droits de douane et des obstacles non tarifaires affectant les échanges de marchandises […], des dispositions dans diverses matières liées au commerce, telle la protection de la propriété intellectuelle [les services], les investissements [et leur protection], les marchés publics, la concurrence et le développement durable[426],

auxquelles s'ajoute parfois une procédure de règlement des différends investisseur État[427]. En l'espèce, il s'agissait pour la Cour d'identifier les dispositions de l'ALE Singapour qui relevaient 1) soit de la compétence exclusive de l'UE (en vertu de l'article 207 (1) *TFUE* ou en application de l'effet *AETR*[428] consigné dans la dernière

---

418 *Avis 3/15*, *supra* note 399 au para 19.

419 *Ibid* au para 78. Ce point répond à l'une des interrogations soulevées à ci-dessus le texte correspondant aux notes 394-397.

420 Pour une définition juridique du droit moral; Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques, « Comprendre le droit d'auteur » dernière consultation le 26 octobre 2019, en ligne : *SACD* <www.sacd.fr/droit-moral-droit-patrimonial>.

421 *Avis 3/15*, *supra* note 399 au para 85.

422 *L'Avis de la Cour (assemblée plénière) du 16 mai 2017 - Avis rendu en vertu de l'article 218, paragraphe 11, TFUE*, C-2/15 [2017] [*Avis 2/15*], *supra* note 345.

423 Sur l'*Avis 2/15* voir, Marise Cremona, « Shaping EU Trade Policy post-Lisbon: Opinion 2/15 of 16 May 2017 » (2018) 14:1 Eur Const L Rev 231 aux pp 239-240 [Cremona, « Shaping »]; Denys Simon, « L'*Avis 2/15* sur l'accord de libre-échange entre l'Union et Singapour : un apport majeur pour les modalités de conclusion des accords ultérieurs de « nouvelle génération » (2017) 27:7 R Europe 6 au para 12 [Simon, « 2/15 »].

424 En vertu de *TFUE*, *supra* note 2, art 218 (11).

425 Dans les développements qui suivent sur l'*Avis 2/15, supra* note 345 nous référons à la numérotation des chapitres de l'ALE Singapour qui avait cours lorsque celui-ci fut présenté comme projet à l'analyse de la CEJ. Depuis lors, le texte de cet accord fut retravaillé, ce qui a donné une nouvelle numérotation des chapitres. Pour la version retravaillée de cet accord, European Commission, « EU-Singapore trade and investment agreements: Free Trade Agreement » (juillet 2019) en ligne: *European Commission* <trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=961>.

426 *Avis 2/15*, *supra* note 345 au para 17.

427 Cremona, « Shaping », *supra* note 423 à la p 233.

428 *Supra* note 7.

situation de l'article 3 (2) *TFUE*[429]); 2) soit de la compétence partagée de l'UE (faute de règles de droit dérivé adoptées par l'UE); 3) soit de la compétence exclusive des États membres[430]. La portée de l'*Avis 2/15* est considérable, car la Cour y a effectué une réflexion globale sur les différentes facettes (intrinsèque et implicite) de la compétence externe exclusive de l'UE telles qu'elles furent codifiées par le *TL*[431]. Dans le cadre de la présente étude, nous concentrerons toutefois notre analyse sur les aspects de l'*Avis 2/15* qui permettent de mesurer la portée des expressions « échanges de services », « aspects commerciaux de la propriété intellectuelle », et « investissements étrangers directs » introduites à l'article 207 (1) *TFUE* par le *TL*, afin notamment d'en mesurer l'impact sur le recours à la mixité pour la conclusion de traités concernant de tels domaines.

Cela dit, dans la section de l'*Avis 2/15* qui touche aux « aspects commerciaux de la propriété intellectuelle » de l'article 207 (1) *TFUE*, la CEJ adopte une position comparable à celle qu'elle avait adoptée dans l'*Avis 3/15*. Elle se concentre ainsi sur l'examen du contenu et de l'objectif des engagements relatifs aux droits de propriété intellectuelle[432] compris dans le chapitre 11 de l'ALE Singapour[433], et ce, sans faire aucune référence au contexte ou à la nature commerciale de l'accord dont il fait partie[434]. Pour la Cour, les dispositions de ce chapitre 11 rappellent les obligations prises par l'UE et par Singapour au titre de divers traités internationaux[435] dans le but essentiellement d'assurer à leurs entrepreneurs respectifs une certaine homogénéité au niveau des standards de protection de leurs droits de propriété intellectuelle sur le territoire de l'autre partie contractante[436]. Ce rappel ne s'inscrit pas, affirme la Cour, dans un processus d'harmonisation des législations des États membres de l'UE, mais il a plutôt pour objectif de faciliter la commercialisation de produits créatifs et de régir la libéralisation des échanges entre l'UE et Singapour[437]. Selon la Cour, le chapitre 11 est également de nature à avoir des effets directs et immédiats sur les échanges commerciaux entre l'UE et Singapour en raison de la place essentielle que la protection des droits de propriété intellectuelle occupe dans de tels échanges et dans la lutte contre le commerce illicite[438]. Par conséquent, la Cour estime, en application du test de l'affaire *Daiichi*, concrétisé par l'examen du contenu et de l'objectif des dispositions du chapitre 11, que celles-ci présentent un lien spécifique avec les échanges

---

429 *Ibid*. Selon cette dernière situation, l'UE a la compétence exclusive implicite de conclure un accord qui est susceptible d'affecter ou d'altérer la portée des règles de droit dérivé qu'elle a adoptées.

430 *Avis 2/15, supra* note 345 au para 1.

431 Cremona, « Shaping », *supra* note 423 à la p 235.

432 *Avis 2/15*, *supra* note 345 aux para 113-24. Ces engagements concernent le droit d'auteur, les droits voisins, les marques de commerce, les indications géographiques, les dessins ou modèles, les brevets et les variétés végétales.

433 Devenu chapitre 10 de l'ALE Singapour, version retravaillée, *supra* note 425.

434 Comme dans le cas de l'*Avis 3/15*, *supra* note 399; Voir ci-dessus, le texte correspondant à la note 403. Ce point répond à l'une des interrogations soulevées à ci-dessus, le texte correspondant aux notes 394-397. Sur cette section de l'*Avis 2/15* voir, Cremona, « Shaping », *supra* note 423 aux pp 239-40; Simon, « 2/15 », *supra* note 423 au para 12.

435 *Avis 2/15, supra* note 345 aux para 113-30.

436 *Ibid* aux para 121-24.

437 *Ibid* aux para 125-26.

438 *Ibid* aux para 127.

commerciaux internationaux parce qu'elles sont destinées à les régir, à les promouvoir ou à les faciliter et parce qu'elles ont aussi des effets directs et immédiats sur ceux-ci[439]. La réalisation de ces deux derniers éléments devient ainsi nécessaire pour conclure au lien spécifique avec les échanges commerciaux, ce qui, nous semble-t-il, représente une précision additionnelle sur les modalités d'application du test Daiichi. Cela dit, la Cour conclut, en l'occurrence, que le chapitre 11 relève des « aspects commerciaux de la propriété intellectuelle » de l'article 207 (1) *TFUE* et donc de la compétence intrinsèquement exclusive de l'UE[440].

L'affaire C-389/15[441] présente également un grand intérêt pour les précisions et clarifications additionnelles qu'on y trouve sur le contenu de l'expression « les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle » ainsi que sur les modalités d'application du critère Daiichi. En l'espèce, la Commission contestait la validité de la décision du Conseil qui avait autorisé l'ouverture des négociations ayant pour but de réviser l'Arrangement de Lisbonne. La Commission alléguait que le Conseil aurait dû choisir l'article 207 (1) *TFUE* comme base juridique de cette décision, car l'arrangement révisé relevait de la PCC[442]. Le Conseil soutenait au contraire que ladite décision devait se fonder sur l'article 114 *TFUE*, car l'arrangement révisé avait pour vocation d'instaurer un cadre procédural uniforme de protection des appellations d'origine et des indications géographiques dont l'effet sur les échanges commerciaux était uniquement indirect et secondaire[443]. Dans cette affaire, la Cour donnera raison à la Commission.

