

XXVIII Congrès FIDE

Thème 3: La dimension extérieure des politiques de l'UE Rapport national – France

Coordination

- * **Isabelle BOSSE-PLATIÈRE**, Agrégée de droit public, Professeure à l'Université de Rennes 1, Chaire européenne Jean Monnet
- * **Catherine FLAESCH-MOUGIN**, Professeure émérite de l'Université de Rennes 1, Chaire européenne Jean Monnet *ad personam*
- * **Cécile RAPOPORT**, Agrégée de droit public, Professeure à l'Université de Rennes 1, Membre junior de l'Institut Universitaire de France

Avec la participation de :

- * **Carole BILLET**, Maître de conférences en droit public à l'Université de Nantes
- * **Jean-Félix DELILE**, Maître de conférences en droit public à l'Université de Lorraine
- * **Elise DANIEL**, Docteure en droit public de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
- * **Alan HERVÉ**, Agrégé de droit public, Professeur à l'IEP de Rennes

Sommaire

Chapitre 1 – Répartition des compétences entre l'UE et les Etats membres -----	2
Chapitre 2 – Négociations et conclusion des accords internationaux -----	15
Chapitre 3 – Effets juridiques des accords internationaux -----	27
Chapitre 4 – Commerce et protection des investissements -----	31
Chapitre 5 – Espace de liberté, de sécurité et de justice (politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration) -----	37
Annexe – Liste des personnes auditionnées -----	47

Chapitre 1

Répartition des compétences entre l'Union européenne et les Etats membres¹

1. Conformément à l'arrêt AETR, l'Union européenne a une compétence exclusive de conclure un accord international lorsque ledit accord affecte ou est susceptible d'affecter des règles internes de l'Union.

La législation de l'Union européenne se développe dans de nombreux domaines. Dans quels domaines l'effet AETR a-t-il été perçu récemment ? Quelle est la position des Etats membres par rapport à cet effet ? Quels exemples récents peuvent être mentionnés ? Y a-t-il eu des problèmes soulevés au niveau national ? Si oui, de quelle nature : problème politique, juridique ou autre (s) ?

1. Effet AETR

1-1. Introduction. L'arrêt AETR², dans ses deux dimensions - existence et nature de la compétence externe - a été constitutionnalisé par le traité de Lisbonne, respectivement aux articles 216 §1 TFUE et 3 §2 TFUE. L'effet AETR qui entraîne le dessaisissement des Etats membres de leur compétence pour conclure un accord international lorsqu'il est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée communes constitue la troisième hypothèse de compétence exclusive visée à l'article 3 §2 TFUE. Contrairement à la situation d'origine où seules étaient concernées les situations de compétences implicites, c'est-à-dire celles où la conclusion d'un accord n'est pas expressément prévue par les traités, l'effet AETR, tel que codifié à l'article 3 §2 TFUE, ne comporte pas une telle limitation. Conformément à ce qui résultait déjà de la déclaration n°10 annexée au traité de Maastricht et de l'avis 2/00 de la Cour³, il joue aussi bien lorsque la compétence externe est implicite que lorsqu'elle expressément prévue par le TFUE, comme par exemple en matière d'environnement.

1-2. Domaines dans lesquels l'effet AETR a été perçu récemment

Par son libellé renvoyant à des « règles communes » et l'absence de précision donnée sur les domaines susceptibles d'être concernés, l'article 3 §2 TFUE, troisième hypothèse, a vocation à s'appliquer dans tous les domaines relevant d'une compétence partagée⁴, sauf dispositions réservant la compétence des Etats⁵. *A contrario*, la question de l'effet AETR ne se pose pas dans les domaines de compétence exclusive par nature de l'Union (art 3 §1 TFUE)⁶, ni pour les catégories de compétences où ne peut jouer la préemption : PESC⁷ et compétences auxiliaires (appui, coordination, complément)⁸.

¹ Chapitre rédigé par Catherine Flaesch-Mougin

² CJCE, 31 mars 1971, affaire 22/70, *Commission/Conseil*, ECLI:EU:C:1971:32.

³ Avis 2/00 du 6 décembre 2001 sur le protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques, ECLI:EU:C:2001:664.

⁴ Article 4 §2, TFUE.

⁵ Article 4 §3 et §4, TFUE et Protocole 23 en matière de franchissement des frontières extérieures, voir *infra*.

⁶ Si une question dépasse le champ d'application de ces domaines, l'effet AETR est potentiellement d'application. Il en par exemple ainsi des accords de libre échange pour les dispositions relatives aux transports (Voir avis 2/15 du 16 mai 2017 sur l'accord de libre-échange UE-Singapour). En matière de ressources biologiques, voir C-659/16, *Commission/Conseil*, pendante devant la Cour, concernant le CCAMLR.

⁷ Voir Déclaration n° 13 sur la PESC.

⁸ Article 2 §5 TFUE. Notons qu'à propos de certaines questions, éclatées entre plusieurs catégories de compétence (santé par exemple), la question de l'effet AETR peut ressurgir, en lien avec des problèmes de base juridiques.

L'examen de la pratique - décisions du Conseil, propositions de la Commission, jurisprudence de la CJUE - illustre la variété des domaines où *l'effet AETR* a été perçu : transports, ELSJ, environnement, marché intérieur, politique sociale, et, au-delà des domaines cités à l'article 4 §2 TFUE, protection des données⁹.

L'éventail des situations dans lesquelles *l'effet AETR* est susceptible d'être perçu dans ces domaines est large : il peut surgir tant aux stades d'élaboration des accords que de leur mise en œuvre, et joue tant pour les accords bilatéraux¹⁰ que pour les conventions multilatérales, y compris lorsque l'Union ne peut elle-même en être partie et où ses Etats membres sont autorisés à y adhérer dans son intérêt¹¹. L'examen de la motivation des décisions du Conseil et propositions de la Commission fournit des indications sur le jeu de *l'effet AETR*¹².

Au stade de la négociation, on cherche à éviter les discussions épineuses sur la répartition des compétences, la Commission pouvant être désignée comme négociatrice unique¹³. Mais tel n'est pas toujours le cas, notamment pour les conventions multilatérales : en dépit des tentatives de la Commission¹⁴, les solutions retenues s'inspirent souvent des arrangements généraux de 2011¹⁵ et "la théorie du partage", en lien avec *l'effet AETR*, fréquemment retenue pour la désignation du négociateur (Commission/ Etats membres)¹⁶.

L'effet AETR se manifeste tout spécialement aux stades de la signature, éventuellement assortie d'une application provisoire de l'accord¹⁷, et de la conclusion dans la mesure où il a des conséquences directes sur la présence, ou pas, des Etats membres comme signataires et parties contractantes aux côtés de l'Union (mixité). Le nombre d'avis portés devant la Cour depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne et abordant *l'effet AETR*, témoigne de l'importance et des enjeux du sujet¹⁸. La référence à *l'effet AETR* est également très présente lorsqu'il s'agit de

⁹ Voir l'accord USA -UE sur la protection des informations à caractère personnel traitées à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière, JOUE 2016 L154, p.1. Sur la première utilisation de l'article 16 TFUE en matière externe, voir C. Billet, « L'«accord-cadre» sur l'échange de données transatlantiques en matière répressive », *RTD. Eur.* 2016, p. 621.

¹⁰ Voir par exemple l'accord économique et commercial global entre l'UE et ses Etats membres et le Canada (JO 2017 L 11) ou l'accord de libre-échange avec Singapour ayant fait l'objet de l'avis 2/15 précité.

¹¹ Cas notamment à l'OMI et à l'OIT, voir la décision du Conseil autorisant les Etats membres à signer ou ratifier l'accord du Cap de 2012 sur la sécurité des navires de pêche, ou à y adhérer, JOUE 2014 L106 p. 4.

¹² Voir par exemple, les considérants 5 et 6 de la décision du Conseil relative à la conclusion du protocole contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu, de leurs pièces, éléments et munitions, qui font directement référence à l'effet AETR, JO 2014 L 89, p 7. Parfois, les motivations sont moins explicites, se référant à la compétence (non qualifiée) et aux règles adoptées (sans mention d'affectation).

¹³ Cas à l'OMC ou pour les accords de libre-échange, alors que les questions ne relèvent pas toutes de la PCC.

¹⁴ Voir la recommandation de la Commission relative à sa participation aux négociations de la convention Mercure, SEC(2009)983 du 15 juillet 2009, où elle sollicitait une autorisation de négociation qui lui a été refusée.

¹⁵ Doc. 15901/11 du 24 octobre 2011. Sur la question, voir C. Flaesch-Mougin, « Représentation externe et compétences de l'UE: quelques réflexions à propos des arrangements généraux du Conseil relatifs aux déclarations de l'UE dans les organisations multilatérales », in C. Boutaieb (dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Masclat*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2013, p 571-591.

¹⁶ A. Roger, *L'action environnementale extérieure de l'UE, Les accords mixtes*, L'Harmattan, 2010, p. 44. Pour une illustration récente, voir la décision du Conseil autorisant la Commission européenne à négocier, au nom de l'Union européenne, des amendements à apporter à la convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone et au protocole de Montréal, JOUE 2015 L 127, p. 19).

¹⁷ En dépit d'autres considérations, *l'effet AETR* peut jouer pour déterminer les dispositions concernées (v. *infra*).

¹⁸ Avis 1/13 du 14 octobre 2014 sur l'adhésion d'Etats tiers à la convention de La Haye, ECLI:EU:C:2014:2303 ; avis 2/15 précité ; avis 3/15 du 14 février 2017 relatif au traité de Marrakech sur l'accès aux œuvres publiées.

rédiger les déclarations de compétences que l'Union est souvent obligée de fournir pour pouvoir, en tant qu'organisation d'intégration économique régionale, être partie à des conventions¹⁹ ou membre d'organisations internationales²⁰.

L'impact de l'effet AETR est susceptible de se prolonger au stade de la mise en œuvre des accords. Il est ainsi au cœur de la rédaction des arrangements adoptés pour définir les modalités d'expression ou de vote dans les instances prévues par les conventions ou organisations internationales en cas de participation conjointe de l'Union et de ses Etats membres²¹. Sa prise en compte pour l'adoption des positions à défendre par l'Union dans les instances internationales est une question qui fait actuellement débats et plusieurs recours pendants²² visent faire à préciser par la Cour si l'article 218 §9 TFUE s'applique même lorsque les positions à arrêter ne relèvent pas d'une compétence exclusive de l'Union.

1-3. Position de la France et problèmes soulevés au niveau national

Excepté, assez curieusement, pour les deux premières décisions portant spécifiquement sur l'article 3 §2 TFUE²³, la France a toujours été pris position lorsque la compétence de l'Union a été examinée par la Cour au prisme de l'effet AETR²⁴. Elle est aussi partie intervenante dans des affaires pendantes où la question est abordée incidemment²⁵.

- L'effet AETR est accepté dans son principe par la France. Ses positions devant la Cour, de même que les nombreux accords ou conventions s'y référant et auxquels elle ne s'est pas opposée, confirme "en creux" cette acceptation qui est d'ailleurs partagée par les autres Etats membres²⁶. La France trouve dans l'effet AETR un argument pour tenter de circonscrire les interventions de l'Union. Par exemple, elle cherche à privilégier une base juridique où cet effet peut jouer si les conditions d'affectation sont satisfaites²⁷, plutôt qu'une disposition relevant de la compétence exclusive par nature qui la dessaisit automatiquement de sa compétence²⁸. A défaut de pouvoir le faire, elle cherche au moins à invoquer la nécessité de recourir à des bases juridiques complémentaires susceptibles de justifier la mixité de l'accord, comme pour l'accord de libre-échange avec le Canada ou celui avec Singapour²⁹. L'effet AETR est aussi utilisé par la France pour imposer les conditions d'une compétence exclusive de l'Union, alors

¹⁹ Bien que non spécifiques à ce domaine, elles sont systématiques pour les conventions environnementales, voir pour la convention de Minamata sur le mercure, la déclaration faisant référence au risque d'affectation des règles communes adoptées par l'Union, JOUE 2017 L 142, p. 4.

²⁰ Décision du Conseil relative à la signature et à la conclusion de l'accord entre l'UE et l'OTIF concernant l'adhésion de l'UE à la convention relative aux transports internationaux ferroviaires (COTIF), JOUE 2013 L 51, p. 8.

²¹ V. pour les travaux au sein de la COTIF, JOUE L 51 précité.

²² C- 697/15 (UIT), C-659/16 (CCAMLR), C- 600/14 (OTIF).

²³ C-114/12, *Commission/Conseil*, ECLI:EU:C:2014:2151, et C- 66/13, *Green Network*, ECLI:EU:C:2014:2399.

²⁴ Avis 1/13 ; 2/15 et 3/15, précités et C-137/12, *Commission/Conseil*, ECLI:EU:C:2013:675.

²⁵ C-687/15, C-600/14, et C-659/16 précitées.

²⁶ V. Michel, « Les compétences externes implicites : continuité jurisprudentielle et clarification méthodologique », *Revue Europe*, octobre 2006, p. 4 à 8.

²⁷ Conditions dont elle cherche à donner une interprétation stricte (v. question 2).

²⁸ Voir C-137/12 précitée où la France défendait comme base juridique de la convention sur les services à accès conditionnel, l'article 114 TFUE plutôt que l'article 207 TFUE qui sera retenu par la Cour. Dans le même sens, C-389/15, *Commission/Conseil*, actuellement pendante, où elle s'est portée partie intervenante aux côtés du Conseil, défendant le recours à l'article 114 TFUE comme base juridique de la décision d'ouverture des négociations relatives à un arrangement de Lisbonne révisé concernant les indications géographiques.

²⁹ Y. Monjal, « Compétences externes de l'Union européenne. L'accord de libre-échange avec la République de Singapour devant la Cour de Justice », *Revue du Droit de l'Union européenne*, n° 1/2017, p. 147-165, sp. p.155.

même que les traités, notamment l'article 218 TFUE, ne l'imposent pas, comme pour la désignation du négociateur, le champ de l'application provisoire et l'adoption de positions à défendre dans les instances d'un accord. La France, partie intervenante dans l'affaire C-687/15, a ainsi défendu la thèse selon laquelle l'Union doit avoir une compétence exclusive pour pouvoir adopter une position à défendre dans une instance internationale³⁰. Elle dénie au Conseil le droit d'adopter une position pour la conférence de l'UIT, estimant que l'Union ne dispose pas d'une compétence exclusive au sens de l'article 3 §2 TFUE³¹.

- Cette posture illustre le souci de garder une présence des Etats aux côtés de l'Union. Au modèle du fédéralisme substitutif, la France préfère incontestablement celle du fédéralisme associatif³². Dans le cadre de sa stratégie de « mixisation »³³, elle cherche à neutraliser l'effet AETR en avançant des arguments liés à l'existence d'une compétence nationale, comme la défense de la sécurité publique, pour exclure la compétence de l'Union³⁴. La France estime être ainsi en situation de mieux faire valoir ses positions. Certes, la décision de la Cour sur les actes hybrides a réintroduit la nécessité de respecter les règles de vote prévues dans les traités, y compris la majorité qualifiée, et a écarté le consensus jadis appliqué au niveau du Conseil concernant les accords mixtes³⁵. Toutefois, une pratique dite du consentement préalable (qui pourrait être interprétée comme une résurrection du compromis de Luxembourg) semble s'être instaurée, permettant à tout Etat de défendre, si besoin, ses intérêts³⁶. Par ailleurs, la France, comme démontré à propos du CETA, se dit aussi soucieuse de sauvegarder, grâce à la mixité, les droits de son Parlement dans le cadre du processus de ratification (voir infra).

- Au-delà de la défense des intérêts nationaux, la France se montre également préoccupée par le risque de perte de poids de « l'entité européenne » dans les enceintes internationales qui est en lien direct avec l'effet AETR. Au-delà de la crainte, toujours latente, de perdre une visibilité internationale à laquelle elle est traditionnellement attachée³⁷, et de « ne pas être en mesure d'exercer une quelconque influence au cours (d'une) conférence diplomatique »³⁸, la France a exprimé son inquiétude face à des situations où l'Union, en raison d'une compétence devenue exclusive, siègerait seule, sans ses Etats membres, comme partie contractante ou membre d'une organisation. Cette question n'est pas nouvelle et explique que la France ait toujours cherché à assurer sa présence dans les Organisations Régionales de Pêche (où l'Union est seule

³⁰ Thèse défendue par l'Allemagne dans l'affaire C-600/14 (point 92 des conclusions Szpunar, ECLI:EU:C:2017:296).

³¹ Point 35 des conclusions de l'avocat général Saugmandsgaard (ECLI:EU:C:2017:645), qui soutient, quant à lui, que la nature de la compétence n'a aucune incidence sur l'application de l'article 218 §9 TFUE.

³² Sur ces notions, voir E. Dubout, « L'avis 2/15 de la CJUE : quelles conséquences pour le CETA et le Brexit? », <https://blogdroiteuropeen.files.wordpress.com/2017/07/conf-avis-215-version-finale.pdf>

³³ Voir P-Y Monjal, « Compétences externes de l'UE », préc. p. 155.

³⁴ Voir par exemple l'argument présenté par la France au point 26 de l'avis 2/15, mais rejeté par la Cour (pts 101-108), ou encore dans l'affaire C-687/15, points 50-52 des conclusions Saugmandsgaard précitées.

³⁵ C- 28/12, *Commission/Conseil*, ECLI:EU:C:2015:282.

³⁶ Pour la convention sur la manipulation des événements sportifs, la Commission, face à l'opposition de Malte, a préféré rechercher le consensus avant le vote au Conseil, Doc COM (2017) 386 final du 27 juillet 2017, p. 3.

³⁷ Voir G. Cahin, F. Poirat, S. Szurek, *La France et les organisations internationales*, Paris, Pédone 2014, p. 179.

³⁸ Formule visant les 7 États membres parties à l'arrangement de Lisbonne, dont la France. Voir motivation de la décision de la Commission (C(2015) 4576 final, 7 juillet 2015) relative au recours en annulation contre la décision du Conseil autorisant l'ouverture des négociations concernant l'arrangement de Lisbonne révisé (C-389/15).

présente) grâce à la juridiction qu'elle exerce sur certains territoires d'outre-mer³⁹. Avec l'amélioration de l'acceptation de l'Union en tant qu'organisation d'intégration économique régionale et le développement de ses règles communes au plan interne, cette crainte de la France semble renforcée. Par exemple, suite à l'avis 3/15, l'Union a été reconnue seule compétente pour conclure, en vertu de l'effet AETR, le traité de Marrakech. En conséquence, elle en sera partie contractante, mais pas ses Etats membres. Or, la France pointe la question du vote à l'assemblée, dans la mesure où le nombre de voix d'une organisation d'intégration économique régionale partie à la convention est déterminé par rapport à celui de ses Etats membres qui le sont également⁴⁰. L'absence d'Etats membres en tant que parties annihilerait donc son droit de vote. Cette crainte de perte d'influence dans les enceintes internationales explique aussi l'intervention de la France aux côtés du Conseil, dans le recours concernant l'arrangement de Lisbonne révisé et sa volonté d'éviter la reconnaissance de la compétence exclusive de l'Union pour les matières qu'il couvre⁴¹.

2. *S'agissant des compétences exclusives en vue de la conclusion d'un accord international, comment est perçu l'article 3, paragraphe 2, du traité FUE ? Quelle portée donner à cette disposition du traité FUE ? Quelle interprétation peut être suggérée de chacun des cas visés dans cette disposition de droit primaire ? Quid si la troisième option n'est pas exercée sur le plan interne ? Quelle est la vue des Etats membres sur ces questions ?*

2. Article 3 §2 TFUE

2-1. Portée et perception de l'article 3 §2 TFUE

L'article 3 §2 TFUE qui offre, par rapport aux domaines visés à l'article 3 §1 TFUE, une source supplémentaire de compétence exclusive de l'Union, consacre la jurisprudence découlant de l'arrêt AETR et les trois hypothèses où la compétence de l'Union pour conclure un accord international devient exclusive. Dans l'affaire C-114/12 où était en cause la troisième hypothèse relative au risque d'affectation, la Cour a précisé que les termes de l'article 3 §2 TFUE «doivent (...) être interprétés à la lumière des précisions fournies à leur égard par la Cour dans l'arrêt AETR et dans la jurisprudence développée à partir de cet arrêt »⁴², soit notamment les avis 1/76, 2/91, 1/94, 1/03 et les arrêts «ciel ouvert » du 5 novembre 2002. Toutefois, cette jurisprudence ayant parfois été floue, voire fluctuante, les dispositions de l'article 3 §2 TFUE ont prêté à discussions, les Etats cherchant à réduire la portée de leur dessaisissement. La Cour, dans cette première affaire le concernant, a tranché en faveur d'une interprétation large de l'article 3 §2 TFUE, dans la ligne de son avis 1/03 qui traduisait, après les arrêts ciel ouvert, « une conception plus ouverte de la notion d'affectation »⁴³. Elle a notamment écarté la position du Conseil et de certains Etats se prévalant du protocole 25 sur l'exercice des compétences partagées pour défendre « une conception prétendument plus restrictive, depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, en matière de compétence externe exclusive de l'Union »⁴⁴. Ce

³⁹ C. Flaesch-Mougin, «La participation de la Communauté aux organisations régionales de pêche », in D. Charles-Le Bihan, C. Flaesch-Mougin, C. Lequesne (dir) *La politique européenne de la pêche : quelle durabilité ?*, Apogée, 2003, p. 243.

