Les compétences législatives et juridictionnelles de la Communauté européenne dans la lutte contre le terrorisme – l'affaire «Kadi»

Nikolaus Graf Vitzthum*

Sommaire

A. Introduction: Les «listes noires» du Conseil de sécurité 378
B. La compétence du Conseil pour adopter le règlement (CE) n° 881/2002 380
I. Les articles 301 CE et 60 CE 380
1. «Position commune» au sens de l'article 301 CE 380
a) La compétence de la Cour pour contrôler la position commune 2002/402/PESC 380
b) La légalité interne de la position commune 2002/402/PESC 381
2. «Pays tiers» au sens des articles 301 CE et 60 CE 382
a) La position du Tribunal de première instance 382
b) La position de l'avocat général 383
c) La position de la Cour 383
d) Argumentation 384
(1) L'interprétation littérale 384
(2) L'interprétation historique 386
(3) L'interprétation systématique 387
(4) L'interprétation téléologique 388
3. Résultat 390
II. L'article 133 CE 390

* Ass. iur., maîtrise en droit, MAP (ENA), agent à l'unité «Représentation de la République fédérale d'Allemagne devant les juridictions européennes» au sein du Ministère fédéral de l'Economie et de la Technologie, Berlin. Cet article est basé sur un mémoire de master présenté en mai 2008 à l'Ecole Nationale d'Administration (ENA), Strasbourg, sous la direction de Monsieur le Professeur Dr. Thomas von Danwitz, juge à la Cour de justice des Communautés européennes et professeur à l'université de Cologne. L'auteur tient à le remercier pour son intérêt.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

III. Un pouvoir implicite 390
IV. L'article 308 CE 391
V. L'article 308 CE, utilisé conjointement avec les articles 301 CE et 60 CE 391
1. La procédure conforme aux articles 60 CE, 301 CE et 308 CE 391
2. «Dans le fonctionnement du marché commun» au sens de l'article 308 CE 391
3. «L'un des objets de la Communauté» au sens de l'article 308 CE 392
a) La position du Tribunal de première instance 392
b) La position de la Cour 393
c) Argumentation I: objectif de l'Union ou objectif communautaire? 394
d) Argumentation II: la cohérence au sense de l'article 3 UE 395
VI. Résultat 397
C. La compétence des juridictions communautaires pour contrôler la légalité du règlement (CE) n° 881/2002 397
I. La position du Tribunal de première instance 397
1. L'articulation entre l'ordre juridique international issu des Nations unies et l'ordre juridique national 397
2. L'articulation entre l'ordre juridique international issu des Nations unies et l'ordre juridique communautaire 398
3. L'étendu du contrôle juridictionnel de légalité 399
a) La compétence pour un contrôle juridictionnel à l'aune du droit communautaire 399
b) La compétence pour un contrôle juridictionnel à l'aune du «jus cogens» de droit international 400
II. La position de l'avocat général 401
1. Le rapport entre l'ordre juridique international et l'ordre juridique communautaire 401
2. Le statut accordé par l'ordre juridique communautaire aux mesures nécessaires pour la mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité 402
III. La position de la Cour 403

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

IV. Argumentation 404

1. La Communauté est-elle liée aux résolutions du Conseil de sécurité? 405

a) En vertu de la position commune 2002/402/PESC 405

b) En vertu des articles 301 CE et 60 CE 406

c) En vertu des articles 297 CE et 307 CE 408

d) En vertu de l'article 10 CE 411

e) L'analogie à la jurisprudence «International Fruit» 413

(1) L'obligation des Etats membres 415

(2) Le transfert de compétences 415

(3) L'ajustement implicite de la charte constitutif de l'organisation internationale 416

(4) Remarques supplémentaires 417

f) L'analogie au principe «nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet» 418

2. Les résolutions du Conseil de sécurité priment-elles sur le droit communautaire? 420

a) Le droit international coutumier et les principes généraux du droit international 421

b) Le droit international conventionnel 422

(1) Les accords conclus par la Communauté 422

(2) Les accords conclus par les Etats membres 423

c) Le droit des organisations internationales 423

(1) Le droit des organisations internationales auxquelles la Communauté est membre 423

(2) Le droit des organisations internationales auxquelles la Communauté n'est pas membre 424

d) Une exception pour la Charte des Nations unies? 425

V. Résultat 426

D. En guise de conclusion: l'affaire «Kadi» – prélude pour une jurisprudence communautaire «solange»? 426

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

A. Introduction: Les «listes noires» du Conseil de sécurité

Dans la foulée du 11 septembre 2001, le Conseil de sécurité a adopté dans le cadre du Chapitre VII de la Charte des Nations unies plusieurs résolutions listant des personnes et entités suspectées d'être associées à Oussama ben Laden, Al-Quaida ou au régime Taliban.[1] Ces «listes noires» rédigées par un «comité des sanctions» prévoient le gel des ressources financières des personnes et entités en question. Les résolutions ne laissent aucune «marge d'appréciation» aux Etats ou aux organisations régionales les transposant. Elles ont par la suite fait l'objet de mesures de transposition sans réserve au sein de l'Union européenne par le biais de positions communes (dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune, ci-après «PESC») et de règlements communautaires. Ces règlements sont tenus à jour par la Commission européenne qui assure que tous ceux qui sont visés par le comité des sanctions du Conseil de sécurité le sont aussi par les règlements communautaires.[2]