La Cour rappelle d'abord, en application du critère Daiichi, que les accords sur des sujets de propriété intellectuelle de l'UE relèvent de la PCC s'ils satisfont aux deux conditions permettant de conclure qu'ils ont un lien spécifique avec les échanges commerciaux internationaux, à savoir : 1) s'ils sont destinés à promouvoir, à faciliter ou à régir les échanges commerciaux et 2), dans l'affirmative, s'ils ont des effets directs et immédiats sur ceux-ci[444]. Dans un premier temps, la Cour doit donc évaluer si l'Arrangement de Lisbonne révisé (projet ALR) a pour finalité ou objectif de promouvoir, de faciliter ou de régir les échanges commerciaux entre l'UE et les États tiers. Pour ce faire, la Cour examine le contexte conventionnel dans lequel ce projet ALR s'inscrit, vu que le préambule ou le contenu de ce dernier sont silencieux à ce sujet[445]. Ainsi, souligne d'abord la Cour, le projet ALR étend, avec certains ajouts

---

439 *Ibid* aux para 36-38, 112.

440 *Ibid* au para 128.

441 *Commission européenne c Conseil de l'Union européenne, Recours en annulation – Décision du Conseil autorisant l'ouverture de négociations sur un arrangement de Lisbonne révisé concernant les appellations d'origine et les indications géographiques* C-389/15 [2017] [C-389/15]. Sur cette affaire voir, Denys Simon, « Compétences externes de l'Union, Accords internationaux », (2017) 27:12 R Europe 16; Yves Petit, « Annulation de la décision du Conseil autorisant l'ouverture de négociations relatives à un arrangement de Lisbonne révisé concernant les appellations d'origine et les indications géographiques », (2018) 464:6 Rev dr rural 40.

442 C-389/15, *supra* note 441 au para 39.

443 *Ibid* au para 43.

444 *Ibid* au para 49.

445 *Ibid* aux para 52-53.

procéduraux et normatifs[446], la protection de l'Arrangement de Lisbonne (AL) aux indications géographiques[447]. Pour compléter la garantie générale d'un traitement national réciproque que la *Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle*[448] (*CPPI*) offre à ses États membres afin de protéger les différents types de propriété industrielle[449], l'AL a, sur la base de l'article 19 de la *CPPI*[450], instauré un système d'enregistrement international spécifiquement pour les appellations d'origine protégées dans un État partie à la *CPPI*[451]. Le projet ALR, note la Cour, s'inscrit donc dans la finalité de cet ensemble conventionnel dont il fait évidemment partie[452]. L'objectif dudit ensemble apparaît clairement au préambule de la *CPPI*. Celui-ci stipule, en effet, que la *CPPI* accorde des standards homogènes de protection des droits de propriété industrielle aux ressortissants de ses États membres dans le dessein « de permettre à ces derniers de participer sur un pied d'égalité au commerce international »[453] entre eux et dans le but de protéger un tel commerce en développant la loyauté des échanges commerciaux entre ses États Membres[454]. Il en résulte donc, conclut la Cour, que le projet ALR a aussi pour finalité de régir et de faciliter les échanges commerciaux entre ses États membres[455].

Toutefois, précise la Cour, pour que le projet ALR relève de la PCC la réalisation de la première condition du test Daiichi ne suffit pas, il faut, dans un deuxième temps, que ledit projet respecte la seconde condition de ce test, c'est-à-dire qu'il ait des effets directs et immédiats sur les échanges commerciaux qui vont au-delà de certaines implications sur ceux-ci[456]. Pour mesurer si le projet ALR satisfait à cette dernière exigence, la Cour évalue donc le contenu de cet accord. Elle constate alors qu'il étend aux indications géographiques des États membres le mécanisme d'enregistrement international, administré par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, qui bénéficiait, depuis l'AL, aux seules appellations d'origine protégées de ces États[457]. Elle constate également qu'il oblige les parties contractantes à se doter d'un système de protection réciproque constituée de règles normatives et procédurales homogènes[458]. Pour la Cour, le projet ALR permet ainsi aux opérateurs économiques de faire respecter leurs droits et de se protéger contre les actes de concurrence déloyale, et ce, sans avoir à faire des demandes d'enregistrement dans chacune des parties contractantes[459]. Selon la Cour, ledit projet modifie les conditions d'exercice du commerce entre ses parties contractantes. Il a conséquemment des effets directs et

---

446 *Ibid* aux para 17-18, 66-69.
447 *Ibid* au para 62.
448 *Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle*, 20 mars 1883, 828 RTNU 107 (entrée en vigueur le 4 janvier 1962).
449 C-389/ 15, *supra* note 441 aux para 56, 58-59.
450 *Ibid* au para 54.
451 *Ibid* au para 59.
452 *Ibid* au para 62.
453 *Ibid* aux para 57, 60.
454 *Ibid*.
455 *Ibid* au para 62.
456 *Ibid* au para 65.
457 *Ibid* aux para 59, 62, 64.
458 *Ibid* aux para 67-68.
459 *Ibid* aux para 70-72.

immédiats sur les échanges commerciaux entre celles-ci[460]. La décision du Conseil autorisant l'ouverture des négociations sur le projet ALR touchait conséquemment à la PCC. Elle aurait dû se fonder sur l'article 207 (1) et non sur l'article 114 *TFUE*, puisque ce projet ne relève pas du rapprochement des législations dans le marché interne de l'UE[461].

Terminons ces paragraphes consacrés à l'affaire C-389/15 en mettant en exergue certaines clarifications concernant l'expression « aspects commerciaux de la propriété intellectuelle » qui nous viennent de cette décision. On y confirme ainsi qu'une convention n'a pas à être négociée dans le cadre de l'OMC pour relever de la PCC. De plus, on y remarque que la *CPPI* relève de la PCC en raison de sa nature même telle qu'elle se dégage de son préambule. La Cour n'y a fait aucune référence au contexte de l'OMC. Elle n'y établit effectivement aucune analogie entre l'*ADPIC* et la *CPPI* pour le motif que cette dernière aurait en partie inspiré ledit accord[462]. Cette affaire précise également les modalités d'application du critère Daiichi. Il est dorénavant indéniable que la détermination du lien spécifique d'un accord avec les échanges commerciaux internationaux requiert la réalisation successive des deux conditions suivantes, à savoir si l'accord est d'abord destiné à promouvoir, à faciliter ou à régir les échanges commerciaux et dans l'affirmative, s'il a ensuite des effets directs et immédiats sur ceux-ci.

b) Sur les échanges de services

Si l'on se penche à présent sur l'expression « échanges de services », le professeur Koutrakos souligne qu'aucune indication n'apparaît à l'article 207 (1) *TFUE* sur le sens à donner au terme services[463]. En droit interne de l'UE, le droit d'établissement est visé par un chapitre distinct[464] de celui qui est consacré aux services[465]. Or, si cette distinction s'était imposée dans le contexte de la PCC décrite à l'article 207 (1), le concept de services n'inclurait donc pas le droit d'établissement, ce qui nous aurait fait revenir en quelque sorte à l'*Avis 1/94*[466]. Selon Koutrakos,

> *In the light of the ever-present link between the expansion of the scope of the CCP and GATS following the establishment of the WTO and the ruling of the Court of Justice in Opinion 1/94, it would be wrong to interpret 'services' under Article 207(1) TFEU consistently with the strict definition afforded within the Union legal order*[467].

---

460 *Ibid* aux para 71-72.
461 *Ibid* aux para 74-75.
462 Ces points répondent à certaines des interrogations soulevées à ci-dessus, le texte correspondant aux notes 394-397.
463 Koutrakos, *EU International* (2), *supra* note 5 à la p 40.
464 Voir, *TFUE, supra* note 2, au ch 2, Titre IV, arts 49-55.
465 *Ibid* au ch 3, Titre IV, arts 56-62.
466 Voir, *supra* note 44. Voir ci-dessus, le texte correspondant aux notes 149-157.
467 Koutrakos, *EU International* (2), *supra* note 5 à la p 41.