⁴⁰ Article 13 du Traité de Marrakech.

⁴¹ C- 389/15 précitée.

⁴² C-114/12, précitée, pt 67.

⁴³ Point 48 des conclusions de l'avocat général Bot dans l'affaire C-66/13, Green Network, ECLI:EU:C:2014:156.

⁴⁴ C-114/12, précité, point 72. Cette thèse était soutenue par le Conseil, les Pays-Bas et le Royaume-Uni.

protocole qui circonscrit le champ d'application de l'exercice de la compétence de l'Union aux seuls éléments régis par l'acte (et pas au domaine) et incarne « une appréciation minimaliste des compétences partagées »⁴⁵, vise en effet, selon la Cour, « à préciser la portée de l'exercice par l'Union d'une compétence partagée avec les États membres qui lui a été attribuée par les traités, et non à limiter la portée de la compétence externe exclusive de l'Union dans les cas de figure visés à l'article 3, paragraphe 2, TFUE »⁴⁶. La France, tout en défendant une interprétation stricte des conditions énoncées par la Cour pour apprécier le risque d'affectation des règles communes par les engagements internationaux (v. infra), ne remet pas en question cette jurisprudence post-Lisbonne concernant l'article 3 §2 TFUE. Mais, un flou plane sur l'interprétation qui est donnée de cette disposition en lien avec l'article 2 §2 TFUE relatif à la compétence partagée.

Aux termes de certains entretiens, il est apparu que ces deux dispositions étaient appréhendées de façon séparée, en quelque sorte autonome. L'article 2 §2 TFUE ne porterait, s'agissant des domaines de compétence partagée, que sur l'exercice de la *compétence interne*, alors que l'article 3 §2 TFUE qui prévoit des exigences renforcées pour que l'effet préemptif puisse jouer, ne disposerait que pour l'exercice de la *compétence externe* dans ces domaines. Il n'y aurait donc de compétences externes qu'exclusives. Cette interprétation n'a certes pas d'incidence sur l'effet préemptif, sauf dans l'hypothèse d'une cessation de l'exercice de la compétence de l'Union prévue à l'article 2 §2⁴⁷. En revanche, les conséquences de l'étanchéité des deux dispositions se feraient sentir dans l'hypothèse où les conditions d'affectation prévues à l'article 3 §2 TFUE ne seraient pas satisfaites : avec cette conception, la notion de compétence partagée à l'externe disparaît. A défaut d'existence d'une compétence exclusive par exercice dans un domaine de compétence partagée, la compétence resterait nationale. Cette interprétation ne semble toutefois pas unanimement partagée, notamment par le Conseil constitutionnel dans sa décision relative à l'Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'UE et ses États membres, d'autre part⁴⁸. Suivant, en cela, les observations déposées par le Gouvernement, il y reconnaît, dans la ligne de l'avis 2/15 relatif à l'accord de libre-échange UE-Singapour, l'existence de compétences partagées entre l'Union et les États pour conclure le chapitre 8 en matière d'investissement. Cette position nous semble plus conforme à la lettre du traité - l'article 2 TFUE ayant un caractère général et ne distinguant pas compétence interne ou externe - et à la jurisprudence de la CJUE⁴⁹.

2-2. Interprétation des trois cas visés à l'article 3 §2, TFUE.

Les trois cas visés se présentent de manière indépendante les uns des autres et constituent des options alternatives, et non cumulatives, pour démontrer l'existence d'une compétence exclusive de l'Union.

⁴⁵ S. de la Rosa, « Le traité de Lisbonne et la répartition des compétences entre l'Union et les États membres : clarification ou régression ? », *Annuaire de droit européen*, volume IV, 2006, Bruylant, 2008, p. 110.

⁴⁶ Point 73 de l'affaire précitée. Souligné par nos soins.

⁴⁷ Avec cette approche, il n'y aurait pas de répercussion sur l'exclusivité de la compétence externe de l'Union, alors que cette question est discutée dans le cadre de l'approche habituelle des rapports entre les deux articles. Voir C. Blumann et L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, 6ème édition, 2016, p. 461, n° 586.

⁴⁸ Voir point 42 de la décision du Conseil constitutionnel n° 2017-749 DC du 31 juillet 2017, JORF 2017 n° 0187.

⁴⁹ Voir avis 2/91 relatif à la convention n°170 de l'OIT, ECLI:EU:C:1993:106, ou avis 2/00 précité, pt 47.

- *La première hypothèse est celle de la clause habilitante, celle où « la conclusion d'un accord est prévue dans un acte législatif de l'Union ». Elle a été reconnue par la Cour de justice dans l'avis 1/94⁵⁰ et confirmée par la suite dans une formule plus souple faisant disparaître le «expressément» prévu⁵¹. La nature législative des actes-support de la clause habilitante est reprise mais cette condition, dans le contexte du traité de Lisbonne, exclut notamment les actes PESC qui prévoit parfois la conclusion d'accords avec des Etats tiers⁵². Cette exigence d'un acte législatif est toutefois spécifique à l'article 3 §2 TFUE, et le différencie sur ce point de l'article 216 §1 TFUE. Lors des entretiens menés, aucune observation particulière n'a été faite sur cette clause qui permet de rallier, dès l'adoption de l'acte interne, un consensus institutionnel sur la possibilité pour l'Union de s'engager seule au plan externe⁵³, à condition, toutefois, que l'accord à conclure corresponde bien à l'objet de cette habilitation⁵⁴.*

- *La deuxième hypothèse prévue à l'article 3, §2, TFUE concerne la situation où «la conclusion d'un accord (par l'Union) est nécessaire pour lui permettre d'exercer sa compétence interne» (critère de nécessité). La possibilité, découlant d'une compétence interne, de conclure un accord nécessaire à la réalisation d'un des objectifs de la Communauté avait été reconnue par la Cour dans l'avis 1/76⁵⁵, sans distinguer toutefois fondement et nature de la compétence. La clarification est intervenue par la suite, mais en imposant des conditions renforcées pour prouver l'exclusivité de la compétence sur la base du critère de nécessité. L'avis 1/03, définit cette hypothèse comme celle « où la compétence interne ne peut être utilement exercée qu'en même temps que la compétence externe, la conclusion de l'accord étant ainsi nécessaire pour réaliser les objectifs du traité qui ne pouvaient être atteints par l'établissement de règles autonomes »⁵⁶. Le TFUE, bien qu'avec une formulation propre, se situe dans la continuité de cet avis, ne reprenant pas l'exigence antérieure selon laquelle la réalisation des objectifs du traité devait être « indissolublement liée»⁵⁷ à l'exercice de la compétence externe et comme cela avait d'ailleurs été suggéré dans l'une des versions du traité constitutionnel⁵⁸. Toutefois, l'article 3 §2 TFUE n'apporte pas d'éléments concrets pour apprécier la nécessité, en tant que critère d'exclusivité. Il est vrai que, « fondée sur la nature des choses et indépendante de la volonté de l'Union»⁵⁹, elle apparaît difficile à systématiser et, comme par le passé, sa concrétisation devrait rester exceptionnelle. L'enjeu actuel pour la France est de savoir si l'interprétation du critère de nécessité, au sens de l'article 3 §2 TFUE doit être également celle*

⁵⁰ Avis 1/94 relatif aux accords OMC, ECLI:EU:C:1994:384, point 95 où sont évoqués des actes législatifs internes incluant des clauses « (conférant) expressément aux institutions une compétence pour négocier avec les pays tiers».

⁵¹ Point 33 de l'avis 2/92 relatif à la troisième décision révisée de l'OCDE relative au traitement national, ECLI:EU:C:1995:83.

⁵² Voir par exemple les articles 9 et 10 de la décision du Conseil relative à la mission PSDC de l'UEau Mali (EUCAP Sahel Mali), JOUE 2014 L 113, p. 21.

⁵³ Il n'est pas exclu que la Commission propose une telle clause, sans être suivie par le Conseil et le Parlement. Voir la décision relative aux menaces transfrontières graves sur la santé où l'article prévoyant la possibilité de conclure des accords internationaux figurant dans la proposition de la Commission a disparu, la version finale n'évoquant plus cette question que dans sa motivation, JOUE 2013 L 293, p. 1.

⁵⁴ Question discutée pour le règlement n° 216/2008 dans les conclusions Sharspton sur l'avis 2/15, points 221-224.

⁵⁵ Point 4 de l'avis 1/76 relatif au projet d'accord relatif à l'institution d'un fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure, ECLI:EU:C:1977:63.

⁵⁶ Point 115 de l'avis 1/03 relatif à la nouvelle convention de Lugano, ECLI:EU:C:2006:81.

⁵⁷ Point 86 de l'avis 1/94, précité.

⁵⁸ A. Berramdane et J. Rossetto, *Droit de l'Union européenne*, Paris, précité, p. 290, note 55.

⁵⁹ E. Neframi, *L'action extérieure de l'Union européenne. Fondements, moyens, principes*, Paris, LGDJ, 2010, p. 71.

retenue pour définir la nécessité visée à l'article 216 §1 TFUE à propos de l'existence, et non de la nature, de la compétence externe de l'Union (v. infra).

- La troisième hypothèse prévue à l'article 3 §2 TFUE est celle où l'Union dispose d'une compétence externe exclusive « dans la mesure où (la conclusion d'un accord) est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée » (critère d'affectation dégagé dans l'arrêt AETR⁶⁰). Cette hypothèse est en pratique la plus fréquemment avancée par la Commission pour défendre la compétence exclusive de l'Union en matière externe, et celle qui a été en cause dans les décisions de la Cour portant sur l'article 3, §2, TFUE⁶¹. Les conditions d'affectation des règles communes ou d'altération de leur portée qui, à elles seules, permettent de conclure à l'exclusivité de la compétence externe de l'Union ont été discutées par les Etats. La France, quant à elle, les accepte mais cherche à en circonscrire la portée.

L'article 3, §2, TFUE consolide la jurisprudence de la Cour, ce que la France a expressément reconnu⁶². Mais sa ligne jurisprudentielle sur la notion d'affectation ayant été plus ou moins fluctuante selon les périodes⁶³, il importait de préciser « la signification de l'expression inscrite au traité »⁶⁴ et de savoir si « sa conception plus ouverte » résultant de l'avis 1/03 serait confirmée. Tel a été le cas, la jurisprudence post-Lisbonne confirmant sa grille d'analyse des conditions d'affectation et sa démarche pour évaluer le risque d'affectation des règles communes ou d'altération de leur portée par les engagements internationaux.

Dans un premier temps, il convient en effet de définir le domaine de l'accord et de vérifier si des règles communes existent dans ce domaine. A ce propos, la Cour a confirmé que le domaine ne doit pas nécessairement être couvert dans son intégralité et que l'on ne saurait exiger « une concordance complète entre le domaine couvert par les engagements internationaux et celui couvert par la réglementation de l'Union »⁶⁵. Il suffit, contrairement à ce qui a pu être avancé⁶⁶, que le domaine soit « déjà couvert en grande partie par des règles communes », celles-ci pouvant résulter d'un même texte ou de plusieurs instruments de l'Union⁶⁷. Reprenant par ailleurs une conception neutre de l'affectation, la Cour a réaffirmé que celle-ci peut exister, « même en l'absence de contradiction possible entre (les engagements internationaux) et les règles communes de l'Union »⁶⁸. La France, dans l'avis 1/13, a cherché à écarter l'exclusivité de la compétence de l'Union en contestant l'existence d'une affectation car, de son point de vue, le chevauchement entre la convention et le règlement n° 2201/2003 n'était que partiel au regard des relations régies et des personnes auxquelles les instruments sont applicables⁶⁹. On serait en présence de mécanismes étanches, la convention de La Haye étant

⁶⁰ Affaire 22/70, précitée, point 22.

⁶¹ Voir les arrêts et avis précités : C-114/12, *Commission/Conseil* ; avis 1/13 relatif à la convention de La Haye; avis 2/15 relatif à l'accord de libre-échange avec Singapour ; 3/15 relatif au traité de Marrakech. Dans l'affaire C-66/13, *Green Network*, ECLI:EU:C:2014:2399, la Cour a estimé que, compte tenu de la date des faits, elle ne pouvait pas répondre à la question préjudicielle sur l'interprétation même de l'article 3, §2, TFUE.

⁶² Point 113 des conclusions de l'avocat général Kokott (ECLI:EU:C:2013:441) dans l'affaire C-137/12, précitée.

⁶³ Sur les grandes étapes de cette évolution, voir conclusions Bot précitées dans l'affaire C-66/13.

⁶⁴ Point 85 des conclusions de l'avocat général Sharpston (ECLI:EU:C:2014:224) dans l'affaire C-114/12 précitée.

⁶⁵ Point 69 de l'arrêt C-114/12 préc. ; Confirmations aux points 106 de l'avis 3/15 et 181 de l'avis 2/15, précités.

⁶⁶ Dans l'affaire C-114/12 précité, le Royaume-Uni et les Pays-Bas prétendaient que « les signataires du traité de Lisbonne ont (...), entendu codifier la jurisprudence développée dans l'arrêt AETR, telle que clarifiée par l'avis 1/03, en se refusant à consacrer le critère du "domaine déjà couvert en grande partie par les règles de l'Union" » (point 52).

⁶⁷ Point 82 de l'arrêt rendu dans l'affaire C-114/12 précitée.

⁶⁸ Point 71 de l'arrêt rendu dans l'affaire C-114/12 précité, et plus récemment, point 113 de l'avis 3/15 précité.

⁶⁹ Point 63 de l'avis 1/13 sur l'adhésion d'Etats tiers à la Convention de La Haye, précité.

moins ambitieuse que le système intra-européen qui était fondé sur la confiance mutuelle, mais cet argument n'a pas été retenu par la Cour.

Dans une seconde étape du raisonnement, il faut confronter les deux ensembles de règles, engagements internationaux et règles communes. En procédant à une analyse globale et concrète de la relation entre l'accord envisagé et le droit de l'Union, il s'agit d'évaluer l'impact de la conclusion de l'accord sur les règles communes. Les dispositions de l'accord et les règles internes dans les domaines couverts doivent être examinées dans leur état actuel, mais également « compte tenu de leurs perspectives d'évolution, lorsque celles-ci sont prévisibles au moment de cette analyse (...) »⁷⁰. Sans remettre en cause cette projection vers l'avenir, la France entend toutefois s'assurer de perspectives d'évolution suffisamment réelles et veut éviter toute dérive qui permettrait d'invoquer, pour prouver le risque d'affectation, un texte qui n'est encore qu'à l'état de projet, - livre blanc, livre vert, proposition de la Commission -, sur lequel le législateur n'aurait pu s'exprimer. Il en va notamment, pour elle, de la pleine jouissance des pouvoirs législatifs du Parlement européen en raison de la supériorité des accords sur le droit dérivé. Dans l'avis 3/15 où cette question a été soulevée, la France a considéré que la perspective d'adoption des textes rendant obligatoires certaines exceptions aux droits d'auteur visées au traité de Marrakech pouvait être prise en compte car le Conseil avait lui-même demandé à la Commission de lui soumettre une proposition en ce sens⁷¹.

Dans l'analyse de la relation entre l'accord et les règles communes, il convient également de prendre en considération leur nature et leur contenu, toujours pour vérifier si l'accord en question « est susceptible de porter atteinte à l'application uniforme et cohérente des règles de l'Union et au bon fonctionnement du système qu'elles instituent »⁷². L'existence de prescriptions minimales dans les deux instruments (convention et directive) avait jadis abouti à dénier l'exclusivité de la compétence de la Communauté pour conclure la convention n° 170 de l'OIT⁷³. Dans l'avis 3/15, la marge de manœuvre des Etats pour mettre en œuvre la directive sur le droit d'auteur a été invoquée pour écarter le risque d'affectation, mais cet argument n'a pas été retenu par la Cour compte tenu de l'encadrement des Etats pour l'exercer⁷⁴.

2-3. Situation dans laquelle la compétence n'est pas exercée au plan interne. Cette option peut, à notre avis, recouvrir trois situations.

- La première est celle du deuxième cas de figure visé par l'article 3 §2 TFUE, celui de la nécessité (v. supra) : en effet, contrairement aux deux autres hypothèses de l'article 3 §2 TFUE où la compétence a été déjà exercée (acte législatif prévoyant la conclusion d'un accord ou adoption de règles communes), il n'existe pas encore, dans ce cas, d'acte ayant été adopté au plan interne. C'est seulement la conclusion de l'accord qui permettra d'exercer la compétence interne et rendra l'adoption d'un tel acte possible ; l'accord en est la condition.

- La deuxième situation renvoie à la thèse soutenue par la Commission, mais contestée par la France, dans l'avis 2/15, selon laquelle la notion de « règles communes » englobe des règles de droit primaire. La Commission défendait ainsi, en se fondant sur une affectation de l'article

⁷⁰ Point 126 de l'avis 1/03, précité, confirmé par la suite, voir point 74 de l'avis 1/13, précité.

⁷¹ Point 151 des conclusions de l'avocat général Wahl dans l'avis 3/15, ECLI:EU:C:2016:657.

⁷² Point 74 de l'avis 1/13 précité.

⁷³ Avis 2/91

⁷⁴ Points 119-126 de l'avis 3/15 précité.

63 TFUE, une compétence exclusive de l'Union en matière d'investissements indirects. Cette thèse a été écartée par la Cour, la jurisprudence AETR envisageant les règles communes au sens du droit dérivé, et la primauté des traités sur les actes adoptés sur leur fondement, ne permettant pas de considérer qu'un accord puisse porter atteinte à une règle de droit primaire⁷⁵.

- La troisième situation est celle où la compétence a été exercée mais *au plan externe* : l'accord conclu par l'Union peut comporter des règles communes susceptibles d'être affectées par des engagements internationaux de l'Union. Cette possibilité, avancée en doctrine⁷⁶, semble confirmée par la Cour dans l'avis 2/15, lorsqu'elle oppose les règles de droit primaire qui ne peuvent être affectées par des accords, aux autres actes adoptés sur le fondement des traités, en précisant « y compris les accords conclus par l'Union avec des Etats tiers »⁷⁷.

3. *Quelle est la portée de l'article 216, paragraphe 1, du traité FUE ? Quelle lecture les Etats membres font-ils de cette disposition, qui prévoit des compétences générales de l'Union de conclure des accords internationaux « lorsque les traités constitutifs le prévoient ou lorsque la conclusion d'un accord, soit est nécessaire pour réaliser l'un des objectifs visés par les traités, soit est prévue dans un acte juridique contraignant de l'Union européenne, soit encore est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée » ?*

3. Article 216 §1 TFUE

3-1. Portée de l'article 216, §1 TFUE. Avant le traité de Lisbonne, il n'existait aucune disposition générale prévoyant les cas où l'Union disposait d'une compétence pour conclure un accord externe. Les fondements de cette compétence devaient être recherchés dans les dispositions (éparses) des traités et dans la jurisprudence de la Cour. L'article 216 TFUE, placé en tête du titre V « Accords internationaux » de la nouvelle partie consacrée à l'action extérieure de l'Union, fait œuvre de rationalisation en « opérant la synthèse des textes, de la pratique et de la jurisprudence antérieurs (et en donnant) une base juridique générale à la compétence conventionnelle de l'Union »⁷⁸. Cette disposition, bien que la suggestion en ait été faite⁷⁹, ne constitue pas une base juridique des accords, au sens traditionnel de base procédurale et matérielle, et n'apparaît jamais dans les visas. L'article 216 §1 TFUE distingue quatre situations dans lesquelles l'Union peut conclure un accord, dissociant compétence externe expresse et compétence externe implicite. La formulation retenue n'est toutefois pas exempte d'ambiguïtés, surtout abordée en relation avec l'article 3 §2 TFUE.