C'est dans ce contexte que *Yassin Abdullah Kadi*, dont le nom a été inscrit sur les «listes noires» par le comité des sanctions du Conseil de sécurité, considère que ses droits fondamentaux (droit au respect de la propriété, droit d'être entendu et droit à un contrôle juridictionnel effectif) ont été violés: Il s'est vu imposer par un règlement communautaire de sévères sanctions, sans avoir eu la possibilité de s'exprimer sur son inscription injustifiée selon lui sur la «liste noire».[3] Il a attaqué le règlement communautaire en question (le règlement (CE) n° 881/2002 du Conseil, adopté sur la base de la position commune 2002/402/PESC[4]) et demandé

---

1 Avant le 11 septembre 2001, le Conseil de sécurité avait déjà adopté les résolutions 1267 (1999) et 1333 (2000), qui également ont été transposées en droit communautaire.

2 Outre ce système des listes établies au niveau onusien, il existe un autre système de sanctions qui ne fera pas objet de cet article: Le système de sanctions dans le cadre de la résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité, qui laisse aux Etats ou aux organisations régionales comme l'Union européenne la tâche d'établir les «listes noires». Plusieurs arrêts ont été rendus sur ce système des listes «européennes», notamment CJCE, aff. C-354/04 P, *Gestoras*, Rec. 2007, I-1579; CJCE, aff. C-355/04 P, *Segi,* Rec. 2007, I-1657; TPI, aff. T-228/02, *Modjahedines I*, Rec. 2006, II-4665; CJCE, aff. C-229/05 P, *PKK*, Rec. 2007, I-439; TPI, aff. T-47/03, *Sison*; TPI, aff. T-327/03, *Al-Aqsa I*. Des affaires en cours portant sur des listes «européennes» sont TPI, aff. T-246/08, *Melli Bank I*; TPI, aff. T-332/08, *Melli Bank II*; TPI, aff. T-390/08, *Melli Bank III*; TPI, aff. T-348/07, *Al-Aqsa II*; TPI, aff. T-276/08, *Al Aqsa III* et TPI, aff. T-284/08, *Modjahedines II*.

3 TPI, aff. T-253/02, *Ayadi*, Rec. 2006, II-2139, pt. 121 et suiv. reconnaît que le gel des fonds «constitue une mesure particulièrement drastique [...], susceptible même de l'empêcher de mener une vie sociale normale et de le rendre entièrement dépendant de l'aide sociale octroyée par les autorités irlandaises.», qu'il peut causer ainsi «des préjudices à des parties qui n'ont aucune responsabilité quant à la situation ayant conduit à l'adoption des sanctions» et que les destinataires peuvent même être « «innocent» et de bonne foi».

4 Le 16 janvier 2002, le Conseil de sécurité a adopté la résolution 1390 (2002) fixant les mesures à imposer à l'égard d'Oussama ben Laden, des membres de l'organisation Al-Quaida ainsi que

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

son annulation, au titre de l'article 230 CE, au Tribunal de première instance des Communautés européennes.[5]

Le Tribunal a rejeté la demande de M. *Kadi* au motif qu'il ne pouvait revoir la légalité des résolutions du Conseil de sécurité et de leurs mesures communautaires de mise en œuvre à la lumière des droits fondamentaux communautaires. Cependant, le Tribunal s'est jugé compétent pour un contrôle à la lumière des dispositions péremptoires fondamentales du *jus cogens*, un contrôle qui n'a pas abouti à l'annulation du règlement attaqué.

M. *Kadi* a donc formé un pourvoi contre le jugement du Tribunal. A la suite des conclusions de l'avocat général,[6] la Cour vient de rendre son jugement.[7] Elle a annulé l'arrêt du Tribunal et le règlement (CE) n° 881/2002 pour autant qu'il concerne M. *Kadi* pour des raisons d'une violation du droit au respect de la propriété, du droit d'être entendu ainsi que du droit à un contrôle juridictionnel effectif, tout en maintenant les effets du règlement litigieux pendant une période ne pouvant excéder trois mois.

Le présent article se concentre sur deux questions soulevées par le cas d'espèce:

- Le Conseil était-il compétent pour adopter le règlement (CE) n° 881/2002 (B.)?
- La Cour est-elle compétente pour contrôler la légalité du ledit règlement (C.)?