Dans la décision C-137/12[468] et dans l'*Avis 2/15* nous verrons que la CEJ (grande chambre) s'est prononcée sur la question des « échanges de services » visés à l'article 207 (1) *TFUE* d'une manière large qui est parfaitement compatible avec l'opinion du professeur Koutrakos.

Ainsi, dans l'affaire C-137/12, le différend portait sur le choix de la base juridique de la décision du Conseil (décision attaquée)[469] autorisant la signature de la *Convention européenne sur la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel* [*Convention de protection*][470]. Cette *Convention de protection* visait à rendre illégale toute activité, comme le piratage, qui permettait un accès non autorisé à des services protégés, tels des programmes de télévision ou de radio, qui sont subordonnés à l'obtention d'une autorisation du prestataire de services ou qui sont fournis moyennant paiement[471]. Cet accord visait à étendre à l'ensemble des quarante-sept membres du Conseil de l'Europe, une protection similaire à celle que la directive 98/84/EC[472] offrait aux États membres de l'UE sur la même question[473]. Pour le Conseil, puisque la directive susmentionnée avait été adoptée sur la base de l'article 114 *TFUE* relatif à l'harmonisation des législations pour le marché intérieur, la décision attaquée aurait dû également se fonder particulièrement sur cette même disposition[474]. Selon le Conseil, la *Convention de protection* avait pour objectif principal de rapprocher les législations des parties contractantes afin d'améliorer le marché intérieur de l'UE. Cet accord visait avant tout, ajoutait le Conseil, à éliminer entre autres le risque de piratage provenant d'États tiers qui pourrait porter atteinte au fonctionnement du marché intérieur de l'UE[475]. Par ailleurs, la Commission soutenait que la décision attaquée relevait de la PCC et que, en conséquence, son adoption aurait dû notamment se baser sur l'article 207 (4) *TFUE*[476].

Dans cette affaire, la CEJ (grande chambre) donne raison à la Commission. Elle estime que l'article 207 (1) *TFUE*, qui comprend les échanges de services, doit être interprété dans le contexte de la PCC, qui s'inscrit dans l'action extérieure de l'Union et qui est donc « relative aux échanges commerciaux avec les États tiers et non aux échanges sur le marché intérieur »[477]. Pour conclure ainsi, la Cour réfère au critère

---

468 *Commission européenne c Conseil de l'Union européenne, Recours en annulation - Décision 2011/853/UE du Conseil – Convention européenne sur la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel*, C-137/12 [2013] [C-137/12].

469 CE, *Décision 2014/893/UE de la Commission du 9 décembre 2014 établissant les critères écologiques pour l'attribution du label écologique de l'Union européenne aux produits cosmétiques à rincer*, [2014] JO, L 354/47.

470 *Convention européenne sur la protection juridique des services à l'accès conditionnel et des services d'accès conditionnel*, 24 janvier 2001, 2299 RTNU 338 (entrée en vigueur le 1er juillet 2003).

471 C-137/ 12, *supra* note 468 aux para 11-12.

472 CE, *Directive 98/84/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 1998 concernant la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel*, [1998] JO, L 320/54.

473 C-137/ 12, *supra* note 468 au para 22; Koutrakos, « *EU International* (2)», *supra* note 5 aux pp 41-42.

474 *TFUE*, *supra* note 2, art 218 (5) qui servait par ailleurs de fondement procédural à la décision attaquée, ne fut pas contesté par les parties au litige; C-137/12, *supra* note 468 au para 51.

475 C-137/ 12, *supra* note 468 aux para 44-47.

476 *Ibid* au para 36.

477 *Ibid* au para 56; Koutrakos, « *EU International* (2)» *supra* note 5 aux pp 41-42.

énoncé dans l'affaire *Daiichi*, à savoir que peuvent relever de la PCC uniquement les actes de l'UE qui ont un lien spécifique avec les échanges commerciaux internationaux, en ce qu'ils ont des effets directs et immédiats sur ceux-ci et sont essentiellement destinés à les promouvoir, à les faciliter et à les régir[478]. De plus, note la CEJ, si une mesure de l'UE poursuit plus d'un objectif, la base juridique appropriée sera celle qui correspond au but principal[479]. En l'occurrence, estime la Cour, le rapprochement des législations au sein de l'UE avait été grandement effectué par la directive 98/84/EC, ce qui, ajoute la Cour, est confirmé par le contenu de la clause de déconnexion, insérée à l'article 11 (4) de la *Convention de protection*, qui prévoit « que, dans leurs relations mutuelles, les États membres de l'Union appliquent les règles de cette dernière et, par conséquent, ils n'appliquent les règles établies par cette convention qu'en l'absence de règles de l'Union régissant le sujet particulier concerné »[480]. La *Convention de protection* n'avait donc pas pour but principal d'améliorer le fonctionnement du marché intérieur de l'UE[481]. Vu le rapport explicatif de la *Convention de protection* et les considérants de la décision attaquée du Conseil lu conjointement avec cette Convention[482], l'entente susnommée avait plutôt pour objectif prioritaire d'inciter les États membres du Conseil de l'Europe à la ratifier largement afin que les normes de l'UE en matière de protection des services à accès conditionnel soient étendues aux marchés des parties contractantes du Conseil de l'Europe non membres de l'UE et ce, afin de promouvoir la fourniture de ces services vers lesdits marchés par des prestataires de l'UE[483].

Le but principal de la décision attaquée, attesté par sa finalité et son contenu[484], avait donc un lien spécifique avec les échanges commerciaux internationaux de tels services[485]. Elle devait donc relever de la compétence intrinsèquement exclusive de l'UE en vertu de la PCC même si la *Convention de protection* contenait certaines dispositions nouvelles sur la coopération internationale entre les parties contractantes ainsi que des mesures pénales de saisies et de confiscation qui n'apparaissaient pas dans la directive 98/84/CE[486]. Selon la Cour, de semblables dispositions contribuaient à la réalisation de l'objectif principal de la convention, à savoir la facilitation du commerce international des services à accès conditionnel au-delà de l'UE, même si elles visaient aussi à améliorer l'efficacité du fonctionnement du marché intérieur de l'UE[487]. Pour la Cour, cette dernière finalité avait uniquement « un caractère accessoire par rapport à l'objectif principal »[488].

---

478 C-137/ 12, *supra* note 468 aux para 57-58; Neframi, « Vertical », *supra* note 378 à la p 80; Larik, *supra* note 373 à la p 788.
479 C-137/ 12, *ibid* aux para 52, 53; Larik, *supra* note 373 à la p 788.
480 C-137/ 12, *ibid* au para 67; Larik, *ibid* à la p 789.
481 C-137/ 12, *ibid* au para 67.
482 *Ibid* aux para 60-62, 65.
483 *Ibid* aux para 62-64, 67.
484 *Ibid* au para 74.
485 *Ibid* aux para 65, 68, 76.
486 *Ibid* au para 70.
487 *Ibid* aux para 65, 70-71; Larik, *supra* note 373 à la p 796; Tanghe, « Borders », *supra* note 363 aux pp 41-42.
488 C-137/12, *supra* note 468 aux para 71, 76.