- La première situation est *celle où les traités prévoient la conclusion d'un accord* : elle n'appelle pas de remarque particulière, si ce n'est que l'insertion d'une compétence externe dans les dispositions relatives aux politiques et actions internes de l'Union (troisième partie du TFUE) est loin d'être systématique et ne répond à aucune logique juridique apparente. La raison se situe au niveau politique, comme en témoigne le refus persistant des Etats de prévoir, à l'instar du traité CEEA, un parallélisme des compétences internes et externes, ou leur parcimonie à

⁷⁵ Points 233 à 235 de l'avis 2/15 précité.

⁷⁶ F. Elbacher, "Recent Case Law on External Competences of the European Union : How Can Member States Embrace Their Own Treaty", *CLEER Papers*, 2017/2, p. 27.

⁷⁷ Point 235 de l'avis 2/15 précité.

⁷⁸ C. Blumann et L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, précité, n° 236, p. 195.

⁷⁹ Points 44-45 des conclusions J. Kokott dans l'affaire C-137/12, Commission/Conseil, ECLI:EU:C:2015:729.

accepter la conclusion d'accords dans des domaines sensibles (ELSJ), voire leur opposition à la prévoir dans des domaines à fortes implications externes (énergie).

- A défaut de compétences expresses, l'article 216 §1 TFUE envisage d'autres sources de la compétence externe qui sont rassemblées dans un même « bloc ». L'Union a tout d'abord la possibilité de conclure un accord lorsque celui-ci « est nécessaire pour réaliser, dans le cadre des politiques de l'Union, l'un des objectifs visés par les traités ». Les termes utilisés font écho à la jurisprudence de la Cour relative aux compétences implicites : dans l'avis 1/76, elle a estimé que si la compétence interne existait mais n'avait pas été exercée, un accord pouvait néanmoins être conclu s'il s'avérait nécessaire pour réaliser l'un des objectifs du traité⁸⁰. Mais, on retrouve aussi dans l'article 216 §1 TFUE des termes proches de ceux de l'article 352 TFUE, relatif aux compétences supplétives (clause de flexibilité), confirmant les parentés entre compétences supplétives et compétences implicites⁸¹. Toutefois, comme il est aussi inconcevable de circonscrire l'article 216 TFUE aux seules les compétences supplétives⁸², que de ne pas tenir compte de la jurisprudence relative au critère de nécessité⁸³, il semble judicieux de se rallier à l'opinion de M. Blanquet pour qui les formules générales de l'article 216 §1 TFUE peuvent s'appliquer aux deux cas de figure⁸⁴. Cette lecture de l'article 216 §1 TFUE semble de plus en pleine adéquation avec son objet, à savoir le fondement de la compétence externe de l'Union, et non sa nature. Elle est toutefois fortement contestée par la France qui envisage la nécessité au prisme de la jurisprudence issue de l'avis 1/76.

- La deuxième hypothèse envisagée au titre des compétences implicites est celle où la conclusion d'un accord est prévue dans un acte contraignant de l'Union. La formulation, qui n'exige pas, comme pour l'article 3 §2 TFUE, un acte législatif, ouvre un champ de possibilités plus étendu : la clause habilitante peut être prévue par des actes dont l'adoption n'obéit pas à une procédure législative ou encore par des actes auxquels cette qualification ne s'applique pas⁸⁵. Elle pourrait également résulter d'un accord externe de l'Union. Quant à son insertion dans des actes d'exécution, elle n'est pas interdite mais semble hypothétique.

- La troisième hypothèse prévue au titre des compétences implicites est celle où la conclusion de l'accord est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée. L'identité des termes retenus dans cet article - concernant l'existence de la compétence - avec ceux de l'article 3 §2 TFUE relatif à sa nature prête le flanc à la critique. En effet, si une compétence existe sur cette base, elle est automatiquement exclusive et l'article 216 §1 TFUE n'a dans ce cas aucun effet utile. De plus, en entretenant la confusion entre existence et nature de la compétence, on anéantit les efforts entrepris par la Cour pour distinguer deux situations qui, ici, se superposent. L'interprétation des conditions d'affectation donnée au titre de l'article 3 §2 TFUE semble donc logiquement intégralement transposable à l'article 216 §1 TFUE⁸⁶.

⁸⁰ Avis 1/76 précité points 3 et 4.

⁸¹ Voir conclusions Tizzano dans les arrêts « ciel ouvert », ECLI:EU:C:2002:63, point 48, et, dans le contexte post-Lisbonne, les conclusions Szpunar dans l'affaire C-600/14, ECLI:EU:C:2017:296, point 106.

⁸² L'ordre d'examen des fondements de la compétence confirme ce point de vue, le recours aux compétences supplétives n'étant possible qu'à défaut de compétences spécifiques expresses ou implicites pour conclure un accord (voir avis 2/94 relatif à l'adhésion de la CE à la CEDH, ECLI:EU:C:1996:140, pt 28).

⁸³ Auquel il est également fait référence, bien qu'en des termes différents, dans l'article 3 §2 TFUE.

⁸⁴ M. Blanquet et G. Isaac, *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, 10ème édition, 2012, p. 259.

⁸⁵ Sur ces actes, voir C. Blumann et L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'UE* précité p. 364, n° 465.

⁸⁶ Voir conclusions précitées de l'avocat général Saugmandsgaard dans l'affaire C-687/15, points 49-50.

3-2. Lecture faite par la France de l'article 216 §1 TFUE.

Les éléments recueillis lors des entretiens font ressortir que l'attention de la France est focalisée sur le critère de nécessité prévu à l'article 216 §1 TFUE (deuxième hypothèse). Pour elle, le cœur du débat est le rapport entre cette disposition et l'article 3 §2 TFUE. Elle défend que, en dépit d'une rédaction différente, une même interprétation doit être donnée, dans les deux cas, de la nécessité, à savoir que l'Union dispose de la compétence pour conclure un accord « lorsque celui-ci est nécessaire pour lui permettre d'exercer sa compétence interne » (termes utilisés à l'article 3 §2 TFUE) et pas seulement, comme le prévoit l'article 216 § 1 TFUE, « pour réaliser l'un des objectifs visés par les traités ». Cette exigence renforcée assimile, comme dans le cas du risque d'affectation ou d'altération des règles communes, les situations prévues dans les deux articles. Il en résulte qu'il ne peut, là encore, exister de compétence partagée dans cette hypothèse, la satisfaction du critère de nécessité répondant à des conditions identiques : soit la compétence externe est exclusive, soit elle n'existe pas sur la base de l'article 216 §1 TFUE. Cette lecture «assimilatrice» de l'article 216 §1 TFUE nous semble toutefois contestable au regard de la lettre du traité et, aujourd'hui, de la jurisprudence de la Cour. Dans l'avis 2/15, les deux hypothèses ont été dissociées. Confrontée à la question de savoir si l'Union disposait d'une compétence externe exclusive en matière d'investissements autres que directs, la Cour a répondu par la négative, écartant les hypothèses d'exclusivité prévues à l'article 3 §1 TFUE. Mais, après avoir affirmé l'absence de compétence exclusive sur le fondement du critère de nécessité, la haute juridiction reconnaît « en revanche» qu'un accord sur de tels investissements «peut se révéler nécessaire pour réaliser dans le cadre des politiques de l'Union, l'un des objectifs visés par les traités, au sens de l'article 216 §1 TFUE»⁸⁷, à savoir la libre circulation des personnes, des services et des capitaux. La France a exprimé des réserves sur le raisonnement « inversé» suivi de façon inhabituelle par la Cour (examen de la nature de la compétence avant son existence). Sur le fond, la motivation est certes succincte et les termes prudents mais surtout, pour la France, le raisonnement de la Cour apparaît inabouti, celle-ci ne précisant pas les modalités d'exercice de la compétence partagée dans une telle situation. L'arrêt qui sera prononcé dans l'affaire C-600/14 devrait permettre de préciser l'interprétation de l'article 216 §1 TFUE. L'Allemagne, en l'espèce, conteste la compétence de l'Union pour arrêter les positions à prendre en son nom lors de la session de la commission de révision de l'OTIF, en ce qui concerne certaines modifications de la convention et de ses appendices. Le Conseil, soutenu par la Commission se prévaut pour justifier cette décision de la compétence « potentielle» dont jouit l'Union dans un domaine de compétence partagée ; des positions pourraient ainsi être établies dès lors qu'elles servent l'intérêt de l'Union, même s'il n'existe pas de règles communes relatives à la matière concernée⁸⁸. C'est cette situation de vide législatif, déjà présente dans l'avis 2/15, qui est particulière⁸⁹ et conduit à s'interroger sur le critère d'actualisation de la compétence potentielle. Abordant la question sous l'angle de la nécessité au sens de l'article 216 §1 TFUE, l'avocat général en défend une interprétation large, indépendante de celle du critère de nécessité visé à l'article 3 §2 TFUE. Il estime que, dans ce cas, « le critère de la nécessité pourrait même être vu comme une simple confirmation à caractère déclaratoire des principes de subsidiarité et de proportionnalité » et qu'il « sert avant

⁸⁷ Point 239 de l'avis 2/15 précité.

⁸⁸ Points 93 et 94 des conclusions Szpunar dans l'affaire C-600/14, précitées.

⁸⁹ Dans l'avis 1/13, la Cour examine l'existence de la compétence en lien avec la nécessité visée à l'article 216 §1 TFUE, mais en se référant à l'exercice de la compétence interne et au règlement n° 2201/2003, points 67-68.

tout à exclure une compétence externe de l'Union dans les cas où l'action externe de l'Union ne permet pas d'atteindre les objectifs du traité FUE»⁹⁰. Tel n'est pas le cas en l'espèce puisque les modifications litigieuses s'inscrivent, selon lui, dans la réalisation des objectifs de la politique des transports.

Cette notion de compétence potentielle est fortement contestée par la France, qui soutient l'Allemagne dans cette affaire, car elle remet en cause sa lecture de l'article 216 §1 TFUE et par voie de conséquence l'assimilation souvent faite à l'externe entre compétence et compétence exclusive. En consacrant la possibilité pour l'Union de conclure un accord sans que celui-ci procède pour autant de sa compétence exclusive, on reconnaît l'existence d'une compétence partagée entre l'Union et les Etats dans le domaine externe. En conséquence, si l'Union décide d'exercer sa compétence, l'accord devra en principe être conclu conjointement par l'Union et ses Etats membres, mais il pourrait l'être également par elle seule⁹¹. En effet, la situation de mixité, en cas de compétence partagée (ou parallèle) n'est pas inéluctable⁹² et le législateur pourrait en décider ainsi en vertu de son large pouvoir d'appréciation et sur la base du principe de subsidiarité qui, d'application générale, peut aussi jouer à l'externe⁹³.

4. *Considérez-vous qu'il y a un lien entre l'article 216 du traité FUE et l'article 3, paragraphe 2, du traité FUE ? Si oui, lequel ? Veuillez élaborer sur cette question.*

4 : Articulation entre les articles 216 §1 TFUE et 3 §2 TFUE

Ces dispositions ayant été analysées précédemment, sous un angle souvent comparatif, du point de vue de leur objet, de leur ordre d'examen, de leurs conditions de mise en œuvre et des configurations d'acteurs auxquelles peut aboutir la conclusion d'un accord, elles ne seront pas reprises ici.

⁹⁰ Points 101 et 102 des conclusions Szpunar précitées.

⁹¹ Situation inconcevable dans le cas où la mixité résulterait de la cohabitation au sein de l'accord de dispositions relevant d'une compétence réservée des Etats et de compétences (exclusives ou partagées) de l'Union.

⁹² Voir point 119 des conclusions précitées de l'avocat général Wahl dans l'avis 3/15 relatif au traité de Marrakech.

⁹³ I. Bosse-Platière, « L'application du principe de subsidiarité dans le cadre de l'action extérieure de l'Union européenne », in E. Neframi (dir.), *Constitutional Issues of EU External Action*, à paraître.

Chapitre 2

Questions en relation avec la négociation et la conclusion des accords internationaux (article 218 du traité FUE)⁹⁴

5. *Quelle est l'expérience des Etats membres sur l'interaction entre le négociateur /équipe de négociation et le comité spécial de l'article 218, paragraphe 4, du traité FUE ? Quelle est la position des Etats membres ? Quelle est la perception des Etats membres de la position des institutions de l'Union ?*

5. Négociations des accords internationaux : interaction entre le négociateur et le comité spécial de l'article 218 § 4 TFUE / positions et perception des Etats membres.

C'est au Traité de Maastricht que l'on doit la codification d'une pratique antérieure permettant au Conseil d'encadrer la Commission par la présence de comités spéciaux qu'elle doit consulter au cours de négociations des accords internationaux⁹⁵. Par la suite, le traité de Nice a renforcé le rôle du comité en matière de politique commerciale (comité 133) en prévoyant que la Commission devait lui faire « régulièrement rapport » de l'état d'avancement des négociations⁹⁶. Le traité de Lisbonne reprend, quant à lui, en son article 4 TFUE, ces éléments en tenant compte des modifications introduites aux paragraphes 2 et 3 de l'article 218 TFUE concernant le négociateur des accords. La France a toujours été très attentive, dans le cadre de la négociation et de la conclusion des accords, au respect de l'équilibre institutionnel prévu par le traité : on rappellera ainsi qu'elle a été à l'origine d'une des premières affaires dans laquelle la Cour a été amenée à préciser la répartition des pouvoirs entre la Commission et le Conseil⁹⁷ dans ce contexte. S'agissant plus précisément de l'interaction entre le négociateur (le plus souvent la Commission) et le comité spécial, celle-ci a été abordée par la CJUE dans son arrêt du 16 juillet 2015⁹⁸. La France dans cette affaire, à l'instar de la plupart des Etats intervenants au soutien du Conseil, a défendu la position selon laquelle l'article 218 TFUE ne prévoit aucune restriction à l'adoption des directives de négociation, celles-ci pouvant prévoir des modalités assez précises, tant procédurales que matérielles, de consultation du comité spécial par la Commission. Elle y voyait là une concrétisation du principe de coopération loyale entre les institutions consacrée par l'article 13 § 3 TFUE. La Cour donne partiellement raison au Conseil et aux Etats membres dans la mesure où elle valide, au nom du principe de coopération loyale, les « modalités procédurales régissant le processus d'information, de communication et de consultation entre le comité spécial et la Commission »⁹⁹. Mais parallèlement, elle considère que le Conseil ne peut, au nom du respect de l'équilibre

⁹⁴ Chapitre rédigé par Isabelle Bosse-Platière (questions 5 à 7) et Cécile Rapoport (questions 8 à 11).

⁹⁵ C. Flaesch-Mougin, « Le Traité de Maastricht et les compétences externes de la Communauté : à la recherche d'une politique externe de l'Union », *Cahiers de droit européen*, n° 3/4, 1993, pp. 351-398 ; A. De Walsche, « La procédure de conclusion des accords internationaux », in *Commentaire Mégret. Relations extérieures*, Ed. de l'ULB, 2005, pp. 77-111.

⁹⁶ E. Neframi, « La politique commerciale commune après le traité de Nice », *Cahiers de droit européen*, n° 5/6, 2001, pp. 605-646.

⁹⁷ C-327/91, *France / Commission*, Rec. 1994 I-3641 (ECLI:EU:C:1994:305).

⁹⁸ C-425/13, *Commission / Conseil*, ECLI:EU:C:2015:483. V. Michel, « Ouverture des négociations et équilibre institutionnel », comm. 359, *Europe*, oct. 2015, pp. 16-17.

⁹⁹ Idem, point 78.

institutionnel¹⁰⁰, établir et imposer à la Commission des « positions de négociations détaillées »¹⁰¹. Même si la position de la Cour est au final assez subtile¹⁰², elle est jugée par la France, comme étant assez équilibrée et constitutive d'un bon compromis entre la marge de manœuvre de la Commission au titre de l'article 17 TUE en tant que négociatrice des accords¹⁰³ et la nécessité, considérée comme essentielle, d'une implication des Etats au cours du processus de négociation, auquel ils ne participent pas et ce, afin de ne pas être « mis devant le fait accompli » au terme de la négociation.

La position française est assez critique sur la manière dont la Commission exécute son obligation de consultation à l'égard du comité spécial et considère que la communication des informations n'est pas optimale. Il peut ainsi arriver que la France soit mieux informée, de l'état d'avancement des négociations, directement par les Etats tiers avec lesquels elle entretient des liens étroits que par la Commission elle-même. Ont également été évoquées des transmissions tardives par la Commission de résultats intermédiaires de négociations avec un délai très court laissé aux membres du comité spécial pour réagir. A cet égard, la grande utilité d'un service comme le SGAE a été soulignée dans la mesure où il permet d'assurer l'unité de la position française dans la transmission des instructions aux membres des comités spéciaux. Il subsiste donc une marge d'amélioration de la relation entre la Commission et les comités spéciaux dans le cadre la procédure de négociation des accords externes, notamment en matière commerciale, qui devrait figurer dans les « modalités pratiques » envisagées par le point 40 de l'accord interinstitutionnel « Mieux légiférer »¹⁰⁴ et actuellement en cours de négociation.

6. *S'agissant de l'application provisoire des accords internationaux, quelle est la perspective des Etats membres sur la manière de déterminer les dispositions qui feront l'objet d'une application provisoire ? Le traité FUE prévoit une proposition par le négociateur, et une décision par le Conseil de l'Union européenne. Faudrait-il envisager la participation du Parlement européen, même si le traité FUE ne le prévoit pas ? Si oui, sous quelle forme ?*

6. Application provisoire des accords internationaux

6-1. Tout d'abord, la *question de la détermination du champ de l'application provisoire*¹⁰⁵ d'un accord externe se pose en termes différents selon qu'il s'agit d'un accord signé par l'Union

¹⁰⁰ F. Finck, « L'évolution de l'équilibre institutionnel de l'UE sous le prisme des relations extérieures depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne », *RTD. Eur.* 2012, pp. 594 et suiv.

¹⁰¹ *Idem*, point 90.

¹⁰² I. Bosse-Platière, « A la lumière des principes d'équilibre institutionnel et de coopération loyale, la Cour précise – trop ? – subtilement la marge de manœuvre de la Commission dans la négociation des accords internationaux », *RTD. Eur.* janv.-mars 2016, pp. 4-6.

¹⁰³ I. Bosse-Platière, « Les pouvoirs de la Commission en matière d'action extérieure : surmonter le repli institutionnel par l'optimisation fonctionnelle ? », in J. Auvret-Finck (dir.), *La Commission européenne en voie de redynamisation ?*, Pédone, 2017, pp. 163-192.

¹⁰⁴ JOUE 2016 L 23, p. 1. Le point 40 de l'accord stipule que « Les trois institutions reconnaissent qu'il importe de veiller à ce que chaque institution puisse exercer ses droits et remplir ses obligations dans le cadre de la négociation et de la conclusion d'accords internationaux, tels qu'ils sont consacrés dans les traités et interprétés par la CJUE ».