---

des Taliban et autres personnes, groupes, entreprises et entités associés. Le Conseil de l'Union européenne a adopté, le 27 mai 2002, sur la base de l'article 15 UE, la position commune 2002/402/PESC, JO L 139 du 29 mai 2002, p. 4, qui prescrit notamment la poursuite du gel des avoirs financiers des personnes, groupes, entreprises et entités visés au niveau onusien. Le même jour, le Conseil de l'Union européenne a adopté, sur la base des articles 60 CE, 301 CE et 308 CE, le règlement (CE) n° 881/2002 du 27 mai 2002, JO L 139 du 29 mai 2002, p. 9. L'annexe de ce règlement comprend la liste de personnes, entités et groupes visés par le gel des fonds, y compris le nom de M. *Kadi*.

5 Outre l'aff. T-315/01, *Kadi*, Rec. 2005, II-3649, d'autres arrêts ont été rendus concernant des «listes noires» du Conseil de sécurité: TPI, aff. T-306/01, *Yusuf et Al Barakaat*, Rec. 2005, II-3533, essentiellement identique par rapport à l'aff. *Kadi*; TPI, aff. T-49/04, *Hassan*, Rec. 2006, II-52; TPI, aff. T-253/02, *Ayadi*, Rec. 2006, II-2139; TPI, aff. T-362/04, *Minin*, Rec. 2007, II-2003; CJCE, aff. C-117/06, *Möllendorf*, Rec. 2007, I-8361.

6 Conclusions de l'avocat général *Maduro* du 23 janvier dans l'aff. C-402/05 P, *Kadi*. Voir aussi ses conclusions, essentiellement identiques, dans l'aff. C-415/05 P, *Al Barakaat*.

7 Arrêt de la Cour du 3 septembre 2008 dans les aff. jointes C-402/05 P, *Kadi* et C-415/05 P, *Al Barakaat*.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

B. La compétence du Conseil pour adopter le règlement (CE) n° 881/2002

I. Les articles 301 CE et 60 CE

1. «Position commune» au sens de l'article 301 CE

Selon l'article 301 CE, une condition préalable pour que la Communauté puisse légiférer en matière de sanctions est «une position commune ou une action commune adoptées en vertu des dispositions du traité sur l'Union européenne relatives à la politique étrangère et de sécurité commune» prévoyant une action de la Communauté.

a) La compétence de la Cour pour contrôler la position commune 2002/402/PESC

Selon l'article 46 UE et l'article 28 § 1 UE, la juridiction de la Cour ne comprend pas les positions communes en vertu de l'article 15 UE. De plus, en l'absence d'une disposition équivalent à l'article 35 UE au deuxième pilier, la Cour ne peut pas appliquer, mutatis mutandis, aux positions communes PESC sa jurisprudence récente dans les affaires *Segi* et *Gestoras Pro Amnistía* portant sur les positions communes du troisième pilier (la coopération policière et judiciaire en matière pénale, ci-après «JAI», justice et affaires intérieures)[8], même si les positions communes PESC, elles aussi, viseraient à produire – par la voie des article 301 CE et 60 CE – un effet juridique vis-à-vis des tiers.

Or, ces articles n'empêchent pas la Cour d'être compétente pour exercer un contrôle sur l'application de l'article 301 CE (voir également l'article 47 UE et l'article 46 lit. a) UE). Par là, la compétence pourrait être conférée à la Cour soit d'examiner, de manière incidente dans le cadre d'un contrôle de la légalité d'une mesure en vertu de l'article 301 CE, la position commune qui est censée justifier la prise de sanctions communautaires au titre de l'article 301 CE, quant à son existence, sans pouvoir se prononcer sur sa légalité,[9] soit d'examiner la conformité de la position commune à l'article 15 UE.[10] Au cas d'un tel contrôle incident, force est de constater que la position commune 2002/402/PESC est sans doute une position commune au sens de l'article 15 UE, adoptée selon la procédure prévue pour de tels actes.

---

8 CJCE, aff. C-355/04 P, *Segi*, (note 2), pt. 53 et suiv.; CJCE, aff. C-354/04 P, *Gestoras*, (note 2).

9 *Cremer*, in: Calliess/Ruffert (dir.), EUV/EGV, 3e éd. 2007, article 46 UE, pt. 23.

10 *Ress/Uckrow*, in: Grabitz/Hilf (dir.), Das Recht der Europäischen Union, article 60 CE, pt. 12; *Huber*, in: Meyer (dir.), EUV/EGV-Kommentar, 2004, article 301 CE, pt. 37.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) La légalité interne de la position commune 2002/402/PESC

Bien que la Cour ne soit pas compétente pour un tel contrôle, on pourrait s'interroger, pour compléter, sur la légalité interne de ladite position commune. Le traité UE ne mentionne la lutte contre le terrorisme que dans son article 29, alinéa 2: L'objectif d'un «espace de liberté, de sécurité et de justice» est atteint par «la prévention de la criminalité, organisée ou autre, et la lutte contre ce phénomène, notamment le terrorisme, [...]». Au lieu de faire partie du deuxième pilier (PESC), cette disposition fait partie du troisième pilier (JAI). Selon le principe *lex specialis derogat lege generali*, le troisième pilier pourrait donc être le pilier pertinent en l'espèce.[11] Ceci n'est pas sans importance. Bien que le deuxième et le troisième pilier soient tous deux – contrairement au premier pilier – des piliers intergouvernementaux, des différences considérables existent entre la PESC et la JAI. Selon l'article 35 UE et l'article 46 b) seule la JAI est soumise – jusqu'à un certain point – au contrôle de la Cour. Selon la jurisprudence récente précitée, ce contrôle comprend des positions communes JAI qui visent à produire un effet juridique vis-à-vis des tiers. Le Conseil, en adoptant un acte PESC, pourrait donc s'être illicitement échappé de ce contrôle.