Dans l'affaire C-137/12, la Cour confirme et complète le critère du lien spécifique avec les échanges commerciaux internationaux énoncé quelque mois auparavant dans la décision *Daiichi*[489]. Toutefois, contrairement à cette dernière affaire où l'accent fut mis sur l'environnement commercial et sur la recherche de l'objectif de l'*ADPIC,* dans l'arrêt C-137/12 c'est l'examen combiné du contenu et de la finalité de la *Convention de protection*, sans référence au contexte commercial ou non de celle-ci, qui justifie la Cour d'appliquer le critère susmentionné du lien spécifique[490]. Cette décision invoque également, comme élément d'analyse, la question du choix de la base juridique en cas de double finalité du traité à l'étude. Dans l'affaire *Daiichi*, la Cour avait complètement omis d'orienter sa décision en fonction de cette question. Pourtant un tel examen aurait pu être pertinent dans le cas d'un accord comme l'*ADPIC* qui paraît au premier abord avoir une double finalité, à savoir l'échange commercial par son préambule et l'harmonisation des lois des États membres en raison notamment du contenu de l'article 27 de l'*ADPIC* sur la brevetabilité[491]. La Cour a donc profité des circonstances de l'affaire C-137/12 pour rappeler et pour appliquer, dans le contexte de l'article 207 (1) *TFUE*, une des règles sur le choix de la base juridique d'un traité qui présente une double finalité, soit celle de l'identification de l'objectif principal[492]. En l'espèce, comme la *Convention de protection* a le commerce pour finalité principale, la Cour juge que sa base juridique devait être l'article 207 (1), y compris pour les mesures, comme les sanctions pénales mentionnées au paragraphe précédent, qui affectaient le marché intérieur de l'UE de manière accessoire. En l'occurrence, la CEJ a donc ignoré l'opinion de certains États qui demandaient la mixité pour le motif que de telles mesures pénales outrepassaient les compétences de l'UE à l'interne.

Dans l'*Avis 2/15*, la CEJ (grande chambre) devait notamment se prononcer sur la compétence de l'UE de conclure seule le Chapitre 8 de l'ALE Singapour[493] consacré aux échanges de services entre l'UE et Singapour[494]. Dans le cadre de son analyse, la Cour a ainsi précisé le sens à donner à l'expression « échanges de services » contenue à l'article 207 (1) *TFUE*; lequel s'inscrit du reste parfaitement dans l'opinion du professeur Koutrakos dont nous avons fait état précédemment[495]. En l'occurrence, la Cour transpose pour les « échanges de services » de l'article 207 (1) *TFUE* l'interprétation qu'elle avait antérieurement donnée, dans son *Avis de la Cour (grande chambre) du 30 novembre 2009 - Avis rendu en vertu de l'article 300, paragraphe 6, CE - Accord général sur le commerce des services (GATS)* (*Avis 1/08*)[496], au

---

489 C-414/11, *supra* note 370.

490 Ce point répond à l'une des interrogations soulevées à ci-dessus le texte correspondant aux notes 394-397. Voir, également Tanghe, « Borders », *supra* note 363 à la p 43.

491 *Ibid* à la p 39. En vertu de *TFUE, supra* note 2, art 216 (2) un traité conclu par l'UE devient la loi de l'UE et s'impose à ses institutions et aux États membres. Conséquemment l'exercice de la PCC peut conduire à l'harmonisation de mesures internes. Voir, Neframi, « Vertical », *supra* note 378 aux pp 79-80.

492 Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 aux pp 44, 47-48.

493 L'ALE Singapour, version retravaillée, *supra* note 425, a conservé le même numéro 8 pour le chapitre sur les services.

494 Sur cette section de l'*Avis 2/15* voir, Simon, « 2/15 », *supra* note 423 aux para 6-8; Cremona, « Shaping », *supra* note 423 à la p 239.

495 Ci-dessus le texte correspondant aux notes 463-468.

496 *Avis 1/08*, *supra* note 334 aux para 4, 118-119.

« commerce des services » de l'ex-article 133 *TCE* (*TN*). La CEJ estime effectivement que ces deux notions sont en substance identiques[497]. Ainsi, pour la Cour, « les quatre modes de fourniture de services répondant à la classification employée par l'OMC […] relèvent tous de la politique commerciale commune »[498] décrite à l'article 207 (1) *TFUE*[499]. Conséquemment, le sens à donner à la fourniture, aux échanges ou au commerce de services couverts par le chapitre 8 de l'ALE Singapour est dès lors lié au contexte de l'OMC et l'UE a donc en principe la compétence intrinsèquement exclusive pour s'engager envers lui en application du critère Daiichi[500]. En effet, comme les dispositions du chapitre 8 ambitionnent d'ouvrir le marché de Singapour aux fournisseurs de services de l'UE et vice versa, il a essentiellement, selon la Cour, « pour objet de promouvoir, de faciliter et de régir les échanges »[501]. De plus, vu les engagements en matière d'accès au marché qu'il contient, ce chapitre, ajoute la Cour, est également susceptible d'avoir des effets directs et immédiats sur les échanges de services entre l'UE et Singapour[502].

Toutefois, en raison de l'article 207 (5) *TFUE*, la Cour exclut de la PCC les quatre modes précités[503] de fourniture de services lorsqu'ils concernent le transport[504]. Elle écarte aussi de la PCC tous les autres services de ce chapitre 8 qui sont « intrinsèquement liés à un acte physique de déplacement de personnes ou de marchandises d'un endroit à un autre grâce à un »[505] des moyens de transport énumérés dans l'ALE Singapour, à savoir le transport maritime international, le transport ferroviaire et le transport par route[506]. Pour la Cour, de tels services de transports relèvent de la politique commune des transports du titre VI de la troisième partie du *TFUE* et non de la PCC. Seule la réalisation d'une des situations de l'article 3 (2) *TFUE* pourrait, ajoute la CEJ, éviter la mixité pour le chapitre 8, en conférant à l'UE une compétence exclusive implicite dans ces secteurs[507], ce qui fut d'ailleurs le cas en l'espèce[508].

---

497 *Avis 2/15*, *supra* note 345 au para 54.

498 *Ibid*.

499 Les 4 modes de fourniture de services de l'OMC sont : la fourniture transfrontalière de services sans mouvement de personne (mode 1), la consommation, la présence commerciale et la présence de personnes physiques sur le territoire étranger (respectivement modes 2, 3 et 4). *Ibid*; *Avis 1/94*, *supra* note 44 au para 29.

500 Ci-dessus, le texte correspondant à la note 382; *Avis 2/15, supra* note 345 aux para 36-38.

501 *Avis 2/15, supra* note 345 au para 52.

502 *Ibid* au para 53.

503 Voir, *supra* note 499.

504 *Avis 2/15, supra* note 345 aux para 56, 60; Voir ci-dessus, le texte correspondant aux notes 343-345.

505 *Avis 2/15*, *ibid* au para 61. La CEJ estime par ailleurs que les services de réparation et de maintenance d'aéronefs retirés du service, les services de vente, de commercialisation et de réservation de services de transport aérien ne relèvent pas de *TFUE*, *supra* note 2, art 207 (5), mais plutôt de la PCC, car ils ne sont pas intrinsèquement liés à l'acte de déplacer des personnes ou des marchandises. Voir aussi *Avis 2/15, supra* note 345 aux para 66-67; Cremona, « Shaping », *supra* note 423 à la p 239; Simon, « 2/15 », *supra* note 423 aux para 6-9.

506 *Avis 2/15*, *ibid* au para 62.

507 *Ibid*, aux para 70, 168-212.

508 *Ibid.* Sur l'application de la 3e situation de *TFUE, supra* note 2, art 3 (2) aux services de transports du chapitre 8 de l'ALE Singapour voir, *supra* notes 7, 345, 356; Simon, « 2/15 », *supra* note 423 aux para

c) Sur les investissements étrangers directs

Voyons maintenant ce qu'il faut entendre par l'expression « investissements étrangers directs » de l'article 207 (1) *TFUE*. Sur ce point, l'*Avis 2/15* est déterminant, car la Cour y aborde pour la première fois cette expression depuis son insertion dans la PCC par le *TL*[509]. Tout d'abord, la Cour constate que l'article 207 (1) *TFUE* ne réfère qu'aux investissements étrangers directs[510]. S'inspirant de sa jurisprudence interne dans le contexte des mouvements de capitaux[511], la CEJ définit ensuite l'investissement direct étranger de l'article 207 (1) *TFUE* comme étant :

> des investissements de toute nature auxquels procèdent les personnes physiques ou morales [d'un État tiers dans L'UE et inversement] 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 […] [et qui leur] donnent la possibilité de participer effectivement à la gestion de cette société ou à son contrôle[512].

Cette mention explicite des investissements étrangers directs à l'article 207 (1) *TFUE* indique, affirme la Cour, une intention claire d'écarter de l'application de cette disposition tout autre type d'investissement non direct[513], comme les investissements dits « de portefeuille » qui se présentent « 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 »[514] ou comme les mouvements de capitaux « tels que certaines catégories d'investissements immobiliers ou le recours à l'emprunt »[515].