¹⁰⁵ Sur l'application provisoire, voir C. Flaesch-Mougin et I. Bosse-Platière, « L'application provisoire des accords de l'Union européenne », in I. Govaere, E. Lannon, P. Van Elsewege, S. Adam, *The European Union in the World. Essays in Honour of Marc Mareceau*, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, pp. 293-323.

seule ou, cas plus fréquent, d'un accord mixte. Dans la première hypothèse et sauf cas particulier, l'intégralité de l'accord est appliquée provisoirement, ce qui ne pose pas de difficulté particulière pour les Etats membres. En revanche, la situation est plus délicate s'agissant des accords signés conjointement par l'UE et ses Etats membres. A cet égard, il ressort des différents entretiens conduits que la France semble défendre la position de principe selon laquelle le champ de l'application provisoire devrait être limité aux seules compétences exclusives de l'Union européenne. La pratique est plus nuancée et empreinte de pragmatisme, en fonction des intérêts en cause,¹⁰⁶ puisque certains accords mixtes sont mis intégralement en application provisoire, y compris pour les dispositions relevant des compétences des Etats membres, retenues ou partagées avec l'UE¹⁰⁷. La décision du Conseil constitutionnel français relative à l'AECG¹⁰⁸ ne renseigne guère sur la position française à cet égard : il ne se prononce pas sur l'étendue de l'application provisoire mais se borne à constater que, dès lors qu'elles ne portent que sur des domaines relevant des compétences exclusives de l'UE, les dispositions concernées n'affectent pas les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Néanmoins, cela signifierait *a contrario* que si l'accord portait sur des domaines relevant de compétences partagées entre l'UE et ses Etats membres, *a fortiori* de compétences des Etats membres, il pourrait y avoir une telle atteinte

Lors des entretiens, il a également été avancé que l'application provisoire des accords externes est susceptible de soulever un problème au regard du droit constitutionnel français. La technique de l'application provisoire ne serait en effet pas compatible avec l'article 53 de la Constitution française du 4 octobre 1958¹⁰⁹. Plus précisément, c'est la dernière phrase de cette disposition, en vertu de laquelle les accords « *ne prennent effet qu'après avoir été ratifiés ou approuvés* » qui serait problématique puisque l'application provisoire d'un accord, si elle ne permet pas son entrée en vigueur, entraîne naturellement sa « prise d'effet ». Cette position, qui n'est pas partagée par la totalité de nos interlocuteurs, interroge à plus d'un titre. Tout d'abord, elle n'est pas conforme à la longue pratique de mise en application provisoire des accords externes de l'UE qui n'a pas, jusqu'à une date récente, suscité de débats d'ordre constitutionnel en France, pas plus dans les institutions qu'en doctrine. En outre, le Conseil constitutionnel n'a pas été interpellé sur cette question par les députés auteurs de la saisine et il ne l'aborde donc pas dans sa décision AECG. Cet argument est apparu récemment dans le contexte difficile de la négociation des nouveaux accords de libre-échange avec l'Amérique du Nord. Dès lors, il semble surtout obéir à des considérations politiques et n'a pas forcément vocation à être exploité. Enfin, il n'est pour autant pas totalement dénué de fondement ni d'intérêt, car il pose incidemment la question de savoir sur quoi porte exactement la ratification nationale d'un accord mixte. En effet, si l'on considère que la ratification porte sur la totalité de l'accord, la « prise d'effet » anticipée de certaines de ses dispositions peut effectivement poser un problème au regard de l'article 53 de la Constitution. En revanche, si l'on considère que formellement la ratification couvre bien la totalité de l'accord mais que

¹⁰⁶ C'est le cas, par exemple, des accords de transports aériens. Voir L. Gard, « Ciel ouvert » entre l'Union européenne et les Etats-Unis. Enfin ! Déjà ? Bientôt... », *RMCE* 2009, n° 526, p. 145-153.

¹⁰⁷ C. Flaesch-Mouglin et I. Bosse-Platière, « L'application provisoire... », préc., spéc. pp. 311-317.

¹⁰⁸ Décision 2017-749 DC du 31 juillet 2017, préc.

¹⁰⁹ Il prévoit que « *Les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'Etat, ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire, ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi. Ils ne prennent effet qu'après avoir été ratifiés ou approuvés* ».

matériellement, elle ne porte que sur les dispositions relevant des compétences des Etats membres (partagées avec l'UE ou retenues)¹¹⁰, la mise en application des dispositions relevant des compétences exclusives de l'UE n'affecterait pas les dispositions constitutionnelles nationales. C'est notamment ce qui pourrait être déduit de la position retenue par le Conseil constitutionnel s'agissant de l'AECG, lorsqu'il détermine l'étendue de son contrôle au regard de la répartition des compétences respectives des Etats membres et de l'Union¹¹¹. Ceci dit, la position du Conseil constitutionnel est plus subtile puisqu'il réserve l'hypothèse d'une mise en cause par les stipulations de l'accord relevant des compétences exclusives de l'UE d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France¹¹².

6-2. S'agissant ensuite de la *procédure d'adoption de la décision de signature et d'application provisoire* d'un accord, il est patent que l'article 218 § 5 TFUE ne prévoit pas, en l'état, l'implication du Parlement européen. Ce dernier bénéficie uniquement d'un droit à une information pleine et immédiate à ce « stade de la procédure », conformément à l'article 218 § 10 TFUE, ce qui lui permet, par le biais d'une résolution d'initiative, d'exprimer ses vues, voire ses réserves, sur la conclusion future de l'accord. Cette situation héritée des traités antérieurs n'est guère satisfaisante d'un point de vue démocratique compte tenu, d'une part, du caractère de plus en plus fréquent du recours à l'application provisoire d'accords comportant des enjeux sociétaux importants et d'autre part, de l'extension du champ de l'approbation parlementaire pour leur conclusion.

Même si le Parlement européen conteste, de longue date, son manque d'implication lors de l'adoption de la décision d'application provisoire d'un accord externe¹¹³, cette question ne semble pas à l'ordre du jour des discussions en cours sur la concrétisation des « modalités pratiques » envisagées par le point 40 de l'accord interinstitutionnel « Mieux légiférer »¹¹⁴. Selon la France, une telle question excéderait le cadre de ces discussions, voire dépasserait la lettre du traité. Il n'est donc pas question de prévoir une implication du Parlement européen à ce stade de la procédure. Certes, la France ne s'est pas opposée à la pratique inaugurée avec l'accord de libre-échange avec la Corée du sud¹¹⁵ et consistant à décaler le début de l'application provisoire, de manière à donner ainsi au Parlement européen le temps d'approuver l'accord¹¹⁶. Mais il ne semble pas question de l'inscrire dans les « modalités pratiques » précitées. Il semble que les réflexions actuellement en cours en France, concernant le cas spécifique des accords de libre-échange susceptibles d'être mixtes, portent davantage

¹¹⁰ Voir les conclusions Sharpston relatives à l'avis 2/15 préc, spéc point 568. Elle considère que si le refus d'un Etat membre de ratifier un accord est lié aux stipulations relevant des compétences exclusives de l'UE, cet Etat violerait le droit de l'UE.

¹¹¹ Points 12 à 15 de la décision du Conseil constitutionnel préc.

¹¹² *Idem*, point 14.

¹¹³ G. Garzon-Clariana, « L'application provisoire des accords internationaux de la Communauté », in P. Demaret, I. Govaere, D. Hanf, *30 ans d'études juridiques européennes au Collège d'Europe. Liber Professorum 1973-2003*, 2005, P. Lang, pp. 479-492.

¹¹⁴ JOUE 2016L 23, p. 1.

¹¹⁵ Décision du Conseil relative à la signature, au nom de l'Union européenne, et à l'application provisoire de l'accord de libre-échange entre l'UE et ses Etats membres d'une part et la République de Corée d'autre part, JOUE 2011 L 127, p. 1.

¹¹⁶ Voir C. Flaesch-Mougin, I. Bosse-Platière, « L'application provisoire des accords externes », *op. cit.*, pp. 306-309.

sur une meilleure transparence et implication du parlement français¹¹⁷ au stade de la négociation des accords¹¹⁸.

7. *Quid de l'application provisoire en cas de non-ratification par un Etat membre d'un accord mixte ? Cette application doit-elle prendre fin ? Si oui, convient-il de renégocier un accord que l'Union européenne conclurait seule avec l'Etat tiers ?*

7. Conséquences sur l'application provisoire de la non-ratification par un Etat membre d'un accord mixte

En principe, compte tenu du caractère globalisant de la mixité¹¹⁹ et dans le cas où un accord ne peut entrer définitivement en vigueur, il devrait y avoir cessation anticipée de l'application provisoire, notamment si un Etat membre n'est pas en mesure de ratifier l'accord¹²⁰. Par analogie, cette situation s'est produite à plusieurs reprises, s'agissant d'accords conclus par l'UE seule, suite à un refus d'approbation d'un accord par le Parlement européen¹²¹. A chaque fois, le Conseil a adopté une décision mettant fin à l'application provisoire de l'accord¹²². La situation ne devrait pas nécessairement être différente dans le cas où l'impossibilité pour un accord mixte d'entrer en vigueur découle de la volonté d'un Etat membre. D'un point de vue théorique, il faudrait donc faire cesser l'application provisoire de manière anticipée, ce qui impliquerait, parallélisme des formes oblige, l'adoption par le Conseil d'une décision mettant fin à l'application provisoire sur le fondement de l'article 218 § 5 TFUE. C'est d'ailleurs ce que prévoit le texte même de certains accords¹²³. En conséquence, cela pourrait conduire à une renégociation de l'accord en tenant compte des motivations pour lesquelles l'Etat a rejeté la ratification de l'accord. Dans la déclaration n° 20 inscrite au procès-verbal du Conseil parallèlement à l'adoption des décisions de signature et de mise en application provisoire de l'AECG¹²⁴, il est précisé que l'impossibilité pour un Etat de procéder à la ratification de l'accord – pour des raisons constitutionnelles internes - doit faire l'objet d'une « notification officielle par le gouvernement de l'Etat concerné » et devra conduire à une dénonciation de l'application provisoire., sans autre précision. Bien que la déclaration se réfère aux procédures de l'UE, elle n'exclut pas qu'une telle dénonciation soit aussi le fait des Etats. Par ailleurs, il ressort des entretiens que la France ne serait pas hostile à ce qu'une telle déclaration soit généralisée ou au moins aux accords de libre-échange comportant des enjeux sociétaux importants. Quoiqu'il en soit, il ne semble pas y avoir réellement de réflexion dans les instances décisionnelles en France sur les conséquences de la non-ratification d'un accord mixte.

¹¹⁷ Mise en œuvre du CETA : Plan d'action du gouvernement, 25 octobre 2017, spéc. p. 5. <http://www.gouvernement.fr/partage/9656-aecgceta-plan-d-action-du-gouvernement>.

¹¹⁸ Voir *infra* question 11.

¹¹⁹ Affaire 181/73, *Haegeman*, ECLI:EU:C:1974:41

¹²⁰ Voir E. Neframi, *Les accords mixtes de la Communauté européenne. Aspects communautaires et internationaux*, Coll. Thèses, Bruylant, 2007, 711 p.

¹²¹ Ce fut le cas pour l'accord SWIFT entre l'UE et les Etats-Unis que le PE refusa d'approuver le 11 février 2010 (P7_TA(2010)0029) et pour un protocole à l'accord UE-Maroc fixant les possibilités de pêche qui a fait l'objet d'un refus d'approbation le 14 décembre 2011 (P7_TA(2011)0569).

¹²² Par exemple, la décision du Conseil abrogeant la décision relative à la signature et l'application provisoire du protocole entre l'UE et le Maroc fixant les possibilités de pêche, JOUE 2012 L 6, p. 1.

¹²³ Voir, par exemple, l'article 30.7 c) de l'AECG UE-Canada. La référence aux « parties » dans cette disposition pose la question de savoir si, du point de vue européen, cela concerne l'Union seule ou également ses Etats membres.

¹²⁴ JOUE 2017L 11, p. 15.

S'agissant, par exemple, de l'AECG qui a fait l'objet de nombreux débats citoyens, l'hypothèse d'un refus de ratification par l'Assemblée nationale et le Sénat n'est pas sérieusement envisagée et toutes les initiatives visant à s'opposer à l'application provisoire de l'accord ont échoué¹²⁵. Certains interlocuteurs semblent cependant considérer que l'application provisoire ne concernant que des domaines relevant des compétences exclusives de l'UE et le parlement national ne se prononçant que sur les aspects relevant des compétences nationales (réservées ou partagées avec l'UE), le refus de ratification n'affecterait donc pas ces compétences. Il serait alors possible d'en maintenir l'application jusqu'à ce qu'une solution commune soit trouvée. C'est également ce qu'on pourrait déduire de la position retenue par le Conseil constitutionnel s'agissant de l'AECG¹²⁶.

En pratique, la question des conséquences du refus par un Etat membre de ratifier un accord mixte déjà mis en application provisoire devrait se régler de manière essentiellement politique, sans forcément conduire à une cessation de l'application provisoire de l'accord, ainsi qu'en atteste le traitement des conséquences du référendum consultatif organisé aux Pays-Bas s'agissant de l'accord d'association UE-Ukraine¹²⁷ et les perspectives d'une non-ratification de l'accord par cet Etat. En pratique, les exemples tirés de l'accord d'association UE-Ukraine ou de la position des parlements belges à l'égard de l'AECG témoignent d'une prise en compte politique en amont d'un risque de refus de ratification par un Etat membre, afin d'éviter une telle situation. On peut néanmoins imaginer que le traitement politique d'un refus de ratification par un Etat membre pourrait être sensiblement différent en fonction du contexte juridique national, selon que le refus découle d'un vote parlementaire ou d'une décision d'une Cour constitutionnelle nationale. Dans le premier cas, le traitement politique serait plus aisé alors que, dans le second, une solution constitutionnelle nationale devrait vraisemblablement être trouvée. Au regard du droit constitutionnel français, c'est d'ailleurs ainsi que l'on peut interpréter, au sein de la déclaration n° 20 précitée s'agissant de la dénonciation de l'application provisoire de l'AECG, la condition du caractère « définitif » de l'échec de la ratification de l'accord¹²⁸. En effet, aux termes de l'article 54 de la Constitution, une décision d'inconstitutionnalité prononcée par le Conseil constitutionnel ne conduit pas à un échec définitif du processus de ratification mais ouvre la voie à une révision constitutionnelle. Tout dépend des motivations ayant présidé à la non-ratification de l'accord mixte mais la référence au caractère définitif de l'échec permet d'envisager un laps de temps au cours duquel une solution politique ou constitutionnelle pourrait être trouvée.

¹²⁵ Voir les propositions de résolution européenne n° 4071 rejetée par l'Assemblée nationale le 23 octobre 2016 et n° 862, rejetée par la commission compétente du Sénat le 13 octobre 2016.

¹²⁶ Voir la réponse à la question précédente.

¹²⁷ Voir décision des chefs d'Etat ou de gouvernement réunis au sein du Conseil relative à l'accord d'association UE-Ukraine, annexée aux conclusions du Conseil européen, doc. EUCO 34/16, 15 décembre 2016, pp. 9-11. A. Hervé, « Les résistances des Etats membres au développement des relations conventionnelles de l'UE : quels enseignements tirer de la conclusion de l'accord UE-Canada et de l'accord d'association UE-Ukraine ? », *RTD. Eur.*, janv.-mars 2017, pp. 119-123.

¹²⁸ En vertu de cette déclaration, c'est « si la ratification de l'AECG échoue de façon définitive suite à une décision prononcée par une Cour constitutionnelle » que l'application provisoire doit être dénoncée.

8. *S'agissant de la procédure d'approbation par le Parlement européen, quelle interprétation donner à l'article 218, paragraphe 6, lettre a), iii) accords créant un cadre institutionnel spécifique en organisant des procédures de coopération, et iv) accords ayant des implications budgétaires notables pour l'Union européenne ?*

8. Approbation du PE et interprétation de l'article 2018 § 6, a) TFUE

L'entrée en vigueur du traité de Lisbonne a fait évoluer de manière importante l'équilibre institutionnel en matière conventionnelle, particulièrement s'agissant de l'implication du Parlement européen. Comme par le passé ce dernier est selon les accords, simplement informé (accord PESC), consulté ou donne son approbation préalablement à la conclusion des accords de l'Union. Toutefois, les hypothèses d'approbation sont en pratique devenues les plus fréquentes. Ceci tient tout d'abord à la quasi-généralisation de la procédure législative ordinaire pour l'adoption des actes internes qui, par le jeu de l'article 218, § 6, lettre a), v), généralise mécaniquement l'approbation parlementaire, plaçant sous l'égide de cette procédure des domaines de l'Union pour lesquels la conclusion d'accords est fréquente comme en matière commerciale ou d'ELSJ. L'utilité de l'article 218, § 6, lettre a), iii) et iv) s'en trouve fortement réduite, aucun accord n'ayant été conclu sur le fondement de ces dispositions depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. La jurisprudence relative à l'interprétation de ces dispositions est donc à la fois rare et ancienne de même que la doctrine afférente.

A notre connaissance, il n'y a pas de jurisprudence de la Cour spécifiant d'éventuels critères permettant de déterminer si un accord remplit la condition posée par le paragraphe 6, lettre a), iii). Cette disposition ne pose pas de difficulté particulière. Il est en effet possible d'établir si un accord crée un cadre institutionnel en recherchant en son sein la présence d'organes conjoints et leur capacité à adopter des actes juridiques, contraignants ou non. Dans un grand nombre de cas, de tels organes sont créés pour la gestion d'accords qui, en raison de leur nature (associative ou commerciale par exemple), remplissent d'autres critères permettant de justifier la procédure d'approbation. Par exemple, les hypothèses susceptibles de relever du paragraphe 6, lettre a), iv) concernaient souvent des accords de pêche, lesquels requièrent désormais une approbation sur le fondement du paragraphe 5, lettre a), v) sans qu'il soit nécessaire d'établir l'existence d'« implications budgétaires notables », notion dont l'interprétation a été précisée par la Cour en 1999. L'interprétation de cette disposition n'a pas été soumise de nouveau à la Cour depuis l'arrêt *Parlement européen c/ Conseil* du 8 juillet 1999¹²⁹.

9. *Les cas de suspension de l'application des accords internationaux sont décidés par le Conseil de l'Union, sur proposition de la Commission européenne ou du Haut représentant. Quelle est l'appréciation générale faite par les Etats membres de l'application de cette disposition du traité FUE ? Y a-t-il des remarques particulières à formuler par rapport aux cas de suspension récents ?*

9. Suspension des accords externes

A notre connaissance, il n'y a pas d'application faite par le Conseil seul¹³⁰ de la possibilité, prévue par le traité, de suspendre un accord. Cette mesure politiquement forte est en outre

¹²⁹ CJCE, 8 juillet 1999, *Parlement européen / Conseil*, aff. C-189/97, ECLI:EU:C:1999:366.

¹³⁰ Décision du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres, réunis au sein du Conseil, portant suspension de l'application des accords entre la Communauté européenne, ses États membres et la République socialiste fédérative de Yougoslavie, JOCE 1991 L 315, p. 47.

source d'insécurité juridique pour les situations individuelles établies sous l'empire de l'accord. Ces éléments expliquent sans doute que l'Union préfère « geler » le dialogue politique institué dans le cadre d'un accord, par exemple en suspendant les réunions régulières des éventuelles instances créées par l'accord ou les sommets bilatéraux¹³¹. Il arrive parfois que des propositions de résolution d'initiative du Parlement européen relatives à la suspension d'un accord externe soient présentées. Plus rarement, il a pu arriver qu'une résolution soit effectivement votée par le Parlement européen¹³² sans toutefois que ce vote engendre la moindre proposition de la part de la Commission européenne. On relèvera qu'en France, des propositions de résolution européenne relatives à la suspension de certains accords externes de l'Union ont ponctuellement été déposées sans toutefois être adoptées, ni susciter un écho auprès du gouvernement français¹³³.

La doctrine, notamment française¹³⁴, relève que la décision de suspension est laissée aux mains du Conseil et qu'il n'y a pas eu d'évolution des traités sur cet aspect touchant la mise en œuvre d'accords en vigueur. Pourtant comparativement, le Parlement européen joue désormais un rôle important dans la procédure de conclusion des accords externes, soit en les approuvant, ce qui est désormais le cas le plus fréquent, soit en donnant un avis consultatif préalable à la conclusion par le Conseil. Ainsi, il n'y a pas de parallélisme des formes, l'amélioration de la position du Parlement européen en matière d'accord externe s'en trouvant relativisée. La rédaction de l'article 218, § 9 TFUE surprend dans la mesure où le Parlement européen se fait généralement le défenseur du respect des droits de l'homme et des principes démocratiques qui constituent le cœur des clauses éléments essentiels insérées de manière désormais quasi-systématique dans les accords externes de l'Union. Il apparaît par conséquent comme une institution tout à fait à même de débattre de la question.

Pour la doctrine française, cette rupture de parallélisme des formes opérée par l'article 218, § 9 TFUE est également problématique s'agissant de l'absence d'intervention du Parlement européen dans la procédure de détermination de la position de l'UE dans les instances créées par les accords internationaux (question 10). Ceci semble d'autant plus vrai que la pratique consistant à doter les accords externes d'un cadre institutionnel incluant des organes conjoints dotés d'un pouvoir de décision favorise le développement de l'accord. Ayant valeur conventionnelle, ces développements produisent parfois un effet direct dans l'ordre juridique de l'Union sans passer par la procédure conventionnelle de droit commun dans laquelle le Parlement européen approuve ou, a minima, est consulté. Cette réalité rend difficile l'exercice par le Parlement européen de son pouvoir d'approbation puisqu'il prend position sur un texte dont il n'est pas en mesure d'anticiper tous les développements, particulièrement lorsqu'il

¹³¹ Tel est par exemple le cas actuellement dans les relations UE-Russie. Aucun sommet UE-Russie ne s'est tenu depuis 2014, les instances conjointes de l'accord de partenariat et de coopération qui juridiquement régit toujours les relations UE-Russie ne s'étant pas davantage réunies.

¹³² Voir par exemple la résolution du Parlement européen pour la suspension de l'accord SWIFT (P7_TA(2013)0449) et la résolution du Parlement européen pour la suspension de l'accord d'association UE-Israël du 10 avril 2002.

¹³³ Voir par exemple la proposition de résolution européenne n°1644 du 5 mai 2009 relative à la suspension de l'accord d'association avec Israël.