Toutefois, la lutte contre le terrorisme entre aussi dans la PESC. Selon l'article 11 du traité UE, les objectives de la PESC sont, entre autres, «le renforcement de la sécurité de l'Union sous toutes ses formes» et «le renforcement de la sécurité internationale, conformément aux principes de la Charte des Nations unies», pendant que la JAI, dans son article 29, alinéa 1, UE, veut offrir aux citoyens «un espace de liberté, de sécurité et de justice». Le traité UE concerne donc deux formes de sécurité, dans sa partie PESC la sécurité extérieure (ou, selon l'article 11 UE, «internationale») et dans la partie JAI la sécurité intérieure. La lutte contre le terrorisme concerne-t-elle la sécurité externe ou interne? Pour répondre à cette question, il faut tenir compte des nouveaux développements, notamment à la suite des attentats du 11 septembre 2001. Le Conseil de sécurité des Nations unies considère le terrorisme comme une menace à la paix et à la «sécurité internationale» (donc extérieure) au sens de l'article 39 de la Charte des Nations unies.[12] Face à un tel développement, la mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité en matière de

---

11 *Wessel*, The inside looking out: consistency and delimitation in EU external realiations, 2000, p. 1148.

12 Dans la résolution 1368 (2001), le Conseil de sécurité se montre «résolu à combattre par tous les moyens les menaces à la paix et à la sécurité internationales causées par les actes terroristes», condamne les attaques terroristes du 11 septembre 2001 et «considère de tels actes, comme tout acte de terrorisme international, comme une menace à la paix et à la sécurité internationales». Egalement, dans la préambule de la résolution 1373 (2001), il réaffirme que «de tels actes, comme tout acte de terrorisme international, constituent une menace à la paix et à la sécurité internationales» et agit en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations unies.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lutte contre le terrorisme relève du deuxième pilier du traité UE.[13] Le contenu de la position commune en l'espèce relève donc de la PESC.[14]

2. «Pays tiers» au sens des articles 301 CE et 60 CE

a) La position du Tribunal de première instance

L'article 301 CE et l'article 60 CE se bornent à mentionner des mesures à l'égard des pays tiers. Toutefois, selon le Tribunal, les articles 60 CE et 301 CE permettent l'adoption de mesures frappant directement des particuliers ou des organisations, pour autant que de telles mesures visent effectivement à interrompre ou à réduire les relations économiques avec un pays tiers.[15] Il faudrait seulement qu'un lien existe entre les particuliers frappés et le territoire ou le régime de ce pays tiers.[16] Selon le tribunal, des mesures visent donc bien à interrompre ou à réduire les relations économiques avec un pays tiers quand ils sont dirigées essentiellement contre le régime d'un pays, et seulement accessoirement contre des personnes physiques ou morales qui, par le biais de transactions économiques ou financières, aident ledit régime, agissant ainsi en fait comme des agents de ce régime ou lui étant étroitement liées.[17] Sur la base des articles 60 CE et 301 CE peuvent être frappées non seulement des entités ou personnes contrôlant physiquement une partie du territoire d'un pays tiers et des entités ou personnes contrôlant effectivement l'appareil gouvernemental d'un pays tiers, mais aussi des entités ou personnes associées à ces dernières et qui leurs apportent un soutien économique.[18]

En l'espèce, le Tribunal a constaté l'absence du lien nécessaire entre les individus frappés et le pays tiers parce que le Conseil de sécurité avait adopté sa résolution après le déclenchement de l'intervention armée de la coalition internationale en Afghanistan, donc après l'effondrement du régime des Talibans. Ce régime déchu, il n'existe plus de lien suffisant entre l'Afghanistan et M. *Kadi*.[19] Il en résulte que,

---

13 *Hörmann*, Die Befugnis der EG zur Umsetzung von Resolutionen des UN-Sicherheitsrates zur Bekämpfung der internationalen Terrorismus, EuR 2007, p. 124, 126 et suiv.

14 D'ailleurs, dès qu'une position commune comme la position commune 2001/931/PESC, JO L 344 du 28 décembre 2001, p. 93, demande aux Etats membres de prendre des mesures dans le cadre du troisième pilier, la position commune est aussi basée sur l'article 34 UE (double base juridique), *Bultermann*, Fundamental Rights and the United Nations Financial Sanction Regime: The Kadi and Yusuf Judgements of the Court of First Instance of the European Communities, LJIL 2006, p. 759.