18-21; Cremona, « Shaping », *supra* note 423 aux pp 247-248; *Avis 2/15*, *supra* note 345 aux para 188-194, 201-203, 210-212, 216- 217.

509 Rumiana Yotova, « Opinion 2/15 of the CJEU: Delineating the Scope of the New EU Competence in Foreign Direct Investment » (2018) 77:1 Cambridge LJ 29 aux pp 29-30; Cremona, « Shaping », *supra* note 423 à la p 240.

510 *Avis 2/15*, *supra* note 345 au para 83.

511 *Ibid* au para 80; Cremona, « Shaping », *supra* note 423 à la p 240; Yotova, *supra* note 509 à la p 30.

512 *Ibid* au para 80. La CEJ donne comme exemple d'investissement direct la prise de participations dans une entreprise constituée sous forme de société par actions qui permet de participer effectivement à la gestion ou au contrôle de cette entreprise. Voir, *Avis 2/15*, *supra* note 345 aux para 80, 82; Cremona, « Shaping », *supra* note 423 à la p 240; Pour d'autres définitions et d'autres exemples d'investissements directs, voir *Avis 2/15*, *Conclusions de l'avocat général Mme E. Sharpston, présentée le 21 décembre 2016; Avis rendu en vertu de l'article 218, paragraphe 11, TFUE; Accord de libre-échange entre l'Union européenne et la République de Singapour – Accord "nouvelle génération" négocié après l'entrée en vigueur des traités UE et FUE* [2016] aux para 317-322 et les notes correspondantes [*Conclusions Sharpston*]. La Cour dans l'*Avis 2/15* n'a pas exigé, comme l'OCDE et comme elle l'avait déjà fait antérieurement, que l'investisseur direct détienne au moins 10% des droits de vote de l'entreprise recevant l'investissement direct. On peut supposer que la Cour s'est rangée à l'avis de l'avocat général Sharpston qui a estimé que ce seuil de 10% n'était pas déterminant et qu'il n'était qu'une indication en matière de preuve. Sur ce dernier point voir, *Conclusions Sharpston*, *ibid*, aux para 319, 320 et 322

513 *Avis 2/15*, *supra* note 345 au para 83; Cremona, « Shaping », *supra* note 423 à la p 240; Simon, « 2/15 », *supra* note 423 au para 10.

514 *Avis 2/15*, *ibid* au para 227.

515 *Ibid* au para 228; Yotova, *supra* note 509 à la p 30. Pour d'autres définitions de l'investissement de portefeuille et d'autres exemples de types d'investissements non directs voir, *Conclusions Sharpston*, *supra* note 512 aux para 321, 367 et les notes correspondantes.

Une fois établie la distinction entre les deux classes d'investissement susmentionnées, la Cour note dans l'*Avis 2/15* que la section A du chapitre 9 de l'ALE Singapour[516] est consacrée à la protection des investissements une fois que ceux-ci ont été admis dans l'UE et dans la République de Singapour et que cette même section A traite non seulement de la protection des investissements directs, mais aussi de celle des investissements non directs. Concernant les dispositions de la section A qui portent sur la protection des investissements directs, la Cour adopte un raisonnement qui s'inscrit dans le courant jurisprudentiel analysé dans les paragraphes précédents. Elle leur applique, en effet, le test développé dans l'affaire *Daiichi*[517] pour conclure qu'elles relèvent de la PCC et donc de la compétence intrinsèquement exclusive de l'UE en raison de leur contenu et des objectifs qu'elles poursuivent. Pour la CEJ, cette section A comprend en effet un « ensemble d'engagements de […] traitement non moins favorable […] et d'interdictions de traitement arbitraire »[518] qui contribuent à la sécurité légale des investisseurs directs sur le territoire de l'autre partie. La Cour estime en conséquence, sur la base du test Daiichi, 1) que ladite section A instaure un cadre juridique qui vise à promouvoir, à faciliter et à régir les échanges commerciaux entre l'UE et Singapour; 2) que cette section a en plus des effets directs et immédiats sur les échanges d'investissements directs, car elle porte sur le traitement des entrepreneurs se livrant à des activités économiques sur le territoire de l'autre partie et 3) qu'elle a ainsi un lien spécifique avec de tels échanges[519].

Pour les dispositions de la section A du chapitre 9 de l'ALE Singapour qui régissent les investissements non directs et leur protection, seule la réalisation d'une des situations prévues à l'article 3 (2) *TFUE* pourrait, selon la Cour, conférer une compétence exclusive implicite à l'UE[520], ce qui ne fut pas le cas en l'espèce. La Cour estime plutôt que l'UE ne pouvait pas s'engager seule envers les dispositions relatives à de tels investissements non directs, car, en l'état actuel du droit de l'Union, ceux-ci relèvent encore d'une compétence partagée entre l'UE et les États membres en vertu des paragraphes 1 et 2 (a) de l'article 4 *TFUE*[521]. Dans le même ordre d'idées, le chapitre 15 de l'ALE Singapour, qui établit un mécanisme de règlement des différends « entre les parties (l'UE et la République de Singapour) », ne saurait, selon la Cour, être approuvé par l'UE seule, car il est susceptible de régir des différends concernant la section A qui portent notamment sur la protection des investissements non directs[522].

---

516 Le chapitre 9 de l'ALE Singapour ayant fait l'objet de l'*Avis 2/15, supra* note 345 fut transformé depuis lors en *Accord sur la protection de l'investissement,* qui comprend l'instauration d'un mécanisme de règlement des différends sur ce sujet. Voir, *supra* note 425.

517 Ci-dessus, le texte correspondant à la note 382; *Avis 2/15, supra* note 345 aux para 36, 87.

518 *Ibid* au para 94. Pour le détail de ces engagements voir, *Ibid* aux para 88-94.

519 *Ibid* aux para 94-96; Cremona, « Shaping », *supra* note 423 à la p 241; Simon, « 2/15 », *supra* note 423 au para 10.

520 *Avis 2/15, supra* note 345 au para 226.

521 *Ibid* aux para 227-243; Sur la question de l'application *TFUE, supra* note 2, art 3 (2) aux investissements non directs voir, Simon, « 2/15 », *supra* note 423 au para 22; Cremona, « Shaping », *supra* note 423 aux pp 248-250; Yotova, *supra* note 509 à la p 30.

522 Voir, *Avis 2/15, supra* note 345 au para 304 où la Cour s'appuie sur les raisons indiquées aux para 243-44. Le régime de règlement des différends « entre investisseurs et États » instauré par la section B du chapitre 9 de l'ALE Singapour relève également d'une compétence partagée entre les États membres et l'UE (Voir, *Ibid* au para 293). Selon ce régime, l'investisseur requérant peut à sa discrétion décider de soumettre un différend à la procédure d'arbitrage, sans que l'État membre concerné puisse

Pour donner suite à cet avis de la Cour, l'ALE Singapour sera donc conclue sous la forme d'un accord mixte.

Dans le cadre de leurs arguments en faveur de la nature mixte de l'ALE Singapour, le Conseil et certains des États membres ont également souligné que les dispositions sur la protection des investissements de la section A du chapitre 9 comportent des règles

> qui permettent aux États membres d'apprécier si l'application de l'accord envisagé est conforme à leurs impératifs d'ordre public et de sécurité publique ainsi qu'à d'autres objectifs d'intérêt public ou qui concernent le droit de propriété, le droit pénal, le droit fiscal et la sécurité sociale[523].