¹³⁴ I. Bosse-Platière, « Le Parlement européen et la procédure de conclusion des accords internationaux », in *Le Parlement européen après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne*, J. Auvret-Finck (dir.), Larcier, Bruxelles, 2013, 273 p., pp. 79-107, C. Flaesch-Mougin, « Le Parlement européen et les accords externes de l'Union européenne en 2008 : réalités et fictions anticipatrices », *ADE*, 2008, pp. 588-598.

s'agit par exemple d'un accord d'association, d'un accord de libre-échange incluant un mécanisme de convergence règlementaire, ou d'un accord de partenariat et de coopération. A cet égard, le point 40 de l'accord interinstitutionnel « mieux légiférer »¹³⁵ ne semble pas d'un grand secours puisqu'il n'envisage pas explicitement la question de la mise en œuvre des accords. En outre, la négociation des « modalités pratiques en matière de coopération et d'échange d'informations » semble être limitée à la question de l'information du Parlement européen dans la conduite des négociations, c'est à dire en amont de la conclusion de l'accord.

10. *Le traité FUE prévoit la procédure à suivre pour établir les positions à prendre au nom de l'Union européenne dans une instance créée par un accord international. Y a-t-il eu des exemples de décisions contestées et/ou discutées au niveau national qui n'ont pas été contestées devant la Cour de justice ?*

10. Etablissement des positions à prendre au nom de l'UE dans une instance créée par un accord

Les entretiens menés avec des agents de l'administration française n'ont pas permis d'établir pleinement si des décisions contestées au niveau national n'ont pas été contestées devant la Cour de justice. En revanche, on peut relever que la République française est partie intervenante dans plusieurs affaires relatives à l'application de l'article 218, § 9 TFUE s'agissant de la détermination des positions à prendre au nom de l'Union. L'objet de ces interventions concerne chaque fois l'étendue de la compétence de l'Union. L'intervention de la France vise à faire état de l'existence de domaines de compétences réservées pouvant justifier l'adoption d'une position de l'Union au moyen d'un acte hybride¹³⁶ voire l'absence même de prise de position de l'Union¹³⁷.

En dehors des cas d'intervention de la France devant la Cour, il demeure possible que, pour des raisons de stratégie contentieuse ou dans le souci de ne pas affaiblir politiquement la position exprimée dans l'instance internationale concernée, la France n'ait pas jugé utile d'exprimer publiquement son désaccord avec une position adoptée par l'Union. Une telle hypothèse paraît réaliste au regard des multiples désaccords susceptibles d'apparaître lors de la mise en œuvre de l'article 218, § 9 TFUE. En effet, outre les questions de compétence et leurs incidences sur l'imputabilité de la position adoptée à l'Union seule¹³⁸, des désaccords apparaissent parfois s'agissant de la base juridique fondant la position. Quoique n'affectant pas la situation du Parlement européen, exclu de la procédure, ni même en principe¹³⁹ les modalités de vote au Conseil, la base juridique est en revanche susceptible d'affecter le champ d'application territorial de la décision prise par l'instance internationale lorsqu'elle concerne l'ELSJ. La forme de l'acte ayant servi à établir la position de l'Union pourrait également

¹³⁵ Voir *supra*, note 104.

¹³⁶ Dans l'affaire C-687/15 préc., la France estime que l'adoption de la position au moyen de « conclusions » n'est pas contraire aux traités dans la mesure cet acte doit s'analyser comme un acte hybride permettant d'accueillir une position exprimée au nom de l'Union et de ses Etats membres. V. pointt. 70 et s. des conclusions préc.

¹³⁷ Dans l'affaire pendante C-600/14 préc.

¹³⁸ Pour une illustration récente, voir le recours C-659/16, *Commission/ Conseil*.

¹³⁹ C-81/13, *Royaume-Uni / Conseil*, ECLI:EU:C:2014:2449, point 66. On signalera toutefois une tentative récente de contourner cette lecture par l'adjonction d'une base juridique PESC (art. 31 TUE) à l'origine de l'affaire C-244/17.

constituer un sujet de désaccord, l'article 218, § 9 TFUE n'imposant pas le recours à une décision¹⁴⁰. Plus largement l'applicabilité même de l'article 218, § 9 TFUE peut faire débat¹⁴¹.

11. *En vertu de l'article 218, paragraphe 11, du traité FUE, le Parlement européen est immédiatement et pleinement informé à toutes les étapes de la procédure de négociation et de conclusion des accords internationaux. Comment les Etats membres perçoivent-ils cette obligation ? Quid du rôle des parlements nationaux et/ou régionaux ?*

11. Obligation d'information pleine et immédiate du PE (art. 218 §11 TFUE)

11. 1. Comment les Etats membres perçoivent-ils cette obligation ?

La position de la France s'agissant de l'obligation d'information du Parlement européen est d'appliquer strictement l'article 218, § 10, TFUE tel qu'interprété par la Cour de justice. Ceci implique plusieurs choses pour la France. Tout d'abord, l'obligation ne vaut que pour les accords au sens du droit international et ne saurait s'étendre à d'autres instruments (actes concertés non conventionnels, décisions unilatérales relatives à un Etat tiers...). A cet égard, il ressort clairement des entretiens conduits que les discussions actuellement menées par la Commission, le Parlement et le Conseil en application du point 40 de l'accord interinstitutionnel « mieux légiférer », et visant à déterminer les modalités pratiques¹⁴² de leur coopération, sont strictement limitées à la question de l'échange d'informations relatives aux accords. Ensuite, la France comprend de la jurisprudence de la Cour que le respect de l'obligation d'information du Parlement européen au sens de l'article 218 § 10 TFUE implique la transmission d'informations de manière proactive¹⁴³. Ceci révèle à notre sens une différence entre l'obligation d'informer et l'obligation de donner sur demande accès à certains documents.

S'agissant de l'étendue de l'obligation, la France tend à considérer que la Cour exige la transmission au Parlement européen de tout ce qui n'est pas préparatoire. A cet égard la question de la transmission des directives de négociation fait débat. Il semblerait que le Conseil ne soit pas favorable à une telle transmission. La Commission ayant par ailleurs annoncé qu'elle entendait publier de manière plus systématique ses recommandations de directives de négociation, il reste à déterminer si les directives effectivement adoptées par le Conseil seront également transmises au Parlement européen. Dans une telle hypothèse, il conviendrait alors

¹⁴⁰ Voir C-687/15 préc.

¹⁴¹ Tel est le cas lorsque l'Union n'est pas partie à l'accord dont l'instance est invitée à se prononcer. Tel est également le cas lorsque les actes devant être adoptés par l'instance internationale ne produisent pas d'effet juridique. V. C-399/12, *République fédérale d'Allemagne / Conseil*, ECLI:EU:C:2014:2258 ; I. Bosse-Platière, « Position de l'Union dans une instance créée par un accord : la Cour consacre une interprétation très extensive de l'article 218, §9, TFUE », *RTD Eur.*, n°1/2015.

¹⁴² Ces modalités pratiques n'ont pas vocation à présenter un caractère contraignant, le Conseil s'opposant notamment à les formaliser d'une manière qui s'apparenterait à l'accord-cadre Parlement européen / Commission d'octobre 2010 dont il avait d'ailleurs dénoncé l'adoption. V. C. Rapoport, « Aménager les procédures ou s'arranger avec les procédures ? A propos du nouvel accord-cadre Parlement européen / Commission », *Revue de l'Union européenne*, n°550, juillet-août 2011, p. 461-468.

¹⁴³ On relèvera ainsi que l'intervention la République française au soutien du Conseil dans l'affaire C-658/11 ne portait pas sur l'étendue de l'obligation d'information mais uniquement sur le rattachement à la PESC du transfert de personnes suspectées d'actes de piraterie. Par ailleurs, la France n'était pas partie intervenante dans l'affaire C-263/14 à l'occasion de laquelle la Cour a précisé l'interprétation de l'article 218, § 10 TFUE relative à l'obligation d'information du Parlement européen.

de déterminer l'étendue des bénéficiaires de cette transmission et les conditions de préservation de la confidentialité des informations transmises (possibilité de transmission orale ?).

La France (et sans doute d'autres membres du Conseil) reste vigilante¹⁴⁴ à ce que le respect du droit à l'information du Parlement européen ne conduise pas *de facto* à lui reconnaître un droit d'être consulté. Pour cette raison, il importe que le Conseil n'ait pas à tenir compte des éventuels avis exprimés par le Parlement européen suite aux informations transmises. Concrètement, cela signifie par exemple que le Conseil n'a pas à respecter un délai minimal entre la transmission d'une information sur un résultat intermédiaire de la négociation et l'adoption par lui d'une position. La seule obligation posée par les traités est relative au caractère immédiat de la transmission de l'information. Pour les personnes interrogées, la signification de l'exigence d'une transmission « immédiate » au sens de l'article 218, § 10 TFUE pourrait d'ailleurs nécessiter une clarification¹⁴⁵.

Par ailleurs, les discussions en cours pour déterminer les modalités pratiques de la collaboration institutionnelle entre le Parlement européen, la Commission et le Conseil ne rejaillissent pas particulièrement sur la relation du gouvernement français avec l'Assemblée nationale ou le Sénat.

11. 2. *Quid du rôle des parlements nationaux et/ou régionaux ?*

Si l'amélioration de la position institutionnelle du Parlement européen dans le processus de conclusion des accords et l'obligation de l'informer à toutes les étapes de la procédure n'a pas eu d'incidence directe sur l'information de l'Assemblée nationale et du Sénat, les deux chambres du parlement français disposent incontestablement d'une information accrue et d'une capacité d'expression sur les négociations des accords externes de l'Union européenne. En effet, d'une part, les parlements nationaux sont depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne destinataires d'un grand nombre de documents transmis à la fois par la Commission européenne et par le gouvernement français. D'autre part, l'expression parlementaire nationale est multiforme. Elle prend la forme d'une résolution européenne lorsqu'une des deux chambres destine sa prise de position au gouvernement. Elle peut également s'inscrire dans le cadre du dialogue politique entre les chambres et la Commission européenne et prendre la forme d'un avis politique de la commission chargée des affaires européennes d'une chambre adressé directement à la Commission européenne.

Dans le champ particulier de la politique commerciale, le parlement français a directement profité du « phénomène TTIP », cet accord ayant généré une demande inégalée de transparence sur le déroulement des négociations. Dans le cadre de la négociation de cet accord, le Sénat français¹⁴⁶ avait par exemple demandé au gouvernement français « [d']agir auprès des institutions européennes pour mettre fin au manque de transparence caractérisant les négociations des accords [CETA et TTIP], et avait fait état de son souhait que soit permis

¹⁴⁴ La Commission retient une approche différente puisqu'elle s'est engagée, dans l'accord-cadre de 2010 à tenir compte des positions exprimées par le Parlement européen.

¹⁴⁵ La Cour n'exclut pas que « dans certaines circonstances, une information délivrée au Parlement au terme d'un délai de quelques jours puisse être qualifiée d'« immédiate » ». Voir C-263/14, *Parlement européen / Conseil*, ECLI:EU:C:2016:435, point. 82.

¹⁴⁶ Sénat français, résolution européenne n° 57 du 3 févr. 2015 sur le règlement des différends entre investisseurs et Etats dans les projets d'accords commerciaux entre l'Union européenne, le Canada et les Etats-Unis.

« aux parlements nationaux d'avoir un accès aux documents de négociation qui soit identique à celui offert au Parlement européen ».

Certains membres de l'Assemblée nationale et du Sénat siègent au comité de suivi stratégique de la politique commerciale mis en place par le Gouvernement français à partir de 2014. Cette instance se compose de représentants des organisations non gouvernementales, des syndicats et fédérations professionnelles, des parlementaires européens, des députés et sénateurs français. Sans être une instance destinataire d'informations privilégiées, ce comité constitue un lieu de rencontre et d'échange des points de vue. Permettant notamment aux représentants de la société civile de dialoguer directement avec le ministre compétent¹⁴⁷, les parlementaires présents y prennent connaissance des échanges entre le gouvernement et la société civile sur les questions commerciales. Les travaux de ce comité ont vocation à se poursuivre au-delà du TTIP. Ils devraient porter tant sur les négociations commerciales bilatérales de l'UE que sur les négociations multilatérales, notamment dans le cadre de l'OMC.

La négociation du TTIP a également généré une demande d'accès des parlementaires nationaux aux documents de négociation de nature confidentielle. Sur la base des modalités d'accès prévues par le COREPER en décembre 2015, les Etats membres ont mis en place des salles de lecture accessibles à certains fonctionnaires de l'administration d'Etat ainsi qu'aux parlementaires nationaux. En France la consultation se fait dans une salle sécurisée au Secrétariat général des affaires européennes (SGAE). De même, la Commission européenne a délivré des informations dans des salles sécurisées de ses représentations permanentes dans les Etats membres. Dans la plupart des cas, les documents disponibles dans les salles sécurisées étaient en langue anglaise, ce qui a pu poser des difficultés à certains parlementaires ne maîtrisant pas suffisamment cette langue et devant consulter la documentation sur place. Les personnes interrogées s'accordent pour relever que le dispositif mis en place à l'occasion de la négociation du TTIP n'a pas connu d'équivalent pour les autres négociations commerciales en cours, que ce soit de la part du gouvernement ou de la part de la Commission européenne.

¹⁴⁷ Lors de sa création, l'interlocuteur gouvernemental du comité était le Secrétaire d'Etat au commerce extérieur. Il semblerait désormais que les travaux du comité soient rattachés au ministère des affaires étrangères.

Chapitre 3 Effets juridiques des accords internationaux¹⁴⁸

12. *Y a-t-il une jurisprudence nationale relative à l'application et/ou à l'interprétation d'accords internationaux conclus uniquement par l'Union européenne ou d'accords mixtes qui n'ont pas été à l'origine de renvois préjudiciels ? Y a-t-il une jurisprudence nationale relative à la contestation d'accords internationaux conclus uniquement par l'Union européenne ou d'accords mixtes, sans qu'il y ait eu de renvois préjudiciels en interprétation de validité ? Dans l'affirmative, donner un bref résumé de ces affaires.*

12. Jurisprudence nationale relative à l'application et/ou à l'interprétation d'accords internationaux

12. 1. En l'absence de renvoi préjudiciel. Cela a été le cas dans l'arrêt *Société air Algérie* prononcé par le Conseil d'Etat français (CE) en 2012¹⁴⁹. En l'espèce, la société Air Algérie soutenait que la directive 2008/101/CE¹⁵⁰, transposée par une ordonnance du 21 octobre 2010 et le décret attaqué¹⁵¹, méconnaissait les stipulations de la convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques et du protocole à cette convention signé à Kyoto, qui posent le principe d'une action concertée des parties contractantes et de la prise en compte des spécificités des pays en voie de développement dans le cadre de l'élaboration d'un système de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans le secteur du transport aérien. Après avoir indiqué que l'UE était partie à ces deux accords internationaux, le CE a énoncé que la Cour de justice de l'UE (CJUE) est la juridiction compétente pour apprécier l'invocabilité de leurs dispositions. Un renvoi préjudiciel n'a pourtant pas été opéré suite à une application de la théorie de l'acte clair issue de l'arrêt *Cilfit*¹⁵². Le CE s'est à cette fin référé à l'arrêt *ATAA*¹⁵³ à l'occasion duquel la CJUE a décliné l'effet direct du paragraphe 2 de l'article 2 du protocole de Kyoto. La CJUE ne s'était en revanche pas prononcée sur l'effet direct de l'article 2 de la Convention des Nations Unies sur le changement climatique. Mais le CE a estimé que le défaut d'effet direct de cette stipulation ne soulevait pas de doute sérieux, celles-ci n'édictant selon lui aucune obligation claire et précise. S'il est effectivement permis de douter que la CJUE eût reconnu l'effet direct de la stipulation en cause, il reste qu'aucune jurisprudence ne le certifie et qu'elle reste en principe compétente pour décider du fait que la Convention des Nations Unies sur le changement climatique ne crée pas de droits dont les particuliers peuvent se prévaloir en justice devant les juridictions de l'Union. Il convient à ce titre de veiller à ce que le CE ne s'appuie pas abusivement sur la théorie de l'acte clair pour écarter l'invocabilité d'accords internationaux conclus par l'UE dans l'ordre juridique français. Pour revenir à l'examen de la conventionalité de la directive 2008/11 et du décret la transposant, le débat se clôt par une application classique de la jurisprudence *Foto Frost*¹⁵⁴. Le CE conclut qu'en

¹⁴⁸ Chapitre rédigé par Jean-Félix Delile

¹⁴⁹ CE, 6 décembre 2012, *Société Air Algérie et International Air Transport Association*, n° 347870, *Leb.*, p. 398.

¹⁵⁰ Directive 2008/101/CE modifiant la directive 2003/87/CE afin d'intégrer les activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, *JOUE* 2009 L 8, pp. 3-21.

¹⁵¹ Décret n°2011-90 du 24 janvier 2011 portant intégration des activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, *JORF* 2011 n° 20, p. 1464.

¹⁵² Affaire 283/81, *CILFIT*, ECLI:EU:C:1982:335.

¹⁵³ C-366/10, *ATAA*, ECLI:EU:C:2011:864.

¹⁵⁴ C-314/85, *Foto-Frost*, ECLI:EU:C:1987:452

conséquence du défaut d'effet direct des stipulations invoquées, un renvoi préjudiciel en appréciation de validité est inutile dès lors que la société Air Algérie ne pourrait utilement soutenir que la directive 2008/101/CE en méconnaîtrait les termes.

12. 2. *Jurisprudence relative à la contestation d'accords internationaux sans renvoi préjudiciel*

Il n'y pas, à notre connaissance, une telle jurisprudence

13. *Quelle appréciation les Etats membres font-ils de la jurisprudence récente de la Cour de justice relative à l'effet direct d'accords internationaux ? Y a-t-il eu des discussions particulières au niveau national en lien avec cette jurisprudence ?*

13. **Interprétation de la jurisprudence de la CJUE relative à l'effet direct des accords ?**

Le CE français s'est progressivement rapproché des positions de la CJUE, ce qui semble témoigner d'une adhésion du Palais Royal à la jurisprudence de la CJUE relative à l'effet direct. Ce rapprochement a été entériné lors de l'arrêt *GISTI et FAPIL* de 2012 à l'occasion duquel le CE a jugé qu'une stipulation peut être jugée d'effet direct lorsque « eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité, ainsi qu'à son contenu et à ses termes, elle n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre États et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers »¹⁵⁵. La haute juridiction administrative a ainsi abandonné le critère rédactionnel qu'elle employait auparavant pour se prononcer sur l'effet direct des traités afin de s'aligner sur la méthode téléo-systématique employée par la CJUE, alors même que l'UE ne participait pas à l'accord invoqué *in casu*¹⁵⁶. Le CE français a sur ce point suivi les conclusions de son rapporteur public Gaëlle Dumortier qui exprimaient la nécessité d'aligner la jurisprudence du CE sur celle de la CJUE en matière d'effet direct pour ne pas laisser perdurer un double régime d'invocabilité des accords internationaux en contentieux administratif français, selon que le traité invoqué ait été conclu par l'UE ou non¹⁵⁷. La Cour de cassation s'est également référée à la jurisprudence de la CJUE pour statuer sur l'invocabilité d'accords mixtes conclus avec la Turquie et l'Algérie, ce qui témoigne d'une prise en considérations de celle-ci¹⁵⁸.

Il convient toutefois de souligner que de manière générale, la subordination de l'invocabilité à l'effet direct telle qu'elle résulte de la jurisprudence de la CJUE et du CE français a été critiquée et reste critiquée dans les doctrines organique¹⁵⁹ et académique¹⁶⁰. De nombreux

¹⁵⁵ CE, ass., 11 avril 2012, *GISTI et FAPIL*, n° 322326.

¹⁵⁶ J.F. Delile, *L'invocabilité des accords internationaux devant la CJUE et le CE français*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 239-245.

¹⁵⁷ G. Dumortier, « L'effet direct des accords internationaux », *RFDA*, 2012, p. 547.

¹⁵⁸ Cass., ass. plén., 5 avril 2013, *Rachid X*, n° 11-17.520, *Bull. civ.*, n° 2 (accord UE Algérie) ; Cass., ass. plén., 5 avril 2013, *Tékin X*, n° 11-18.947 *Bull. civ.*, n° 3 (décision 3/80 du Conseil d'association CEE-Turquie).