15 TPI, aff. T-315/01, *Kadi*, (note 5), pts. 89, 91.

16 Ibid., pt. 96.

17 TPI, aff. T-306/01, *Yusuf*, (note 5), pts. 117, 121.

18 TPI, aff. T-315/01, *Kadi*, (note 5), pts. 90, 91.

19 Cependant, dans TPI, aff. T-362/04, *Minin*, (note 5), pts. 71-74, le Tribunal a jugé suffisant le lien entre le territoire ou le régime dirigeant de Liberia et l'ancien président du Libéria, *Charles*

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

selon le Tribunal, les articles 60 CE et 301 CE ne constituaient pas, à eux seuls, une base juridique suffisante pour fonder le règlement litigieux.

b) La position de l'avocat général

L'avocat général interprète l'article 301 CE d'une manière large. Selon lui, l'article 301 CE – un pont vers le deuxième pilier – impose que les objectifs de la PESC doivent être réalisés en affectant les relations économiques de la Communauté avec le pays tiers.[20] Selon lui, cet article en tant que pont vers le deuxième pilier impose, les mesures doivent être destinées à interrompre ou réduire les relations économiques avec les pays tiers dans le domaine des mouvements de capitaux et de paiements.[21] Or, comme les gouvernements de la plupart des pays ne font pas office de gardiens[22] des relations et des activités économiques de chaque entité individuelle à l'intérieur de leurs frontières, les relations économiques avec tous les particuliers et les groupes d'un pays tiers font partie des relations économiques avec ce pays. Viser les premières affecte nécessairement les secondes.[23] C'est la raison pour laquelle les termes «relations économiques avec [...] les pays tiers» de l'article 301 CE comprennent aussi les relations économiques avec des particuliers ou des groupes n'exerçant pas un contrôle de type gouvernemental ni ayant de liens avec le gouvernement de ce pays. L'interruption des relations économiques avec des acteurs non étatiques rentre donc dans le domaine des moyens acceptables pour atteindre les objectifs autorisés par l'article 301 CE.[24] Par conséquent, l'avocat général conclut que les articles 301 CE et 60 CE constituaient, à eux seuls, une base juridique suffisante pour adopter des sanctions économiques à l'encontre des particuliers.

c) La position de la Cour

La Cour se rallie à la position du Tribunal en précisant aux motifs qu'une mesure caractérisée par l'absence de tout lien ave le régime dirigéant d'un pays tiers se heurte au libellé des articles 60 CE et 301 CE.[25] De plus, la Cour souligne – contrairement à l'avocat général – que le but du règlement (CE) n° 881/2002 n'est

---

Taylor, bien que lui eût été écarté du pouvoir présidentiel au Liberia presque un an avant que la résolution eût été adoptée par le Conseil de sécurité.

20 Conclusions de l'avocat général *Maduro* dans l'aff. C-402/05 P, *Kadi*, n° 12.

21 Ibid.

22 «*Gatekeepers*» dans la version originale des conclusions.

23 Conclusions de l'avocat général *Maduro* dans l'aff. C-402/05 P, *Kadi*, n° 13.

24 Ibid. n° 15.

25 Ibid., n° 166-168.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

pas d'affecter les relations économiques entre la Communauté et chacun des pays tiers dans lesquels ces trouvent les personnes soupçonnées d'être impliquées au terrorisme.[26]

d) Argumentation

(1) L'interprétation littérale[27]

Selon l'article 301 CE la position commune devrait prévoir une «action de la communauté visant à interrompre ou à réduire, en tout ou en partie, les relations économiques avec un ou plusieurs pays tiers». Les mots clefs ici sont le substantif «pays» et le verbe «viser à». Parce que le substantif «pays» au lieu du substantif «Etat» figure dans l'article 301 CE, le territoire concerné ne doit pas forcement être un Etat, il suffit un «régime» d'un territoire.[28] De plus, sont égelement inclus des territoires que ne sont pas (encore) des Etats en sens du droit international public.[29] Le verbe «viser à» signifie «tendre à» ou «avoir pour fin de». Il comprend donc un élément de finalité: l'interruption ou la réduction des relations économiques avec un ou plusieurs pays tiers doivent être le but, l'objectif de l'action de la communauté.[30] Cette élément de finalité ne se retrouve pas dans l'affaire *Kadi*: Pendant qu'une sanction à l'encontre d'un particulier ayant un lien avec un pays peut servir en tant que mesure de pression indirecte à l'égard de ce pays, une sanction à l'encontre d'un particulier n'a plus pour effet une telle pression indirecte à l'encontre d'un Etat, dès qu'il n'y a plus – comme en l'espèce – de lien entre l'Etat et le particulier.