Le Conseil et lesdits États membres ont alors allégué que de telles dispositions portent sur des matières qui relèvent, en raison de leur nature même, de la compétence exclusive des États membres. L'UE ne peut donc pas, ajoutaient-ils, contracter de tels engagements en lieu et place de ceux-ci[524]. Pour la Cour, cette argumentation est infondée, car les dispositions en question ne créent aucun engagement pour les États membres. Elles ne font que leur reconnaître la possibilité d'exercer de telles compétences d'une manière qui ne constitue pas une restriction déguisée qui priverait « de leurs effets utiles les engagements commerciaux contractés par »[525] l'UE en matière d'investissements étrangers directs[526]. Selon la Cour, en vertu de la section A, les États membres peuvent, s'ils le jugent nécessaire, exercer leurs pouvoirs de déployer leurs forces armées, de déclarer l'état d'urgence nationale, de nationaliser ou d'exproprier, de légiférer en droit pénal, en droit fiscal et en matière de sécurité sociale à la condition qu'ils garantissent aux investisseurs directs de l'autre partie, en l'occurrence de Singapour, un traitement équitable, non arbitraire et non discriminatoire dans le respect des principes, des droits fondamentaux et des règles fondamentales qui régissent l'UE et ses États membres[527].

d) Sur l'objectif de développement durable comme partie intégrante de la PCC

Dans l'*Avis 2/15*, La Cour adopte une position étonnante et remarquable à l'égard du chapitre 13[528] du projet ALE Singapour, intitulé « commerce et

---

s'y opposer (Voir, *Ibid* au para 291). Pour la Cour « un tel régime, qui soustrait des différends de la compétence juridictionnelle des États membres, ne saurait […] être instauré sans le consentement de ceux-ci » (Voir, *Ibid* au para 292). Ceci représente un autre motif pour lequel l'ALE Singapour fut conclu sous la forme d'un accord mixte. Voir, aussi Cremona, « Shaping », *supra* note 423 aux pp 255-56; Simon, « 2/15 », *supra* note 423 aux para 25-27; Yotova, *supra* note 509 à la p 31.

523 *Avis 2/15, supra* note 345 au para 97. Pour une description plus détaillée de ces dispositions voir, *Avis 2/15*, *supra* note 345 aux para 97-109. Ces dispositions se trouvent aux articles 9.3, 9.5-9.7 de l'ALE Singapour.

524 *Avis 2/15*, *supra* note 345 au para 100.

525 *Ibid* au para 103.

526 *Ibid* aux para 101-102, 104, 107-108. Sur ce point voir, aussi *Conclusions Sharpston*, *supra* note 512 au para 335; Cremona, « Shaping », *supra* note 423 à la p 241; Simon, « 2/15 », *supra* note 423 au para 11.

527 *Avis 2/15, supra* note 345 aux para 102, 104-105, 107-108; *Conclusions Sharpston*, *supra* note 512 au para 340 et les notes correspondantes.

528 Devenu chapitre 12 de l'ALE Singapour, version retravaillée. Voir *supra* note 425.

développement durable ». En effet, la Cour estime qu'une lecture combinée de l'article 21 (3) *TUE* (*TL*) avec les articles 207 (1), seconde phrase, 205, 9 et 11 *TFUE* indique que la PCC de l'UE s'inscrit dans l'action extérieure de celle-ci qui doit être conduite dans le respect des principes et des objectifs énoncés à l'article 21 (1) et (2) *TUE* (*TL*). Conséquemment, l'UE doit, entre autres[529], mettre en œuvre sa PCC de façon à y intégrer les exigences liées à la garantie d'une protection sociale adéquate[530] et de manière à assurer le développement durable en participant à la formation de règles internationales destinées à préserver et à améliorer « la qualité de l'environnement et la gestion durable des ressources naturelles mondiales »[531]. En l'occurrence, la Cour en arrive donc à la conclusion « que l'objectif de développement durable fait désormais partie intégrante de la »[532] PCC de l'UE[533].

Une fois cela établit, la Cour se penche, à l'instar de l'affaire C-137/12[534] et de l'*Avis 3/15*[535], sur le contenu et sur la finalité poursuivie en l'espèce par le chapitre 13 de l'ALE Singapour. Elle note d'abord que ledit chapitre, reprend le but énoncé dans le préambule de l'ALE Singapour[536], en affirmant clairement « à ses articles 13.1 et 13.3, que le développement durable, dont la protection sociale des travailleurs et la protection de l'environnement sont des composantes […], fait partie des objectifs des relations commerciales »[537] entre l'UE et Singapour. Pour ce qui est du contenu du chapitre 13, la Cour constate qu'il évoque les obligations de l'UE et de Singapour au titre de conventions de l'Organisation internationale du travail en matière de protection sociale des travailleurs et de traités sur la protection de l'environnement[538], tout en leur reconnaissant l'entière compétence de légiférer en ces matières sur leurs territoires respectifs d'une manière compatible avec lesdits engagements internationaux[539]. Ce rappel de telles obligations internationales, déclare la Cour, ne vise donc pas à harmoniser ou à réglementer

> les niveaux de protection sociale et environnementale sur le territoire respectif des parties, mais [plutôt à] régir les échanges commerciaux entre l'Union et la République de Singapour en subordonnant la libéralisation de ceux-ci à la condition que les parties respectent leurs obligations internationales en matière de protection sociale des travailleurs et de protection de l'environnement[540].

Selon la Cour, la teneur des dispositions du chapitre 13 présente donc, en application du critère Daiichi, un lien spécifique avec les échanges commerciaux entre

---

529 Nous utilisons « entre autres », parce que la Cour semble ouverte à ce que l'ensemble des objectifs de *TUE* (*TL*), *supra* note 2, arts 21 (1)-(2) soient potentiellement partie intégrante de la PCC. Cremona, « Shaping », *supra* note 423 à la p 243.

530 *Avis 2/15, supra* note 345 aux para 142-146.

531 Voir, *TUE* (*L*) *supra* note 2, art 21 (2) (f).

532 *Avis 2/15*, *supra* note 345 aux para 147 et 163.

533 Simon, « 2/15 », *supra* note 423 au para 14; Cremona, « Shaping », *supra* note 423 à la p 243.

534 Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 469-493.

535 Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 399-421.

536 *Avis 2/15*, *supra* note 345 au para 148.

537 *Ibid.*

538 *Ibid* au para 152.

539 *Ibid* aux para 152, 165.

540 *Ibid* au para 166.

l'UE et Singapour[541], d'abord parce qu'il régit ces échanges en les soumettant au respect des conventions susmentionnées par les parties et en s'assurant notamment qu'aucune mesure ne soit adoptée et appliquée en vertu de ces conventions de manière à créer une discrimination arbitraire ou une restriction déguisée à l'égard de tels échanges[542]. Ensuite, parce que les dispositions de ce chapitre 13 ont également, des effets directs et immédiats sur les échanges commerciaux entre l'UE et Singapour[543]. Elles évitent effectivement entre autres que les standards internationaux de protection environnementale et sociale qui lient les parties soient abaissés afin d'encourager le commerce ou soient utilisés pour des fins protectionnistes. Elles contribuent aussi à ce que les entrepreneurs de l'UE et de Singapour participent au libre-échange sur un pied d'égalité[544]. Finalement la Cour souligne, toujours en application du critère Daiichi, que les règles du chapitre 13 sur la protection des travailleurs et de l'environnement ont d'autant plus un lien spécifique avec les échanges commerciaux entre Singapour et l'UE que la violation de ces normes par l'une d'elles autoriserait l'autre partie à avoir recours à l'article 60 (1) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*[545] pour mettre un terme ou suspendre la libéralisation des échanges commerciaux entre elles[546]. Sur la base de ce qui précède, la Cour conclut dès lors que le chapitre 13, qui vise l'instauration d'un libre-échange commercial entre l'UE et Singapour dans le respect du développement durable, relève de la PCC et en conséquence de la compétence intrinsèquement exclusive de l'UE[547]. En appliquant le critère Daiichi, concrétisé par l'analyse de la nature et de l'objectif des dispositions en cause, la Cour a conséquemment intégré entièrement le développement durable dans la PCC, omettant ainsi de le considérer comme ayant uniquement un caractère incident ou accessoire par rapport à celle-ci[548].

e) Le point sur la PCC issue du TL

Dans la jurisprudence analysée dans les paragraphes précédents où la Cour s'est notamment penchée sur le sens des expressions « échanges de services », « aspects commerciaux de la propriété intellectuelle », et « investissements étrangers directs » utilisées à l'article 207 (1), on remarque que la Cour suit un raisonnement qui conjugue, comme avant le *TL*, les thèses de la Commission et du Conseil sur la portée de la PCC[549]. Toutefois, depuis le *TL*, on observe principalement que les décisions de la Cour adoptent systématiquement une interprétation extensive de la compétence