¹⁵⁹ R. Abraham, « Les effets juridiques, en droit interne, de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant », conclusions sur CE, 23 avril 1997, *GISTI, R.F.D.A.*, 1997, pp. 585-597 ; G. Dumortier, « L'effet direct des conventions internationales », conclusions sur CE, ass., 11 avril 2012, *GISTI et FAPIL*, n° 322326, *R.F.D.A.*, 2012, pp. 547-559 ; Y. Aguila, « L'effet direct des Conventions internationales : une nouvelle grille d'analyse », *A.J.D.A.*, 2012, pp. 729-732.

¹⁶⁰ D. Alland, « L'application du droit international considéré du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame ? », *R.G.D.I.P.*, 1998, pp. 203-244 ; M. Gautier, « L'effet direct des conventions internationales », *R.F.D.A.*, 2012, pp. 560-572 ; C. Santulli, « Chronique de droit administratif et droit international », *RFDA* depuis

auteurs considèrent en effet que la primauté du droit conventionnel dans l'ordre juridique français issue de l'article 55 de la Constitution devrait fonder le droit de se prévaloir de toute norme conventionnelle pour contester la légalité d'un acte juridique législatif ou infra-législatif. Leur raisonnement est, en définitive, en tout point similaire à celui développé par la suite par l'Avocat général Jääskinen à l'occasion de l'affaire *Stichting Natuur* à propos de l'invocabilité des accords internationaux devant la CJUE¹⁶¹. La subordination de l'invocabilité à l'effet direct qui résulte de la jurisprudence de la CJUE et du CE français suscite donc un certain malaise au sein des juridictions françaises dès lors que certaines obligations conventionnelles s'en trouvent privées de toutes conséquences juridiques.

Par ailleurs, et pour relativiser la portée de notre premier propos, une partie des magistrats administratifs officiant au sein de tribunaux administratifs ou de Cours administrative d'appel ignore la jurisprudence de la Cour relative à l'effet direct des accords internationaux. Les magistrats sont destinataires de veilles de jurisprudence de la CJUE produites par le Conseil d'Etat et par le centre de diffusion et de recherche juridique. Or aucune information ne leur a par exemple été transmise par ces biais à propos de la jurisprudence *Stichting Natuur*¹⁶² de 2015 qui était pourtant d'un intérêt considérable sur la question de l'effet direct. Les accords conclus par l'UE dont ils ont le plus régulièrement à connaître sont les accords bilatéraux conclus avec la Turquie, l'Algérie, la Tunisie et le Maroc, ainsi que la Convention d'Aarhus. Mais l'admission ou non de l'effet direct des stipulations de ces conventions est, dans les faits, plus tributaire de l'ouverture au droit extranational du magistrat saisi que de la jurisprudence pertinente de la Cour de justice. Certains magistrats sont ouverts au droit de l'UE et vont appliquer la jurisprudence de la Cour ou celle du Conseil d'Etat qui s'en fait le relais, d'autres pourront par simple réticence à l'application du droit extranational décliner l'effet direct dudit accord. En dehors du Conseil d'Etat, il existe donc un réel problème d'aléa dans la mesure où l'application du droit conventionnel dépend en pratique moins du droit positif des opinions du juge saisi.

Hors la question de l'effet direct, la jurisprudence de la CJUE relative à l'invocabilité des accords internationaux n'est de surcroît pas intégralement suivie par le CE lui-même. La haute juridiction administrative ne pratique en effet pas l'interprétation conforme que la CJUE exige lorsque sont invoquées des stipulations conventionnelles dépourvues d'effet direct¹⁶³. Le CE a ainsi pu explicitement refuser d'interpréter le droit français à la lumière de règles conventionnelles en raison de leur défaut d'effet direct¹⁶⁴. L'exercice de l'interprétation conforme paraît en définitive réservé aux hypothèses où une redéfinition de la substance du droit national – prenant en considération le droit de l'UE et de la Cour européenne des droits de l'homme – est la seule alternative à son invalidation ou à la sanction internationale de l'Etat¹⁶⁵. Cette approche de l'interprétation conforme, consistant à l'appréhender comme une

2008 ; J. Matringe, « Note sur Conseil d'Etat, 11 avril 2012, « Note sur CE, 11 avril 2012, *Gisti et Fapil* », *R.G.D.I.P.*, 2012, pp. 936-944 ; M. Gautier, « L'effet direct des conventions internationales », *R.F.D.A.*, 2012, pp. 560-572H. Tigroudja, « Le juge administratif et l'effet direct des engagements internationaux », *R.F.D.A.*, 2003, pp. 154-168.

¹⁶¹ C-401/12 P, à C-403/12 P, *Vereniging Milieudéfensie* conclusions N. Jääskinen, ECLI:EU:C:2014:310.

¹⁶² C-404/12 P et C-405/12 P, *Conseil / Stichting Natuur en Milieu et Pesticide Action Network Europe*, ECLI:EU:C:2015:5.

¹⁶³ C-61/94 *Commission / République Fédérale d'Allemagne*, ECLI:EU:C:1996:313 ; C-240/09, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, ECLI:EU:C:2011:125.

¹⁶⁴ CE, 8 décembre 2000, *Commune de Breil-sur-Roya*, n° 204756, *Leb.*, p. 581.

¹⁶⁵ CE, sect., 3 juillet 1998, *Bitouzet*, n° 158592, *Leb.*, p. 288 ; CE, sect., 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux-Conseil des barreaux européens*, n°296845 et 296907, *Leb.*, p. 129,

alternative à l'invalidation, semble exclure les stipulations conventionnelles sans effet direct de son champ d'application, ce qui les condamne pour l'instant à rester sans effet, même indirects, devant les juridictions administratives françaises. Le juge judiciaire a de son côté exceptionnellement pris en considération des normes internationales dépourvues d'effet direct pour dégager son interprétation du droit interne¹⁶⁶, mais cette pratique reste erratique et n'a en aucun cas été érigée au rang d'obligation par la Cour de cassation¹⁶⁷.

14. *Y a-t-il actuellement des actions en manquement introduites par la Commission européenne contre les Etats membres pour non-respect des engagements internationaux qui lient l'Union européenne ? Si oui, donner un bref résumé de ces actions.*

14. Actions en manquement introduites par la Commission européenne contre les Etats membres pour non-respect des engagements internationaux qui lient l'UE ?

Oui, un avis motivé a été publié par la Commission dans le cadre d'une procédure de manquement visant la France pour violation de l'accord EEE¹⁶⁸. La Commission a demandé à la France de modifier certaines dispositions relatives à la méthode de calcul de l'impôt sur le revenu des personnes physiques. Les contribuables résidant en France qui perçoivent une partie de leurs revenus dans un autre Etat membre de l'Espace économique européen ne peuvent pas bénéficier des mêmes avantages fiscaux que ceux accordés pour les revenus perçus en France. Le contribuable ne peut pas non plus bénéficier d'un remboursement ou d'un report des crédits d'impôts pour des revenus provenant de sources étrangères lorsque le particulier est déficitaire. En maintenant ces dispositions, la France méconnaît les articles de l'accord EEE qui concernent la libre circulation des travailleurs, le droit d'établissement et la libre circulation des capitaux.

15. *Quelles mesures de contrôle sont prises par les Etats membres en vue de veiller au respect des accords internationaux qui lient l'Union européenne, en dehors du rôle de la Commission européenne en tant que*

15. Mesures de contrôle prises par les Etats

A notre connaissance, il n'y a pas en France de mesure de contrôle spécifique visant à assurer le respect des accords externes qui lient l'UE.

¹⁶⁶ Interprétation à la lumière de la Charte sociale européenne: Cass., Soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107 ; Cass., Soc., 19 sept. 2012, n° 11-19.016 ; Cass., Soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107 ; interprétation à la lumière d'une Résolution du Conseil de sécurité : Cass., Civ. 1^{re}, 25 avr. 2006, *Dumez GTM (SA) c. Etat irakien*, n° 02-17-344.

¹⁶⁷ S. El Boudouhi, « Le juge interne, juge de droit commun du droit international ? Etat des lieux de l'invocabilité du droit international conventionnel en droit interne », *RFDA*, p. 571.

¹⁶⁸ Infraction n°20134287, avis motivé disponible à l'adresse qui suit : http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-17-1935_FR.htm

Chapitre 4 Commerce et protection des investissements¹⁶⁹

16. *Quelle devrait être la portée de la notion de politique commerciale commune depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne ? Quelles sont les vues des Etats membres relativement aux investissements étrangers directs ? La notion comprend-t-elle aussi les investissements portfolio ? quid des accords dans le domaine des transports ? Est-ce que l'ensemble de l'accord TRIPs entre dans la notion de politique commerciale commune ?*

16. Portée de la politique commerciale commune

La France a considéré jusqu'à l'avis 2/15 de la Cour de justice, publié en mai 2017, que la politique commerciale commune, si elle relevait bien d'une compétence exclusive de l'Union européenne, ne s'étendait pas pour autant au domaine des investissements étrangers autres que directs, en particulier aux investissements de portefeuille, ainsi qu'aux accords affectant les transports (y compris les services liés à ces transports tels que par exemple les services de maintenance et de réparation dans le secteur du transport aérien). S'agissant des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, la France considérait que ces derniers relevaient bien de la politique commerciale commune visée au titre de l'article 207 TFUE à l'exception toutefois des droits ne relevant pas directement du commerce. Dans le cadre de l'avis 2/15, la France faisait ainsi partie des États membres qui soutenaient que le chapitre 11 de l'accord de libre-échange négocié entre l'UE et Singapour couvrait également des aspects non commerciaux de la propriété intellectuelle au motif que son article 11.4 renvoie, au sujet des droits d'auteur et des droits voisins, à des conventions multilatérales qui comportent des dispositions relatives aux droits moraux.

L'avis 2/15¹⁷⁰ a cependant largement répondu à ces interrogations en précisant la portée exacte de la politique commerciale commune. Bien que plusieurs interlocuteurs contactés regrettent le raisonnement soutenu par la Cour dans l'avis 2/15 et étaient davantage en phase avec le raisonnement de l'Avocat général, en particulier sur l'application de la doctrine AETR, la France n'entend pas remettre en cause les solutions dégagées par la Cour de justice. Pour autant, l'avis 2/15 rendu à propos de l'ALEUES n'affecte pas selon nos interlocuteurs la nature partagée de la compétence dans le domaine des transports. En outre, si la coopération réglementaire, telle qu'elle est prévue dans le cadre du CETA (chapitre 21) pourrait au regard de l'avis 2/15 être rattachée à la politique commerciale, certains interlocuteurs estiment que la mise en place d'un mécanisme de coopération réglementaire qui permettrait, à terme, de prendre des décisions contraignantes pour les parties aux accords de libre-échange dans le domaine de leurs réglementations techniques, ne relèverait plus alors de la sphère de la politique commerciale.

¹⁶⁹ Chapitre rédigé par Alan Hervé

¹⁷⁰ M. Dony, « L'avis 2/15 de la Cour de justice : un jugement de Salomon ? », *RTD. Eur.* 2017, juill.-sept. 2017, pp. 525-554.

17. *Comment les Etats membres voient-ils la relation entre les accords bilatéraux d'investissement et les accords conclus par l'Union européenne en la matière?*

17. Relation entre les accords bilatéraux d'investissement et les accords conclus par l'UE

La France a accepté d'adopter le Règlement (UE) n° 1219/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 établissant des dispositions transitoires pour les accords bilatéraux d'investissement conclus entre des États membres et des pays tiers qui précise largement cette articulation¹⁷¹. Dès lors que l'Union en vient à négocier avec un pays tiers un accord de protection des investissements, la France s'abstiendra de toute démarche similaire, de même qu'elle acceptera que l'accord négocié par l'Union prévoie lui-même la terminaison de l'accord bilatéral qui la liait éventuellement avec le partenaire (comme c'était le cas dans l'accord de libre-échange négocié avec Singapour).

La France n'a cependant pas pour projet de dénoncer les accords qui la lient actuellement à des pays tiers, de même qu'elle a pu, au titre du règlement 1219/2012, obtenir l'autorisation de négocier de nouveaux accords avec des pays tiers. Le Parlement français a ainsi, le 30 juin 2016, approuvé un accord de protection réciproque des investissements signé en 2014 entre les gouvernements français et colombien¹⁷². Selon certains interlocuteurs de l'administration française, spécialisés sur les questions d'investissement, il est par ailleurs envisageable qu'un nouveau modèle français d'accord de protection des investissements étrangers soit élaboré dans un avenir proche. Ce nouveau modèle conventionnel pourrait s'inspirer de la nouvelle approche défendue par le gouvernement français et aujourd'hui la Commission en matière de protection des investissements étrangers (juridiction en lieu et place des arbitres, mécanisme d'appel, reconnaissance du *policy space* pour les pouvoirs publics de l'Union et de ses États membres, notamment dans la définition de l'expropriation indirecte...).

Du point de vue français, le risque d'un « *treaty shopping* » de la part des investisseurs étrangers sera en tout état de cause écarté dès lors que, du fait de l'application du Règlement (UE) n° 1219/2012, il ne devrait pas exister à terme de concurrence entre les accords conclus par l'Union et les États membres. Cette réponse ne couvre pas toutefois l'hypothèse spécifique des accords de protection des investissements conclus entre États membres de l'Union, dont la compatibilité avec le droit de l'Union est actuellement en cause dans plusieurs affaires en cours d'instance devant la Cour de justice de l'UE (v. notamment CJUE, Affaire C-284/16, *République Slovaque c. Achmea*).

18. *Quelle est la position des Etats membres sur le mécanisme de règlement des différends en matière de protection des investissements dans la nouvelle génération d'accords de libre-échange envisagés avec les partenaires de l'Union (CETA, TTIP, etc.)?*

18. Position des États membres sur le mécanisme de règlement des différends en matière de protection des investissements dans les nouveaux ALE?

La France, avec l'Allemagne, est directement à l'origine de la « nouvelle approche » aujourd'hui promue par la Commission dans le domaine de la protection des investissements

¹⁷¹ JOUE 2012 L 351, p. 40.

¹⁷² <https://co.ambafrance.org/Accord-protection-reciproque-des-investissements>.

étrangers. C'est notamment Mathias Fekl, secrétaire d'État au commerce extérieur de septembre 2014 à avril 2017, qui a insisté pour que la Commission renégocie la version initiale du CETA et en particulier la section F de son chapitre 8 consacré au règlement des différends investisseurs/États (ISDS¹⁷³). La France a ainsi conditionné son soutien au CETA à une révision en profondeur de l'ISDS.

En lieu et place des arbitres nommés par les parties aux différends, la France a ainsi soutenu la mise en place d'un Tribunal compétent en la matière, composé de juges nommés de façon permanente par les parties à l'accord. La France appuie aussi la création d'un système d'appel et soutient la création d'une Cour multilatérale sur l'investissement. La nouvelle majorité issue des élections présidentielles et législatives n'a pas fait évoluer à cet égard la position précédemment défendue par le gouvernement français, ce que plusieurs interlocuteurs issus de l'administration centrale et de la représentation de la France auprès de l'UE nous ont confirmé. La France soutient notamment la Commission dans son souhait actuel de renégocier le chapitre investissement du projet d'accord de libre-échange UE/Singapour. Elle est globalement satisfaite du chapitre sur l'investissement contenu dans le projet d'accord UE/Vietnam et a soutenu la proposition présentée le 12 novembre 2015 par la Commission européenne dans le cadre des négociations du TTIP¹⁷⁴.

Elle ne souhaite pas, en particulier, que la Commission renonce à mettre en place ces dispositifs de protection des investissements dans les accords commerciaux de l'Union (voir ci-dessous).

19. *Quelle est la position des Etats membres au sujet de la responsabilité de l'Union et des Etats membres résultant d'une violation desdits accords?*

19. Position des États membres au sujet de la responsabilité de l'Union et des États membres résultant d'une violation desdits accords ?

Les personnes contactées au sein de l'administration française (Trésor, ministère des affaires étrangères) n'ont pas réellement fait état d'une position officielle sur cette question. Elles ont simplement rappelé l'existence de règles prévues tant au titre du règlement (UE) n° 912/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 établissant un cadre pour la gestion de la responsabilité financière liée aux tribunaux de règlement des différends entre investisseurs et États mis en place par les accords internationaux¹⁷⁵ auxquels l'UE est partie, que des dispositions pertinentes des accords de libre-échange négociés avec le Canada, Singapour et le Vietnam.

Nos interlocuteurs ont certes reconnu qu'en dépit des règles existantes, certains cas pourraient s'avérer problématiques (ainsi par exemple, le cas où la mesure nationale mise en cause par l'investisseur étranger apparaît comme une mesure de transposition d'une règle de l'Union européenne). Mais à ce stade, la réflexion n'a pas été davantage développée, faute de cas concrets qui permettraient de tester le fonctionnement des règles existantes.

¹⁷³ Investor State Dispute Settlement.

¹⁷⁴ http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf.

¹⁷⁵ JOUE 2014 L 257 pp. 121-134.

20. *Conformément à l'article 207, paragraphe 1, dernière phrase, la politique commerciale commune est menée dans le cadre des principes et objectifs de l'action extérieure de l'Union européenne. Quelle est la relation de cette disposition avec l'article 21 du traité UE ? Quelles sont les vues des Etats membres sur ce sujet?*

20. Relation entre l'article 207 § 1 dernière phrase et l'article 21 TUE (principes et objectifs de l'action extérieure). Vues des États membres sur ce sujet.

Il n'existe pas réellement de position officielle de la France sur cette question qui s'est cependant posée à la Cour de justice lors de l'affaire *Front Polisario*. Dans le cadre du pourvoi contre l'arrêt du Tribunal, la France a alors soutenu la Commission et le Conseil qui estimaient en effet que les principes figurant à l'article 21 du TUE, et notamment la promotion et le soutien des droits fondamentaux devraient être pris en considération par le Conseil lors de la conduite des relations extérieures de l'Union, tout en pouvant être mis en balance avec d'autres principes et objectifs, en vertu du large pouvoir d'appréciation reconnu à cette institution. Ainsi, en pratique, la situation des droits de l'homme dans un pays tiers devrait être regardée comme une question d'ordre politique pouvant conduire le Conseil à faire usage des clauses de surveillance prévues par les accords internationaux conclus par l'Union, une fois ces accords entrés en vigueur. En revanche, le respect des droits de l'homme ne constituerait ni un élément devant faire l'objet d'un examen préalable à la négociation et à la conclusion d'un accord, ni une exigence de fond conditionnant la conclusion d'un accord international¹⁷⁶. Il n'est pas évident cependant que cette position soit celle que la France défendrait de façon générale dans d'autres affaires ou d'autres instances.

Pour le reste, des interlocuteurs ont tenu à souligner le fort soutien de la France à l'existence de dispositions et de chapitres relatifs au développement durable qui permettent de faire le lien entre les questions commerciales d'une part, et le respect des droits sociaux et de l'environnement d'autre part. La France serait même prête à renforcer ces dispositifs en les rattachant par exemple à un système de règlement des différends davantage contraignant que celui actuellement prévu dans le cadre des accords de libre-échange (le CETA ou l'ALE UE/Singapour se limitant pour l'heure à un mécanisme spécifique qui émet de simples recommandations pour les parties à l'accord et écarte en cette matière les procédures bilatérales de règlement des différends normalement applicables au titre de ces accords¹⁷⁷).

21. *Quelle est la perspective des Etats membres sur la procédure de négociation et de conclusion des accords internationaux en matière de politique commerciale commune ? Y a-t-il des aspects particuliers de cette procédure qu'ils souhaiteraient commenter de manière spécifique ? La négociation et la conclusion des accords mentionnés à l'article 207, paragraphe 4, alinéas 2 et 3, du traité FUE, lesquels nécessitent une décision à l'unanimité au sein du Conseil, appellent-elles des remarques et observations spéciales de la part des Etats membres ?*

21. Procédure de négociation et de conclusion des accords internationaux en matière de politique commerciale commune

Plusieurs fonctionnaires français spécialisés dans les questions commerciales ont exprimé des critiques à l'égard du processus actuel de négociation des accords commerciaux. L'un des

¹⁷⁶ Point 248 des conclusions de M. Wathelet dans l'affaire *Front Polisario*, C-104/16 P, ECLI:EU:C:2016:677.

¹⁷⁷ Voir par exemple l'article 23.10 du CETA.

principaux points d'achoppement concerne la question des directives de négociation dont la Commission aurait tendance à s'affranchir trop facilement et sans rendre suffisamment compte aux États membres et au Conseil de l'avancée des négociations autrement que par des comptes rendus généraux formulés dans le cadre du comité pour la politique commerciale, et dont le contenu est déjà largement connu et publié. La plus grande transparence affichée par la Commission, qui se manifeste notamment par la publication des directives de négociation et celle des positions de négociation de la Commission – dans le cadre du TTIP – ne s'accompagne ainsi pas nécessairement d'une meilleure information délivrée aux membres du Conseil.