Pour ce qui concerne l'article 60 CE, il convient, à titre liminaire, de mettre en exergue sa position dans le chapitre «les capitaux et les paiements» du traité CE. Pendent, il convient de mettre en exergue la position de l'article 60 § 1 CE dans le cadre du chapitre «les capitaux et les paiements» du traité CE: pendant que l'article 56 CE énonce le principe, c'est-à-dire la liberté des mouvements de capitaux et des paiements, les articles 57-60 CE en constituent des exceptions. Compte tenu de ce système, la liberté étant la règle, la restriction devrait demeurer

---

26 Ibid., n° 169.

27 Pour une justification d'une interprétation dans les limites du libellé même des textes multilingues, voir *Schilling*, Eine neue Rahmenstrategie für die Mehrsprachigkeit: Rechtskulturelle Aspekte, ZEuP 2007, p. 766-771.

28 *Gilsdorf/Brandtner*, in: v. d. Groeben/Schwarze (dir.), EU-/EG-Kommentar, 6e éd. 2004, article 301 CE, pt. 4.

29 *Huber*, in: Meyer, (note 10), article 301 CE, pt. 7.

30 Ce résultat est confirmé par d'autres versions linguistiques de l' article 301 qui comprennent, elles aussi, un élément de finalité: Au verbe «visant à» correspondent, dans la version allemande «*um* [...] *zu*», dans la version anglaise «*to*» (au sens de «*in order to*») et dans la version espagnol «*para*».

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

l'exception, *singularia non sunt extendenda.*[31] Par conséquent, des exceptions comme l'article 60 § 1 CE ne pourraient faire l'objet que d'une interprétation restrictive.

Selon l'article 60 § 1 CE, le Conseil peut prendre des «mesures à l'égard des pays tiers concernés». Le terme «à l'égard» est un synonyme pour «envers» ou «vis-à-vis». Le libellé de l'article 60 § 1 CE ne laisse donc pas penser aux individus en tant que destinataires des mesures communautaires. Ce résultat est confirmé par les versions anglaise («*mesures* [...] *as regards to the third countries concerned*») et espagnole («*medidas* [...] *respecto de los terceros países de que se trata*»). La version allemande, quant à elle, est moins claire: Au lieu de «*Maßnahmen gegenüber den betroffenen dritten Ländern*», ce qui aurait clairement défini les pays tiers comme seules destinataires valables, on trouve «*Sofortmaßnahmen auf dem Gebiet des Kapital- und Zahlungsverkehrs mit den betroffenen dritten Ländern*», c'est-à-dire des mesures dans le domaine des mouvements des capitaux et des paiements avec des pays tiers.[32] D'ailleurs, alors que la version allemande, en n'associant le terme «pays tiers» non pas aux mesures, mais au mouvement des capitaux et aux paiements, ne prescrit pas expressément les pays tiers comme seuls destinataires des mesures, elle n'exclue pas une telle interprétation non plus.

Une comparaison entre l'article 60 § 1 CE et l'article 60 § 2 CE confirme que les destinataires dans les deux paragraphes ne sont que des pays: L'article 60 § 2 CE, même dans sa version allemande, ne laisse aucun doute que – en ce qui concerne les mesures employées par les pays membres de l'UE – seuls des pays sont des destinataires valables.[33] Dans l'hypothèse où l'article 60 § 1 CE comprend aussi des mesures contre des particuliers, contrairement à l'article 60 § 2 CE, pourquoi les Etats membres ne peuvent-ils – dans l'absence des mesures du Conseil – prendre de mesures unilatérales qu'à l'encontre des Etats? Autrement dit: il paraît difficile à comprendre pourquoi la Communauté serait compétente en vertu du premier paragraphe d'adopter des mesures contre et des pays tiers et des individus, alors que les Etats membres, dans l'absence de telles mesures communautaires, ne peuvent adopter en vertu du deuxième paragraphe que des mesures contres des pays tiers.[34]

---

31 Dig. 40, 5, 23 § 3 à la fin; Dig. 41, 2, 44 § 1.

32 Plus clair est, à cet égard, l'article 59 CE, où les termes «à l'égard des pays tiers» correspondent à «*gegenüber Dritten Ländern*» dans la version allemande.

33 Article 60 § 2 CE porte sur «des mesures unilatérales contre un pays tiers» («*einseitige Maßnamen gegenüber dritten Ländern*», «*unilateral measures against a third country*»; «*medidas unilaterales contra un tercer país*»).

34 Cet argument est valable nonobstant le fait que les Etats membres sont – indépendamment de l'article 60 § 2 CE – compétents pour prendre des mesures contre des particuliers, notamment en vertu de l'article 58 CE: Les conditions pour agir prévues dans l'article 58 CE diffèrent par rapport à celles prévues dans l'article 60 § 2 CE.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

En résumé, selon le libellé, une mesure en vertu des articles 301 CE et 60 CE doit répondre à une double condition.[35] D'abord, la mesure doit avoir pour objectif l'interruption ou la réduction des relations économiques avec un pays tiers. Ensuite, ce pays tiers doit aussi être le destinataire de cette mesure. D'après le libellé, contrairement aux conclusions de l'avocat général, les articles 301 CE et 60 CE ne servent donc pas comme base juridique en l'espèce.