---

541 *Ibid* aux para 155, 161.
542 *Ibid* aux para 156, 166.
543 *Ibid* au para 157.
544 *Ibid* aux para 157-59; Cremona, « Shaping », *supra* note 423 aux pp 243, 245.
545 *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 331 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980); L'article 60 (1) traite effectivement des conséquences de la violation substantielle d'un traité bilatéral par l'une des parties; Voir, Cremona, « Shaping », *supra* note 423 aux pp 244-45; Simon, « 2/15 », *supra* note 423 au para 15.
546 *Avis 2/15*, *supra* note 345 au para 161.
547 *Ibid* au para 163.
548 Cremona, « Shaping », *supra* note 423 à la p 243.
549 Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 35-37.

intrinsèquement exclusive de l'UE en matière de PCC. Cette vision large de la PCC résulte notamment de l'application constante du test Daiichi, selon lequel un acte de l'UE relèvera de la PCC, s'il « porte spécifiquement [par opposition à incidemment] sur les échanges internationaux [commerciaux] en ce qu'il est essentiellement destiné à promouvoir, à faciliter ou à régir ces échanges et a des effets directs et immédiats sur ceux-ci »[550]. Au fil de la jurisprudence de la CEJ étudiée plus haut, nous avons noté que les critères et les modalités d'application de ce test deviennent progressivement de plus en plus précis. En ce qui concerne les critères d'application, on constate d'abord que l'environnement commercial peut s'avérer important pour identifier les actes de PCC de l'UE. Tel fut le cas pour les clauses de l'*ADPIC* où la Cour a accordé une importance déterminante au contexte OMC entourant l'adoption de cette entente[551] et il en sera vraisemblablement de même pour les dispositions de tous les autres accords de l'OMC. Le contexte OMC fut aussi concluant pour arrêter le sens de l'expression « échanges de services » se trouvant à l'article 207 (1) *TFUE*[552]. Par ailleurs, la plupart des affaires examinées révèlent que le cadre commercial, OMC ou autres (comme les accords de libre-échange), dans lequel s'inscrivent les dispositions concernées est rarement considéré pour conclure qu'elles relèvent de la PCC[553].

En général, la jurisprudence considérée indique plutôt que l'application du test Daiichi requiert l'analyse de la finalité et du contenu des dispositions ou de l'accord en cause. Pour isoler les finalités recherchées par une mesure, l'examen des éléments suivants est jugé important, à savoir : son préambule, son titre, son libellé, le rapport explicatif de son adoption, les considérants de la décision attaquée du Conseil lus conjointement avec le texte de celle-ci et ce, afin de déterminer si le document en question vise, en application d'une des conditions du test, à promouvoir, à faciliter ou à régir les échanges internationaux commerciaux. Dans certains cas, on a remarqué que la recherche des objectifs permet également de déceler une double finalité, par exemple faciliter le commerce et améliorer le fonctionnement du marché intérieur européen[554]. Dans cette situation pour relever de la PCC selon le test Daiichi[555], le commerce facilité entre les parties devra être reconnu comme étant l'objectif prioritaire du document, reléguant ainsi le meilleur fonctionnement du marché interne au rang d'accessoire par rapport au but principal[556]. En plus d'aider, le cas échéant, à identifier l'objet de l'entente ou des dispositions en cause, l'analyse approfondie de leur contenu permet, selon les précédents examinés, de juger si elles ont en plus, en application de l'autre exigence du test, des effets directs et immédiats sur de tels échanges qui vont au-delà de simples implications sur celles-ci[557]. À titre d'exemples, mentionnons les clauses de l'accord qui rappellent à ses parties (l'UE et l'État tiers) leurs obligations

---

550 C-414/11, *supra* note 370 au para 51. Voir également ci-dessus, le texte correspondant à la note 382.

551 Voir C-414/11, *supra* note 370, ci-dessus, le texte correspondant à la note 384.

552 Voir *Avis 2/15, supra* note 345, ci-dessus, le texte correspondant aux notes 498-500.

553 Voir C-389/15, *supra* note 441, ci-dessus, le texte correspondant aux notes 461-462.

554 Voir C-137/12, supra note 468, ci-dessus, le texte correspondant aux notes 484-487.

555 Le critère de la double finalité a été ignoré dans l'affaire C-414/11, *supra* note 370 alors qu'il aurait pu être pertinent vu le contenu de l'*Accord sur les ADPIC, supra* note 33, art 27 sur la brevetabilité. Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 490-491.

556 Voir C-137/12, *supra* note 468, ci-dessus, le texte correspondant à la note 492.

557 Voir C-389/15, *supra* note 441, ci-dessus, le texte correspondant aux notes 456-461.

internationales respectives au titre de conventions internationales afin de créer des conditions homogènes pour leur commerce[558]. Cette étude du contenu se fait évidemment au cas par cas étant donné la variabilité des textes à scruter. Terminons les critères d'application dégagés de la jurisprudence examinée, en relevant que, selon l'*Avis 2/15*, la PCC devra, comme action extérieure de l'UE, être conduite dans le respect de l'ensemble des principes et des objectifs énoncés à l'article 21 (1) et (2) *TUE* (*TL*)[559]. Dans cette affaire, en plus d'avoir utilisé ces clauses pour établir les deux conditions constitutives du critère Daiichi, la Cour les a considérées comme des éléments essentiels à respecter par les parties impliquées. Dans le cas de l'UE, elle en a fait également un critère additionnel d'application et une part intégrante de la PCC, dont la violation pourrait donner lieu à la suspension ou à l'annulation d'un accord[560].

Pour ce qui est à présent des modalités d'application du test Daiichi, il est clair, selon la jurisprudence analysée, qu'il faut procéder par étapes successives pour pouvoir conclure qu'une initiative de l'UE relève de la PCC parce qu'elle a un lien spécifique avec les échanges commerciaux internationaux. D'abord, il est nécessaire d'établir que cette action a pour finalité de promouvoir, de faciliter ou de régir les relations commerciales extérieures. Si ce premier élément est prouvé, il faudra dans un deuxième temps démontrer que la mesure en question a des effets directs et immédiats sur de tels échanges. Un acte de l'UE pourrait effectivement avoir pour but de promouvoir, de faciliter et de régir le commerce sans avoir concrètement un effet direct et immédiat sur celui-ci. Cela étant, dans l'application actuelle du test Daiichi, on retrouve des critères qui avaient déjà été utilisés dans la jurisprudence antérieure au *TL* (par exemple la référence au contexte, à l'objet, au contenu, au préambule, à la double finalité d'un accord, aux considérants d'un règlement[561]) et, parfois, le recours à la même formulation que celle du test Daiichi[562]. Toutefois, par rapport à cette jurisprudence, dans les affaires postérieures au *TL*, la Cour a systématisé, organisé et ordonné le recours à de tels critères qui permettent d'établir, dans le contexte du test Daiichi, le lien spécifique requis avec les échanges commerciaux internationaux.

***

Dans le cadre de cette étude, nous avons pu constater que le contenu matériel de la PCC a connu une évolution non linéaire au fil des transformations historiques de l'ex-CE/UE, ce qui a évidemment eu des répercussions sur l'importance du recours à l'accord mixte classique[563] dans ce domaine. La première période de ce cheminement se caractérise par l'interprétation large que la CEJ donne à la PCC et en conséquence

---

558 Voir, *Avis 2/15, supra* note 345, ci-dessus, le texte correspondant aux notes 541-544.

559 Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 528-533.