À l'heure où nous écrivons ces lignes, une vaste réflexion est menée par les autorités françaises concernant les suites et les conséquences de l'avis 2/15 sur la politique commerciale commune en général, et le devenir des négociations des accords commerciaux bilatéraux en particulier. L'une des principales interrogations concerne la position à adopter quand à une éventuelle séparation à venir des négociations (couramment appelé le « *split* ») selon que celles-ci porteront sur des domaines de compétence exclusive ou partagée. Cette éventualité ressort en particulier des nouveaux projets de directives de négociation d'accords de libre-échange avec la Nouvelle-Zélande et l'Australie déposés par la Commission en septembre 2013, où ne figurent ni la question du règlement des différends investisseurs/États ni celle de la protection des investissements autres que directs¹⁷⁸. Les autorités françaises s'interrogent ainsi sur l'opportunité de négocier des accords qui se contenteraient d'évoquer la libéralisation des seuls investissements directs sans prévoir de règlement des différends investisseurs/États et pourraient alors être conclus par l'Union seule et, d'autre part, des accords de protection des investissements, incluant les investissements autres que directs et l'ISDS, et seraient alors des accords mixtes.

Certains interlocuteurs craignent encore que la Commission ne parvienne plus à défendre, dans le domaine de la protection des investissements et des mécanismes de règlement des différends investisseurs/États, la nouvelle approche introduite dans l'accord CETA. En effet, dans l'hypothèse d'une négociation séparée d'accords sur la protection des investissements, l'Union pourrait moins facilement imposer à ses partenaires sa nouvelle approche en matière d'investissement, dès lors que l'accès au marché de l'Union permis par les autres dispositions commerciales ne serait plus mis en balance dans la négociation. En somme, le fait de négocier plusieurs accords distincts selon que ces derniers portent sur le commerce ou l'investissement pourrait conduire à affaiblir l'Union en tant que négociatrice. Plus largement, la France paraît souhaiter que les accords commerciaux négociés par l'Union s'enrichissent à l'avenir de nouveaux chapitres qui pourraient justifier le caractère mixte de ces accords. Il en irait ainsi notamment, selon nos interlocuteurs, du fait de l'introduction de règles intéressant la fiscalité ou encore la lutte contre la corruption. La France ne souhaite pas en conséquence que l'avis 2/15 conduise à réduire le contenu des accords commerciaux mais au contraire que ceux-ci dépassent au besoin les questions purement commerciales pour aborder des questions prioritaires pour les États membres et l'Union.

¹⁷⁸ Recommandations de décisions du Conseil autorisant l'ouverture de négociations en vue d'un accord de libre-échange avec l'Australie, COM (2017) 472 final et la Nouvelle Zélande, COM (2017) 469 final, 13 sept. 2017.

Outre cette crainte d'un appauvrissement du contenu substantiel des accords de libre-échange, la France redoute les conséquences procédurales de l'exclusivité. Ainsi, dans l'hypothèse où les accords négociés à l'avenir en viendraient à ne couvrir que des domaines relevant de la politique commerciale et de compétences exclusives, il apparaît assez probable selon nos interlocuteurs que l'unanimité ne puisse être maintenue lors de la phase de signature et de conclusion des accords. Autrement dit, il existe ainsi une crainte manifeste que la négociation d'accords relevant de la compétence exclusive de l'Union ne conduise à terme à mettre la France en minorité à l'heure de conclure lesdits accords. Curieusement, aucun des juristes contactés dans l'administration centrale et la représentation permanente de la France auprès de l'UE ne défend l'idée selon laquelle l'unanimité pourrait s'imposer dès lors que les accords de libre-échange contiendraient des dispositions « *pour lesquelles l'unanimité est requise pour l'adoption de règles internes* » (conformément à ce que prévoit l'article 207 § 4 al. 2) TFUE).

Nos interlocuteurs sont par ailleurs en partie satisfaits de la mixité des accords commerciaux, qui assure notamment à chacun des États membres une possibilité de s'opposer à la signature et à la conclusion de l'accord au cas où ses intérêts apparaîtraient menacés. Ils sont néanmoins aussi conscients que, dans une Europe à 28, et même à 27, la mixité ralentit considérablement le processus de négociation de ces accords, ce qui est là aussi susceptible à terme d'affecter les intérêts des États membres et ils ne souhaitent pas que se reproduise l'imbroglio provoqué par la signature et la conclusion du CETA en octobre 2016. Mais en tout état de cause, nos interlocuteurs semblent préférer cette situation, perçue comme un moindre mal, à celle d'une possible généralisation de l'exclusivité et surtout de l'application de la règle de la majorité qualifiée dans la conclusion des accords commerciaux.

Chapitre 5

Espace de liberté, de sécurité et de justice (Politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration) ¹⁷⁹

22. *Alors que, conformément à l'article 3, paragraphe 1, sous e), du traité FUE, l'Union dispose d'une compétence exclusive dans le domaine de la politique commerciale commune, dans le domaine de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, elle dispose d'une compétence partagée avec les États membres, en vertu de l'article 4, paragraphe 2, sous j). Pour ce qui est, en particulier, du sous-domaine qui fait l'objet de ce chapitre (contrôles aux frontières, y compris la politique commune de visas de courte durée, asile et immigration), l'« effet AETR » (v. chapitre 1, question 1) est perçu avant tout en ce qui concerne les accords internationaux portant sur l'exemption de l'obligation de visa de courte durée. En effet, l'Union a acquis une compétence exclusive pour conclure ce type d'accords en conséquence de l'harmonisation totale, opérée par le Règlement n° 539/2001, de la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation.*
- En revanche, conformément au Protocole (n° 23) sur les relations extérieures des États membres en ce qui concerne le franchissement des frontières extérieures, l'article 77, paragraphe 2, sous b), du traité FUE (attribuant à l'Union une compétence pour définir les contrôles applicables à ces frontières) ne préjuge pas la compétence des États membres « de négocier ou de conclure des accords avec des pays tiers, pour autant que lesdits accords respectent le droit de l'Union et les autres accords internationaux pertinents ». Quel sens et quelle portée accordez-vous à ce protocole au regard notamment de l'article 3, paragraphe 2 (v. chapitre 1, question 2) ? Est-ce que votre État membre a conclu des accords en la matière depuis l'entrée en vigueur du protocole, ou maintient-il en vigueur des accords de ce type conclus précédemment?*

22. Articulation du protocole 23 avec l'article 3 § 3 TFUE et pratique française

La confrontation de l'article 3 § 2 TFUE au protocole 23 sur les relations extérieures des États membres en ce qui concerne le franchissement des frontières extérieures, peut amener à considérer que l'UE ne dispose pas d'une compétence exclusive externe pour adopter des mesures portant sur les contrôles auxquels sont soumises les personnes franchissant les frontières extérieures. En effet, quand bien même l'UE aurait adopté des mesures sur le fondement de l'article 77 § 2 sous b) TFUE, ce qui pourrait lui permettre de disposer d'une compétence exclusive pour la conclusion d'un accord international, conformément à l'article 3 § 2 TFUE qui prévoit que la conclusion d'un tel accord est possible s'il est susceptible d'affecter les règles communes ou d'en altérer la portée, le protocole l'en empêche. Ce dernier indique en effet que les dispositions prévues à l'article 77 § 2 sous b) TFUE ne préjugent pas de la compétence des États membres de négocier ou de conclure des accords avec des pays tiers.

L'incidence de ce constat semble néanmoins faible. En effet, l'UE n'a jusqu'alors adopté que très peu d'actes sur le fondement de l'article 77 § 2 sous b) TFUE¹⁸⁰. De même, de son côté, la

¹⁷⁹ Chapitre rédigé par Elise Daniel (questions 22 et 25), Cécile Rapoport (question 23) et Carole Billet (question 24).

¹⁸⁰ Les trois actes recensés sont : Règlement (UE) 2017/458 du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (UE) 2016/399 en ce qui concerne le renforcement des vérifications dans les bases de données pertinentes aux frontières extérieures, JOUE 2017 L 74, p. 1 ; Règlement (UE) n° 1342/2011 du Parlement européen et du

France n'a pas conclu d'accords avec des pays tiers depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, sauf à faire une lecture extensive de ce protocole en considérant que l'accord dit « du Touquet »¹⁸¹ conclu avec le Royaume-Uni en constitue une mise en œuvre. Cela reviendrait à considérer que le Royaume-Uni, qui ne participe pas à l'espace Schengen, constitue d'une certaine manière un tiers au droit de l'Union en ce domaine¹⁸². L'accord règle en effet les modalités de contrôle aux frontières dans les ports maritimes de la Manche et de la Mer du Nord des deux pays. Ces différents constats expliquent peut-être pourquoi la doctrine française ne s'est que très peu intéressée au Protocole n° 23¹⁸³.

23. *En vertu des dispositions combinées des articles 33, paragraphe 2, sous c), et 38 de la directive 2013/32/UE du 26.6.2013, relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale, un État membre peut appliquer le concept de pays tiers sûr pour déclarer irrecevable une demande de protection internationale présentée par un ressortissant d'un pays tiers en provenance de ce pays et renvoyer le demandeur sur le territoire de celui-ci – même si l'État membre concerné a admis être responsable de l'examen de cette demande en application du règlement n° 604/2013 du 26.6.2013 (v. arrêt de la Cour de justice du 17.3.2016, Mirza, C-695/15, points 42 et 46). A ce stade d'évolution du système européen commun d'asile (article 78, paragraphe 2, du traité FUE), c'est aux États membres qu'il revient d'établir la liste des pays tiers sûrs, dans le respect des conditions prévues à l'article 38.*

Y a-t-il une jurisprudence nationale relative à l'interprétation et à l'application du concept de pays tiers sûr ? Une telle jurisprudence s'étend à la délimitation de ce concept par rapport au concept de pays tiers européen sûr (« pays tiers super-sûr ») prévu à l'article 39 de la directive 2013/32/UE ? Quelle est l'approche de la littérature juridique nationale à cet égard ? Comment appréciez-vous au regard du droit de l'Union le lien effectivement établi par les États membres entre, d'une part, les politiques et les pratiques relatives au concept de pays tiers sûr et, d'autre part, le contrôle extraterritorial de l'immigration ?

23 - Concept de pays tiers sûr

23. 1. La jurisprudence nationale. La jurisprudence française ne met pas la même signification que le droit de l'UE derrière l'expression « pays tiers sûrs ». Un état des lieux de la jurisprudence administrative française montre en effet que l'utilisation de cette expression

Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1931/2006 aux fins d'inclure l'oblast de Kaliningrad et certains districts administratifs polonais dans la zone à considérer comme la zone frontalière, JOUE 2001 L 347, p. 41 ; Décision 2010/490/UE du Conseil relative à la conclusion, au nom de l'Union, de l'arrangement entre la CE, d'une part, et la Suisse et Liechtenstein, d'autre part, sur les modalités de la participation de ces États aux activités de l'Agence Frontex, JOUE 2010 L 243, p. 2.

¹⁸¹ Décret de publication n° 2004, JORF 2004, n° 0037, p. 2949.

¹⁸² Telle est la conception que semble retenir le Sénat français qui, dans le rapport relatif à cet accord rappelle que « les modalités de la coopération dans ce domaine avec le Royaume-Uni empruntent la voie d'accords bilatéraux ». Rapport fait au nom de la commission des Affaires étrangères, de la défense et des forces armées sur le projet de loi autorisant l'approbation du traité entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord relatif à la mise en œuvre de contrôles frontaliers dans les ports maritimes de la Manche et de la mer du Nord des deux pays, par M. André BOYER, session ordinaire de 2003-2004 (<https://www.senat.fr/rap/103-008/103-0080.html>).

¹⁸³ A titre d'illustration, un commentaire article par article du traité d'Amsterdam se limite à renvoyer aux commentaires sous le Protocole intégrant l'acquis de Schengen et le Protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande et le Protocole sur la position du Danemark. V. Constantinesco, R. Kovar, D. Simon (dir.), *Traité sur l'Union européenne (signé à Maastricht le 7 février 1992), Commentaire article par article*, Economica, 1995, 1000 p.

renvoi à des réalités diverses, toutes éloignées du sens donné au concept par le droit de l'Union.

Ainsi, certains juges administratifs semblent utiliser le concept de « pays tiers sûr » au sens de « pays d'origine sûr »¹⁸⁴. D'autres¹⁸⁵, utilisent le concept de « pays tiers sûr » ou de « pays tiers européen sûr » pour faire application du règlement Dublin et ainsi renvoyer vers un autre Etat membre (assimilé à un « pays tiers sûr » ou « pays tiers européen sûr ») reconnu responsable du traitement de la demande d'asile. Ils invoquent ainsi de façon surabondante le fait que « tout Etat membre conserve le droit d'envoyer un demandeur vers un pays tiers sûr (...) » en vertu de l'article 3, §3, du règlement (UE) n° 604/2013 à l'appui de leur décision de transférer un demandeur à un autre Etat membre reconnu responsable du traitement de la demande d'asile.

Cette importante différence résulte du fait que le droit français n'a pas transposé la directive 2013/32/UE sur ce point. En effet, le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), qui codifie l'ensemble de la législation et réglementation française sur la question, ignore le concept de « pays tiers sûr ». Il ne connaît que le concept de « pays d'origine sûr », lequel suppose que le demandeur soit ressortissant du pays et exclut donc, en dehors des « Etats Dublin », tout renvoi vers un pays de transit. La liste des pays d'origine sûr est établie et actualisée régulièrement par l'OFPRA (Office français de protection des réfugiés et des apatrides). La liste qui comporte actuellement seize pays¹⁸⁶ ne répertorie que les pays d'origine sûr pour lesquels des ressortissants ont déposé une demande d'asile.

L'article L 723-11 du CESEDA qui liste les hypothèses d'irrecevabilité des demandes d'asile n'envisage pas l'hypothèse des demandeurs provenant de « pays tiers sûrs » mais uniquement celle des bénéficiaires de protection. L'irrecevabilité peut ainsi être prononcée si le demandeur d'asile en France est en réalité déjà bénéficiaire d'une protection, c'est à dire dans l'hypothèse où il a obtenu une protection effective dans un Etat membre de l'Union ou celle où il jouit du statut de réfugié et d'une protection effective dans un Etat tiers.

23. 2. La perception de la doctrine française. Les concepts de « pays tiers sûr » ou de « pays tiers super sûr » sont compris par la doctrine française comme un des instruments d'externalisation de la politique d'asile puisqu'il s'agit de renvoyer les demandeurs vers des pays de transit¹⁸⁷. Ces outils permettent ainsi à l'Union « de tenir à l'écart les candidats à l'asile sans être accusé[e] de violation du principe de non-refoulement »¹⁸⁸.

En raison de l'actualité relative à la crise migratoire, la doctrine s'interroge également sur l'application des concepts de « pays tiers sûrs » et pays tiers « super sûrs » à la Turquie,

¹⁸⁴ CAA Nancy, 3 novembre 2011, requête n°10NC01199, relative au renvoi de demandeurs d'asile macédoniens en Macédoine.

¹⁸⁵ V. notamment plusieurs arrêts de la Cour administrative d'appel de Nancy : CAA Nancy, 19 janvier 2017, requête n° 16NC01738 ; CAA de Nancy, 26 janvier 2017, requête n° 16NC01744.

¹⁸⁶ Décision du 9 octobre 2015 fixant la liste des pays d'origine sûrs, JORF 2015 n° 241, p. 20.

¹⁸⁷ P-F. Laval, « L'instrumentalisation de l'Etat tiers : vers un dévoiement de la coopération européenne en matière d'asile », *Revue de l'Union européenne*, juin 2016, n°599, p. 339-350.

¹⁸⁸ M. Benlolo-Carabot, « La politique d'asile de l'Union. Apports et limites de la communautarisation », *LPA*, 2012, n°134, p. 9-14. D. Lochak, « «Un espace de liberté, de sécurité et de justice : pour qui ?», in M. Benlolo-Carabot, K. Parrot (dir.), *Actualité du droit des étrangers*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 36.

certain¹⁸⁹ pour relever une divergence d'appréciation en la matière entre la Commission et la doctrine ou au sein de la doctrine européenne elle-même¹⁹⁰. L'un des éléments au cœur des divergences d'appréciation réside dans le fait que la Turquie maintient une réserve à propos de la Convention de Genève la soumettant à une limitation géographique. Certains auteurs y voient une impossibilité d'appliquer le concept de pays tiers « super sûrs »¹⁹¹ quand par exemple la Commission considère le contraire estimant que si elle ne confère pas le statut de réfugié aux ressortissants non européens, la Turquie n'en confère pas moins une protection équivalente¹⁹².

23. 3. La perception par la doctrine et les juridictions de la jurisprudence *Mirza* (aff. C-695/15) concernant l'application du concept de pays tiers sûr. Dans l'arrêt *Mirza*, la Cour de justice considère notamment que l'Etat membre responsable de la demande d'asile vers qui un demandeur a été transféré depuis un autre Etat membre peut faire application des concepts de pays tiers sûr ou du concept de pays tiers européen sûr prévus aux articles 38 et 39 de la directive 2013/32/UE. Il peut ainsi, dans le cadre de ce traitement, renvoyer le demandeur vers un pays tiers sûr sans avoir à en informer l'Etat qui procède au transfert en amont de celui-ci. Ainsi, par le jeu de la détermination de l'Etat responsable de la demande d'asile et compte tenu de la conception nationale variable que chaque Etat membre a du concept de pays tiers sûr ou du pays tiers européen sûr, le demandeur d'asile sera traité très différemment. Par exemple, même en n'appliquant pas le concept de pays tiers sûr, la France peut, en application du règlement Dublin III, renvoyer un demandeur vers un autre Etat membre (responsable de la demande) qui utilise le concept, voire retient une conception plus large et potentiellement discutable, du pays tiers sûr. Il en résulte une dilution des responsabilités, renforcée par le fait que l'Etat qui reprend le traitement de la demande d'asile n'aurait, en l'état du droit de l'Union (ce que confirme la jurisprudence *Mirza*) aucune obligation d'informer l'Etat procédant au transfert du contenu de sa législation et de ses pratiques en matière de pays tiers sûr¹⁹³. Cette jurisprudence a été jugée « révélatrice des failles du système européen d'asile, lequel est essentiellement fondé sur une logique de coopération entre les Etats et non sur la détermination d'une véritable politique commune en la matière, laissant aux pays situés aux frontières extérieures une marge de manœuvre importante »¹⁹⁴. Pour leur part, plusieurs cours administratives françaises¹⁹⁵ ont récemment fait application de la jurisprudence *Mirza* en refusant d'annuler un arrêté de remise aux autorités hongroises d'un demandeur d'asile de nationalité kosovare tout en ayant connaissance du fait que la Hongrie

¹⁸⁹ H. Labayle et Ph. De Bruycker, « L'accord UE-Turquie : faux semblant ou marché de dupes ? », 23 mars 2016, (disponible sur le site du groupe de recherche ELSJ: <http://www.gdr-elsj.eu/2016/03/23/asile/laccord-union-europeenne-turquie-faux-semblant-ou-marche-de-dupes/>).

¹⁹⁰ H. Labayle et Ph de Bruycker font ainsi référence à des divergences de vues exprimées par blogs interposés entre différents auteurs européens.

¹⁹¹ C. Rapoport, « La coopération UE -Turquie relative à la crise migratoire : les déclarations conjointes « UE - Turquie » révélatrices des lacunes du droit de l'action extérieure de l'Union », *Annuaire de droit de l'UE* 2016, Ed. Paris II - Panthéon-Assas, 2017.

¹⁹² H. Labayle et Ph. De Bruycker, préc.

¹⁹³ M. Blondel, « L'interprétation rigoriste d'un instrument dépassé. Commentaire de l'arrêt du 17 mars 2016, *Mirza c/ Bevdorlasi es Allampolgarsagi Hivatal* », *Revue de l'Union européenne*, mars 2017, n°606, p. 171-177.

¹⁹⁴ L. Clément-Wilz, « Chronique Droit administratif et droit de l'Union européenne, 1^{er} janvier 2016- 1^{er} juillet 2016 », *RFDA* 2016, spéc. p. 1023.

¹⁹⁵ CAA de Lyon, 16 mai 2017, requête n°15LY02874 et requête n°15LY03643 ; CAA de Marseille, 14 septembre 2017, requête n° 16MA04746.

pourrait décider de renvoyer le requérant vers un pays tiers sûr. Les cours administratives d'appel concernées estiment en effet qu'il n'est pas établi que le requérant ne disposerait pas d'un droit de recours effectif contre une telle décision de même qu'il n'est pas établi que la Hongrie ferait face à des défaillances systémiques qui justifierait un non transfert.