(2) L'interprétation historique

L'article 301 CE a été introduit dans le traité CE par le traité de Maastricht pour créer une base juridique pour la mise en œuvre des sanctions économiques par la Communauté. L'article 133 CE en tant que base juridique avait entraîné trop d'insécurité juridique quant à la compétence de la Communauté pour des mesures d'embargo[36] et quant à son champ d'application.[37] Dans la plupart des cas, l'article 301 CE a été employé pour la mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité.[38] A l'époque, de sanctions économiques étaient des sanctions contre des pays. Après que des sanctions «intelligentes» soient apparues, surtout sur le plan international au sein du Conseil de sécurité, les Etats membres ont essayé d'adapter les traités: L'article III-160 § 1 et l'article III-322 § 2 du traité constitutionnel prévoyaient expressément des mesures contre des particuliers, ainsi que le prévoient l'article 215 § 2[39] et l'article 75 § 1[40] du traité sur le fonctionnement de l'UE. Le libellé des article 301 et 60 CE correspond donc aux exigences du droit international de l'époque. Les rédacteurs du traité CE n'ont pas considéré qu'une sanction internationale pouvait s'adresser directement à des personnes physiques ou morales. C'est-à-dire que par ce libellé, les rédacteurs n'ont pas voulu limiter les compétences extérieures de la Communauté[41] ni exclure les sanctions à l'encontre des individus, ils n'y ont simplement pas pensé.

---

35 *Steinbarth*, Individualschutz gegen Maßnahmen der EG zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus, ZEuS 2006, p. 274.

36 *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, (note 9), article 301 CE, pt. 1.

37 *Gilsdorf/Brandtner*, in: v. d. Groeben/Schwarze, (note 28), article 301 CE, pt. 2.

38 *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, (note 9), article 301 CE, pt. 3.

39 «[...], le Conseil peut adopter, [...], des mesures restrictives à l'encontre de personnes physiques ou morales, de groupes ou d'entités non étatiques.».

40 «[...], en ce qui concerne la prévention du terrorisme et des activités connexes, ainsi que la lutte contre ces phénomènes, le Parlement européen et le Conseil [...] définissent un cadre de mesures administratives concernant les mouvements de capitaux et les paiements, telles que le gel des fonds, des avoirs financiers ou des bénéfices économiques qui appartiennent à des personnes physiques ou morales, à des groupes ou à des entités non étatiques, sont en leur possession ou sont détenus par eux.»

41 *Bultermann*, (note 14), p. 763.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

(3) L'interprétation systématique

Des dispositions du droit primaire comme les termes «relations économiques avec un pays tiers» doivent être interprétées à la lumière du principe d'attribution des compétence de l'article 5, alinéa 1, CE[42] et à la lumière des des principes généraux[43] comme des droits fondamentaux[44] ou le principe de sécurité juridique.[45]

Compte tenu du principe d'attribution, la compétence des Etat étant la règle, le transfert de compétences au profit de la Communauté devant demeurer l'exception, cette interprétation a tendance à être restrictive.[46] Le principe d'attribution des compétences s'oppose surtout à une argumentation négative en ce qui concerne les compétences de la Communauté,[47] comme le raisonnement suivant du Tribunal «[...] rien, dans le libellé des ces dispositions, ne permet d'exclure l'adoption des mesures restrictives [...]»[48] – une compétence communautaire ne se présume pas. Ainsi, en l'espèce, le principe d'attribution des compétences lutte contre l'application des articles 301 CE et 60 CE comme bases juridiques pour des sanctions à l'encontre des particuliers.[49]

---

42 CJCE, aff. C-376/98, *Publicité et parrainage en faveur des produits du tabac*, Rec. 2000, I-8419, pt. 83.

43 *Bleckmann*, Die Rechtsquellen des Europäischen Gemeinschaftsrechts, NVwZ 1993, p. 826; *Szczekalla*, Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, 2e éd. 2003, § 11, pt. 31, § 12, pt. 17. Selon *Jacqué*, Droit institutionnel de l'Union européenne, 4e éd. 2006, para. 859, sans rentrer dans la question difficile sur une éventuelle hiérarchie entre les dispositions des traités et les principes généraux du droit (pour autant que les derniers sont assimilés eux au droit primaire), c'est-à-dire la question qui prime lorsque les effets d'une disposition du traité entrent en conflit avec ceux d'un principe général du droit, la Cour aborde une telle question en terme de coexistence des droits en mettant en balance les deux intérêts en présence, ainsi établissant les conditions de compatibilité entre deux règles.

44 CJCE, aff. C-112/00, *Schmidberger*, Rec. 2003, I-5659, pt. 74; CJCE, aff. C-36/02, *Omega*, Rec. 2004, I-9609, pt. 35; CJCE, aff. C-341/05, *Laval*, Rec. 2007, I-11767, pt. 93 et suiv.; CJCE, aff. C-438/05, *Viking*, Rec. 2007, I-10779, pt. 77.