560 Cremona, « Shaping », *supra* note 423 à la p 243; Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 545-548.

561 Comme exemples, ci-dessus le texte corrrespondant aux notes 75, 86, 136-137, 160, 209, 222, 233, 250-251, 255, 282.

562 Voir C-411/06 *(Transfert)*, *supra* note 273, ci-dessus le texte correspondant à la note 284.

563 Ci-dessus, le texte correspondant à la note 3.

par un certain recul de la mixité en matière commerciale. Rappelons ici le cycle de Tokyo qui fut alors conclu sur la base de l'ex-article 113 *TCEE* par l'ex-CEE agissant seule[564]. Cette première période débute en 1975 avec l'*Avis 1/75*, lorsque la CEJ déclare que l'ex-CE possède une compétence intrinsèquement exclusive en matière de politique commerciale et que celle-ci a le même contenu que celle d'un État souverain[565]. En 1979, la CEJ complète cette vision large de la PCC dans l'*Avis 1/78* en précisant qu'elle ne saurait exclure les mécanismes plus évolués du commerce extérieur en se limitant aux aspects classiques de celui-ci, comme la réduction des droits de douane et des obstacles non tarifaires[566]. La Cour maintient cette même ouverture envers la compétence intrinsèquement exclusive de l'ex-CE en matière de PCC jusqu'en 1994, lorsqu'elle rend l'*Avis 1/94* à l'occasion du cycle d'Uruguay[567].

L'*Avis 1/94* marque donc le début de la seconde période de ce processus pendant laquelle la Cour change complètement de cap au sujet du contenu de la PCC. Dans cet avis et dans la jurisprudence postérieure à celui-ci, la Cour exclut de la PCC plusieurs manifestations nouvelles ou non traditionnelles du commerce international, comme celles concernant les droits de propriété intellectuelle et certains types de services[568]. D'aucuns soutiendront que la Cour a semblé alors faire intervenir la PCC uniquement en cas de préemption complète interne en faveur de l'ex-CE sur un sujet donné, évitant ainsi de modifier les compétences communautaires en l'absence d'accord préalable des États membres[569]. À l'époque, une pareille interprétation étroite de la PCC impose la procédure mixte pour la conclusion de plusieurs accords commerciaux communautaires, dont bien entendu les accords du cycle d'Uruguay. En conséquence, le rôle de l'ex-CE dans le développement des règles du droit commercial international, et plus spécifiquement au sein de l'OMC, s'en trouva considérablement affecté, puisqu'il fallait dorénavant l'intervention et l'accord des États membres de l'ex-CE sur ces sujets[570].

Notre étude nous a également permis d'observer que l'entrée en vigueur du *TL* en 2009 marque le point de départ de la troisième période de ce développement, lequel est clairement confirmé par la suite en 2013, par la décision de la CEJ dans l'affaire *Daiichi*[571]. En ce qui concerne le *TL*, l'article 207 *TFUE* représente une réelle tentative de définir une PCC offrant une vision nouvelle qui tranche avec le courant jurisprudentiel issu de l'*Avis 1/94*. La PCC de l'article 207 est alors devenue une compétence d'attribution exclusive de l'UE pour pratiquement tous les sujets relevant de l'OMC, à savoir le commerce des services (sauf en matière de transports), les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle et les investissements étrangers directs. Elle

---

564 Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 55-56. Toutefois, rappelons PROBA 20 et PROBA 33, ci-dessus le texte correspondant aux notes 99, 101.

565 Ci-dessus le texte correspondant à la note 15.

566 Ci-dessus, le texte correspondant à la note 57.

567 Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 67-88, 116-118. Voir comment le professeur Koutrakos explique cette conception extensive de la PCC par la CEJ pendant cette première période à ci-dessus le texte correspondant à la note 298.

568 Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 141-167, 293-296.

569 Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 171-177, 292-297.

570 Ci-dessus, le texte correpondant aux notes 299-300.

571 C-414/11, *supra* note 370.

devient ainsi une PCC qui est plus adaptée aux circonstances nouvelles du commerce international. De plus, le paragraphe 4 de l'article 207 *TFUE* éloigne la PCC du jeu de la préemption, puisque l'unanimité n'y est plus exigée pour les ententes portant sur un domaine dans lequel l'UE n'aurait pas encore exercé ses compétences, par l'adoption de règles internes[572]. Cela dit, c'est l'affaire *Daiichi* qui donne plein effet à l'article 207 *TFUE*. La Cour y abandonne effectivement l'*Avis 1/94* en écartant le recours à la mixité pour toutes les dispositions de l'*ADPIC*. Elle y formule également le test à appliquer pour identifier les domaines relevant de la PCC, qu'elle a ensuite développée en système dans une série d'affaires postérieures à cette décision[573]. Contrairement à la jurisprudence de la deuxième période, nous avons aussi constaté que ledit test semble jusqu'à présent avoir été appliqué sans tenir compte de l'évolution des règles communes de l'UE sur le sujet en litige et indépendamment donc du concept de préemption[574]. Avec la décision *Daiichi*, la Cour est en fait revenue à l'interprétation dynamique, large et flexible qu'elle avait donnée de la PCC dans les *Avis 1/75* et *1/78* de la première période[575].

Conséquemment, le *TL* et la jurisprudence qui a appliqué l'article 207 *TFUE* nous incitent à penser que, dans les années à venir, il y aura probablement un recul du recours à l'accord mixte pour les accords de commerce de l'UE, si cette dernière tire les leçons de l'*Avis 2/15*[576], en excluant de telles ententes tout ce qui concerne les investissements non directs[577]. En matière commerciale, notamment au sein de l'OMC, et sur la scène internationale en général, les États membres verront possiblement leur présence et leur rôle progressivement réduit à celui de figurants, si cette tendance jurisprudentielle se poursuit[578]. En effet, au nom du test Daiichi, la Cour pourrait entre autres intégrer dans la PCC, excluant ainsi le recours à la mixité, plusieurs dispositions qui ne relèvent pas a priori de la compétence de l'UE. Comme exemple, citons l'affaire 137/12 où la Cour inclut dans la PCC les mesures pénales de saisies et de confiscation qui n'apparaissaient pas dans la directive 98/84/CE, en alléguant comme une évidence qu'elles contribuent à titre d'accessoires à la réalisation de l'objectif principal de la convention, à savoir la facilitation du commerce[579]. La lecture de la jurisprudence de la troisième période nous donne effectivement l'impression qu'il est

---

572 Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 353-354.

573 Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 378-382, 398 et ss.

574 Voir, les conclusions de l'avocat général Pedro Cruz Villalón, présentées le 31 janvier 2013; *Daiichi Sankyo Co Ltd et Sanofi-Aventis Deutschland GmbH c DEMO Anonymos Viomichaniki kai Emporiki Etairia Farmakon* [2013] aux para 31, 80-81 [*Conclusions Villalón*] où il souligne que le droit de l'UE en matière de brevet était très lacunaire à l'époque de l'affaire C-414/11, *supra* note 370 ce qui n'a pas empêché la Cour de conclure que l'article 27 de l'*ADPIC*, *supra* note 33 relevait de la PCC. Dans le même ordre d'idées voir également Mora, *supra* note 375 aux pp 797-99. De plus, dans l'affaire C-389/15, *supra* note 441 la Cour donne raison à la Commission qui allègue la PCC pour la protection des appellations d'origine et des indications géographiques à l'égard de tous les produits, même non agricoles, malgré que les règles communes de l'UE couvrent uniquement les produits agricoles. Voir, C-389/15, *supra* note 441 au para 40.

575 Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 390-392.

576 Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 520-522.

577 Ce que l'UE a d'ailleurs fait dans le cas de l'ALE Singapour. Voir, à ce sujet, les nouveaux accords qui en ont résulté à *supra* note 425.

578 Larik, *supra* note 373 aux pp 793-95.

579 Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 485-488.

devenu difficile pour le Conseil et les États membres de convaincre la Cour d'exclure de la PCC de nombreux domaines qui n'auraient probablement pas relevé de cette politique à une autre époque. Bien que systématisé, le test Daiichi laisse assurément à la Cour une très grande marge de manœuvre au niveau de son application, ce qui rend le résultat d'un différend objectivement imprévisible pour les acteurs de l'UE[580]. Selon Cremona, « *it is a test which favours flexibility over predictability* »[581].

[580] Cremona, « Shaping », *supra* note 423 à la p 242.
[581] *Ibid*.