24. *Selon les conclusions du Conseil européen du 26/27.6.2014 définissant les orientations stratégiques de la programmation législative et opérationnelle dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice, « [i]l ne sera possible de parvenir à une solution durable [pour la migration irrégulière] qu'en intensifiant la coopération avec les pays d'origine et de transit, y compris en les aidant à renforcer leurs capacités en matière de migration et de gestion des frontières. Il faudra que les politiques migratoires deviennent une composante bien plus importante des politiques extérieures et de développement de l'Union par l'application du principe consistant à « donner plus pour recevoir plus » et la prise en compte de l'Approche globale de la question des migrations et de la mobilité » (point 1.8.), établie par la communication de la Commission du 18.11.2011, COM(2011) 743 final [v. aussi la communication du 21.2.2014, COM(2014) 96 final]. Toutefois, considérant que « la recherche d'une solution aux déplacements irréguliers et non maîtrisés de populations est [devenue] une priorité pour l'Union dans son ensemble », la Commission a proposé un « nouveau concept de coopération axé sur les résultats », à savoir un nouveau cadre de partenariat avec les pays tiers dans le cadre de l'Agenda européen en matière de migration [Communications du 7.6.2016, COM(2016) 385 final et du 18.10.2016, COM(2016) 700 final]. Enfin, le Conseil européen dans ses conclusions du 20/21.10.2016 a souligné que, s'agissant de la « mise en œuvre d'un cadre de partenariat pour la coopération avec différents pays d'origine ou de transit, l'accent [est] mis dans un premier temps sur l'Afrique » (point 4).
Quelle est votre vue sur l'impact pratique de l'Approche globale de la question des migrations et de la mobilité ? Estimez-vous que le nouveau cadre de partenariat avec les pays tiers écarte et remplace cette approche globale ? Si oui, dans quelle mesure ? Est-ce que votre État membre entretient avec des pays tiers des relations spéciales « qui sont le reflet de liens politiques, historiques et culturels tissés au fil de décennies de contact, [qui] devraient aussi être pleinement exploités au profit de l'UE » et/ou a « les relations bilatérales les plus développées avec un pays partenaire donné » de façon à « être pleinement associé aux discussions de l'UE avec ce pays » [v. COM(2016) 385 final, p. 9] ? Est-ce que votre État membre a déjà conclu des pactes bilatéraux ou multilatéraux avec des pays africains qui pourraient servir d'exemple pour le lancement des pactes entre l'UE et les pays africains prioritaires?*

24. Approche globale de la question des migrations et de la mobilité

24. 1. Impact pratique de l'Approche globale et articulation avec le nouveau cadre de partenariat

Le nouveau cadre de partenariat avec les pays tiers est présenté par les institutions comme étant établi « dans le cadre » de l'approche globale¹⁹⁶. Il vise à adapter cette approche globale, qui fut conceptualisée en 2005¹⁹⁷, pour tenir compte du nouveau contexte de « crise migratoire » auquel l'UE fait face. Il s'agit principalement de mieux intégrer la question migratoire dans le cadre général des relations menées par l'UE avec des Etats tiers. La Commission a ainsi pu souligner lors du lancement du nouveau cadre de partenariat en 2016

¹⁹⁶ Le titre de la Communication lançant ce nouveau cadre de partenariat est à cet égard explicite. V. Communication de la Commission relative à la mise en place d'un nouveau cadre de partenariat avec les pays tiers dans le cadre de l'Agenda européen en matière de migration, COM(2016) 385 final du 7 juin 2016.

¹⁹⁷ « Priorités d'action en vue de relever les défis liés aux migrations : Première étape du processus de suivi de Hampton Court », COM(2005) 621 final du 30 novembre 2005.

que « l'approche globale est toujours un processus en constante évolution »¹⁹⁸ et que ce nouveau cadre de partenariat « s'attache essentiellement aux moyens d'améliorer la coordination, la cohérence et les synergies »¹⁹⁹. Cette nouvelle orientation se manifeste notamment par une évolution des instruments (il n'est plus question de « partenariats pour la mobilité » mais de « pactes » à établir avec les pays tiers), et par l'identification de pays prioritaires déterminés sur la base de critères géographique (en fonction des routes migratoires et des flux, ces pays pouvant être des pays d'origine ou de transit des migrants). La volonté d'une approche globale, reposant sur un équilibre entre les différents volets de la coopération en matière migratoire et s'attaquant aux causes profondes de la migration, perdure, même si l'accent est davantage mis dans le cadre du nouveau cadre de partenariat sur les exigences de réactivité et d'obtention de résultats rapides afin de faire face à la crise migratoire.

La France soutient l'approche globale de la question des migrations et de la mobilité développée par l'UE depuis son lancement. Cette approche est en effet considérée par la France comme « le pendant, au plan européen de la politique qu'elle-même conduit, entre 2006 et 2014, à l'égard des pays tiers »²⁰⁰. Elle s'est, à ce titre, engagée aux côtés de l'UE dans le cadre des instruments européens mis en place, et a notamment participé aux différents partenariats pour la mobilité proposés aux Etats tiers, à l'exception de celui mis en place avec la Biélorussie²⁰¹. Elle continue aujourd'hui à s'investir dans le nouveau cadre de partenariat avec les pays tiers.

24. 2. Pratique française en matière de pactes avec des pays africains

La France a développé plus accords de « gestion concertée des flux migratoires » depuis 2007. Ces accords s'inscrivent dans l'approche globale (il est parfois même fait référence à cette approche globale dans le préambule de l'accord²⁰²) et sont fondés sur une volonté de mettre en place une coopération équilibrée avec les différents partenaires. Ils comportent tous plusieurs volets communs relatifs à la circulation des personnes, à l'admission et au séjour, à la surveillance des frontières, au retour des personnes en situation irrégulière, à la coopération policière technique et financière dans le domaine migratoire, ainsi qu'à la coopération pour le développement. Huit accords de ce type²⁰³ ont été négociés par la France²⁰⁴. La France poursuit actuellement l'application de ces accords même si elle a par contre décidé de ne plus en négocier de nouveaux « à la suite d'un rapport d'audit conjoint du ministère de l'intérieur et du ministère des affaires étrangères et du développement durable concluant que ces accords

¹⁹⁸ COM(2016) 385, précitée, p. 2.

¹⁹⁹ COM(2016) 385, précitée, p. 3.

²⁰⁰ Rapport d'information du Sénat, fait au nom de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées sur les migrants. Par MM Jacques Legendre et Gaëtan Gorce, n°795 du 13 juillet 2016, p.73.

²⁰¹ Voir C. Urbano de Sousa « Le partenariat pour la mobilité : un instrument de l'approche globale en matière d'immigration », in M. Maes, M. C. Foblets., P. De Bruycker, *External dimensions of EU migration and asylum law and policy, Dimension externe du droit et de la politique d'immigration et d'asile de l'UE*, Bruylant, 2011, pp. 363-385 ; C. Billet, « Les partenariats pour la mobilité, instruments du développement de la coopération entre l'Union et ses partenaires dans le domaine migratoire », in *Annuaire de droit de l'UE*, préc.

²⁰² C'est le cas dans le préambule de l'accord conclu par la France avec le Cap-Vert.

²⁰³ Dénommés « accords relatifs à la gestion concertée des flux migratoires », « accord relatif à la gestion concertée des flux migratoires et au co-développement » ou encore « relatif à la gestion concertée des flux migratoires et au développement solidaire ».

²⁰⁴ Les Etats concernés sont : le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, le Cap-Vert, la République du Congo, le Gabon, le Sénégal et la Tunisie. Voir http://basedoc.diplomatie.gouv.fr/Traites/Accords_Traites.php.

n'avaient pas donné les résultats escomptés »²⁰⁵, et considérant qu'il était préférable « de privilégier le cadre européen dès lors que l'UE est en mesure de consacrer davantage de moyens à cette politique »²⁰⁶. Il n'apparaît pas que ces accords concertés aient directement servi de modèles ou même influencé les deux pactes mis en place jusqu'ici, avec la Jordanie²⁰⁷ et le Liban²⁰⁸. Au plan institutionnel, une différence majeure réside d'ailleurs dans le fait que les instruments français sont de véritables accords internationaux ratifiés par la France, alors que les Pactes, conçus dès le départ comme une voie alternative à l'adoption d'accords externes de l'Union²⁰⁹, n'ont effectivement pas été adoptés en suivant la procédure de conclusion des accords externes de l'UE (article 218 TFUE). Ils ont été négociés avec les partenaires, puis annexés à des « priorités de partenariats » et fait l'objet de décisions adoptées dans les conseils d'associations respectifs de ces deux pays.

On relèvera par ailleurs qu'alors même que ces pactes étaient présentés lors du lancement du nouveau cadre de partenariat comme « la clef des relations globales entre l'UE et les pays tiers prioritaires d'origine et de transit des migrants »²¹⁰, ces instruments ne sont plus évoqués dans les rapports récents de la Commission relatifs au nouveau cadre de partenariat²¹¹ et semblent dès lors être délaissés.

24. 3. Relations spéciales de la France avec des pays tiers

La France entretient des relations étroites avec trois des cinq pays visés comme étant prioritaires dans le nouveau cadre de partenariat, à savoir le Niger, le Mali et le Sénégal, qui sont d'anciennes colonies françaises. On relèvera que le Sénégal a d'ailleurs conclu avec la France un accord sur la gestion concertée des flux migratoires actuellement qui est actuellement en vigueur. Des relations fortes, découlant d'une histoire commune, sont également maintenues avec d'autres partenaires envisagés dans le cadre de ce cadre de partenariat (mais qui ne figurent pas au titre des pays prioritaires) : l'Algérie fut en effet un département français jusqu'en 1962, et le Maroc et la Tunisie des protectorats français jusqu'en, respectivement, 1956 et 1957.

²⁰⁵ Rapport d'information du Sénat par MM J. Legendre et G. Gorce, n°795, 13 juillet 2016, p. 73 <http://www.senat.fr/rap/r15-795/r15-7957.html>

²⁰⁶ *Idem*

²⁰⁷ Voir décision n° 1/2016 du Conseil d'association UE-Jordanie, JOUE 2016 L 355, p. 31.

²⁰⁸ Voir décision n° 1/2016 du Conseil d'association UE-Liban JOUE 2016 L 350, p. 114.

²⁰⁹ Premier rapport explicite sur ce point puisqu'il indique que « l'approche des pactes permet d'éviter le risque que l'obtention de résultats concrets soit ralentie par des négociations techniques en vue de la conclusion de véritables accords formels », COM(2016) 700, p.3.

²¹⁰ COM(2016) 386, précité, p. 7.

²¹¹ Le deuxième rapport d'avancement relatif au cadre de partenariat ne les évoquait plus que dans le cadre des développements relatifs au Liban et à la Jordanie, avec lesquels de tels pactes étaient finalisés (COM(2016) 690, p.10). Cet instrument n'est même plus mentionné dans les troisième (COM(2017) 205) et quatrième rapports (COM(2017) 350) d'avancement.

25. *Il est généralement admis que, nonobstant la compétence dont l'Union dispose depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam pour conclure avec des pays tiers des accords visant la réadmission, dans les pays d'origine ou de provenance, de ressortissants de pays tiers qui ne remplissent pas ou ne remplissent plus les conditions d'entrée, de présence ou de séjour sur le territoire de l'un des États membres (article 79, paragraphe 3, traité FUE), ceux-ci maintiennent leur compétence pour conclure avec des pays tiers ce type d'accords, soit à niveau bilatéral, soit à niveau multilatéral. Enfin, selon le récent règlement 2016/1624 du 14.9.2016, relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, « [l]'existence éventuelle d'un accord entre un État membre et un pays tiers n'exempte pas l'Agence ou les États membres des obligations que leur impose le droit de l'Union ou le droit international, notamment en ce qui concerne le respect du principe du non-refoulement » (considérant 36) Estimez-vous que la pratique de conclusion d'accords de réadmission avec des pays tiers par les États membres est correcte au regard notamment de l'article 79, paragraphe 3, ou de l'article 3, paragraphe 2, du traité FUE ? Si oui, comment doivent s'articuler, d'une part, les accords de réadmission conclus entre l'UE et un pays tiers et, d'autre part, les accords de réadmission conclus entre un État membre et le même pays tiers ? Est-ce que votre État membre a conclu des accords de réadmission après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam ? Est-ce qu'il est lié par des accords de réadmission contenant des « clauses problématiques » comme celle prévoyant le rapatriement des migrants irréguliers par le biais de procédures simplifiées, qui a été jugée contraire à la CEDH par la Cour de Strasbourg (v. arrêt du 1.9.2015, *Khlaifia et autres c. Italie*, requête n° 16483/12, § 45).*

25. Conclusion d'accords de réadmission par les Etats membres avec des pays tiers

La France a conclu, depuis le début des années 90, près de quarante accords bilatéraux de réadmission, non sans une certaine indifférence de la part de la doctrine à l'égard de tels accords²¹². Depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, la France a conclu de 12 accords de réadmission²¹³. Il convient également de mentionner la signature le 17 août 2011 d'un mémorandum relatif à la coopération en matière de réadmission de leurs nationaux en séjour irrégulier entre le Ministère de l'intérieur de la République française et le Ministère de la sécurité publique de la République socialiste du Vietnam²¹⁴.

De surcroît, la France, depuis 2006, signe des accords relatifs à la gestion concertée des flux migratoires et au co-développement. Ces accords intègrent tout un volet sur la réadmission venant préciser les modalités et les obligations réciproques en matière d'identification et de reprises des ressortissants respectifs en situation irrégulière²¹⁵. Cette pratique dont la France est l'initiatrice, est également suivie par d'autres Etats membres de l'UE tels que la Grèce, l'Italie, l'Espagne et le Royaume-Uni est critiquable car elle empêche quelque peu d'avoir une vision précise de l'état de droit dans la matière. Les Etats concernés par ces accords ont été mentionnés à la question précédente.

On sait que chacun des accords de réadmission européens prévoit la possibilité pour les Etats membres de convenir de protocoles additionnels avec le pays tiers partie à l'accord,

²¹² Le quasi-silence de la doctrine sur cette question est évoqué par Paul Klötgen dans son article « Les accords de réadmission. Une approche comparée franco-allemande », *Revue critique de droit international privé*, 2003, p. 239.

²¹³ Ils concernent l'Allemagne, l'Autriche, l'Albanie, la Bolivie, la Bosnie-Herzégovine, la Dominique, l'Espagne, la Grèce, le Kosovo, la République dominicaine, Sainte-Lucie, le Surinam (mais non ratifié du côté surinamais).

²¹⁴ http://www.migreurop.org/IMG/pdf/circularire_17-08-11_application_memorandum_France_-_Vietnam.pdf

²¹⁵ Voir réponse à la question précédente.

permettant ainsi de préciser et renforcer la coopération organisée dans l'accord²¹⁶. Concrètement, la France a conclu de tels protocoles additionnels avec l'Albanie²¹⁷, la Serbie²¹⁸, la Russie²¹⁹ et la Bosnie-Herzégovine²²⁰. Des protocoles sont en cours de négociation avec l'ARYM et le Sri Lanka²²¹.

On observe en outre que la France ne négocie pas d'accords avec des Etats tiers vis-à-vis desquels il existe un mandat de négociation de l'Union européenne. Pour les autorités françaises, l'existence d'un accord de réadmission bilatéral entre un Etat membre et un pays tiers est possible tant qu'une décision du Conseil n'a pas conféré de mandat à la Commission européenne en vue de la conclusion d'un accord européen de réadmission. Aussi, il est clair pour les autorités françaises que la conclusion et l'entrée en vigueur de ce dernier type d'accord rend naturellement caducs les accords conclus à titre bilatéral. Il n'en demeure pas moins que les autorités françaises sont vigilantes à ce que le mandat confié à la Commission puisse être assorti dorénavant d'une exigence de résultat. Ce sont les précédents avec la Chine, l'Algérie ou encore le Maroc qui ont incité les autorités françaises à souhaiter de telles exigences. En effet, on sait que le Conseil a autorisé la Commission européenne à négocier des accords de réadmission avec le Maroc (en septembre 2000), l'Algérie et la Chine (en 2002). Or, ces négociations n'ont toujours pas abouti, plus de 15 ans après l'autorisation de négociation ! Les autorités françaises déplorent cette situation et voudraient retrouver la possibilité de mener des négociations à titre bilatéral, ce qui n'est pas possible dès lors qu'il existe un mandat de négociation, lequel ne précise pas sa « date d'expiration ». Cela est particulièrement valable pour le Maroc dès lors que l'on sait que les négociations entre le Maroc et l'UE ont été sérieusement mises à mal à la suite des arrêts rendus.

Enfin, il convient d'énoncer que la France n'a pas conclu et n'est pas liée par des accords de réadmission contenant des « clauses problématiques », c'est-à-dire une clause des procédures simplifiées du type « éloignement collectif ». Il n'en demeure pas moins que la France n'est pas exempt de tout reproche ; la Cour européenne des droits de l'homme a notamment eu l'occasion de juger que le régime dérogatoire des arrêtés de reconduite à la frontière de la Guyane n'offre par les garanties procédurales conformes aux exigences de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme²²².

Par ailleurs, si, contrairement à la pratique italienne, le France s'astreint à publier les accords de réadmissions conclus avec des Etats tiers, elle prévoit pour autant des procédures différentes selon les Etats tiers concernés, lesquelles, ne correspondent pas aux procédures italiennes considérées comme non respectueuses de la Convention européenne des droits de l'homme²²³. Il y a ainsi, d'une part, des réadmissions immédiates que la France a prévu

²¹⁶ La publication de ces protocoles, une fois conclus, est assurée auprès des autres Etats membres par la Commission, permettant ainsi de comparer les pratiques en la matière.

²¹⁷ Décret n° 2016-322, JORF 2016 n° 0067.

²¹⁸ Décret n° 2015-1368, JORF 2015 n° 252.

²¹⁹ Décret n° 2011-213, JORF 2011 n° 0049.

²²⁰ Il n'y a pas de décret portant publication pour ce protocole. Il est possible d'en trouver une trace sur le site du Sénat français, lequel fait mention du projet de loi autorisant l'approbation de ce protocole (<https://www.senat.fr/leg/pjl16-527.html>).

²²¹ <http://www.senat.fr/rap/l13-624/l13-62413.html>.

²²² Cour EDH, G.C. 13 décembre 2012, *De Souza Ribeiro c. France*, Req. n° 22689/07.

²²³ Cour EDH, 1^{er} septembre 2015, *Khlaifia et autres c. Italie*, Req. n° 16483/12.

seulement avec l'Espagne à l'article 7 de l'accord de réadmission signé entre la France et l'Espagne le 26 novembre 2003. Ont, d'autre part, été instituées des « réadmissions accélérées ». On retrouve cette procédure à l'article 8 de l'accord conclu avec le Kosovo, à savoir que « [s]i une personne a été appréhendée dans la zone d'un aéroport international de la Partie requérante après avoir franchi illégalement la frontière en provenance directe du territoire de la Partie requise, la Partie requérante peut présenter une demande de réadmission dans un délai de deux jours ouvrables, à compter de l'interpellation de l'intéressé (procédure accélérée) ».

Annexe

Liste des personnes auditionnées pour la réalisation du rapport

Julien BARBOT, Administrateur, Service des affaires européennes, Assemblée nationale

Philippe BOURASSE, Conseiller hors classe, Service de la Commission des affaires européennes, Sénat

Florian BLAZY, Conseiller juridique, Représentation permanente de la France auprès de l'UE

Cécile CANDAT, Conseillère juridique adjointe, Représentation permanente de la France auprès de l'UE

Anne-Cécile CASTELLANI-DEMBELE, Premier Conseiller des Tribunaux administratifs et Cours administratives d'appel

Marc CLÉMENT, Juge à la Cour administrative d'appel de Lyon

Benjamin GUICHARD-SULGER, Secrétariat général des affaires européennes, secteur RELEX - politique commerciale de l'UE

Diego COLAS, Directeur adjoint des Affaires Juridiques, Ministère de l'Europe et des Affaires étrangères

Thibault FLEURY-GRAFF, Professeur à l'Université de Rennes 1, Juge assesseur à la Cour nationale du droit d'asile

François RIEGERT, Ministre-conseiller, Chef du service économique, Représentation permanente de la France auprès de l'UE

Mathieu TARTAR, Adjoint au chef de secteur - Dimension extérieure des sujets JAI, Secrétariat général aux affaires européennes

François-Xavier RUBIN DE CERVENS, Représentant permanent adjoint de la France auprès de l'Organisation maritime internationale, Ministère de l'Europe et des Affaires étrangères