45 La Cour dans l'aff. C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf*, Rec. 1994, I-833, pt. 17 et suiv. a mis en avant le principe de sécurité juridique pour introduire dans les dispositions concernant le renvoi préjudiciel en appréciation de validité une règle de forclusion ne résultant pas de la lettre du traité. Egalement, le Tribunal dans l'aff. T-37/97, *Forges de Clabecq*, Rec. 1999, II-859, pt. 40 a interprété une disposition du droit primaire (en l'espèce l'article 33, alinéa 3, du traité CECA) à la lumière du principe de sécurité juridique.

46 *Jacqué*, (note 43), para. 189.

47 *Brown*, Kadi v Council of the European Union and Commission of the European Communities: Executive Power and Judicial Supervision at European Level, EHRLE 2006, p. 458; *Eckes*, Judicial review of European Anti-Terrorism Measures – The Yusuf and Kadi Judgements of the Court of First Instance, ELJ 2008, p. 80.

48 TPI, aff. T-315/01, *Kadi*, (note 5), pt. 89.

49 *Bartelt/Zeitler*, „Intelligente Sanktionen" zur Terrorismusbekämpfung in der EU, EuZW 2003, p. 715; *Rackow/Stegmiller*, EC Regulations: «Targeted Sanctions» Commentary, JCrimL 2007, p. 26.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Quant aux les droits fondamentaux, le fait que chaque sanction économique et financière porte atteinte au droit fondamental au respect de la propriété, garantie par l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et repris par l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne lutte, lui aussi, en faveur d'une interprétation restrictive des articles 301 CE et 60 CE.

En ce qui concerne le principe de sécurité juridique, il en découle la nécessité de clarté et de prévisibilité des règles juridiques. Tout acte des institutions qui produit des effets juridiques doit être clair, précis et porté à la connaissance de l'intéressé de telle manière que celui-ci puisse connaître avec certitude le moment à partir duquel ledit acte existe et commence à produire ses effets juridiques.[50] Cet impératif s'impose avec une rigueur particulière lorsqu'il s'agit d'un acte susceptible de comporter des conséquences financières, afin de permettre aux intéressés de connaître avec exactitude l'étendue des obligations qu'il leur impose.[51] En l'espèce, l'application des articles 301 CE et 60 CE entraînent des conséquences financières graves pour les personnes se trouvant sur la «liste noire». Par conséquent, le principe de sécurité juridique, lui aussi, lutte pour une interprétation restrictive des articles 301 CE et 60 CE, excluant ainsi des sanctions à l'encontre des particuliers n'ayant aucun lien avec un pays tiers.

(4) L'interprétation téléologique

Si l'on suppose que l'objectif de l'insertion des articles 301 CE et 60 CE dans le traité CE était donner à la Communauté un instrument pour mettre en œuvre toutes les sanctions économiques, et qu'à l'époque on n'a pas pu s'imaginer des sanctions économiques individualisées, et qu'on a par conséquent choisi un libellé qui exclut une partie des sanctions économiques, c'est-à-dire les sanctions individualisées, il convient de s'interroger – après l'émergence des sanctions individualisées – sur l'emploi d'un raisonnement par analogie. Le raisonnement par analogie consiste à étendre la solution édictée par un texte pour un cas à un cas semblable non prévu par le texte, en montrant que la raison d'appliquer la règle a la même force dans les deux cas, ce qui est démontré lorsque, dans la *ratio legis*, ce en quoi les cas sont semblables est déterminant pour l'application de la règle.[52] La

50 TPI, aff. T-115/94, *Opel Austria*, Rec. 1997, II-39, pt. 124; *Auby/Dero-Bugny*, Les principes de sécurité juridique et de confiance légitime, in: Bernard/Dutheil de la Rochère, Droit Administratif Européen, 2007, p. 476 et suiv.; *Jacqué*, (note 43), para. 856.

51 CJCE, aff. 169/80, *Gondrand Frères et Garancini*, *Gondrand and Garancini*, Rec. 1981, 1931, pt. 17; CJCE, aff. 70/83, *Kloppenburg*, Rec. 1984, 1075, pt. 11; CJCE, aff. 325/85, *Irelande/Commission*, Rec. 1987, 5041, pt. 18; CJCE, aff. 349/85, Danemark/Commission, Rec. 1988, 169, pt. 16.

52 *Cornu*, Vocabulaire juridique, 2e éd. 2001, p. 54 et suiv. Il convient de rappeler d'ailleurs que la séparation rigoureuse entre «interprétation» et «analogie» dans la méthodologie allemande ne

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

jurisprudence européenne applique souvent ce raisonnement.[53] Sa base étant le principe d'égalité,[54] un principe de droit primaire, la Cour l'emploie régulièrement à l'égard du droit dérivé. Cependant, dans certains arrêts portant sur l'interprétation du droit primaire, il a raisonné d'une manière comparable à l'analogie.[55]

D'abord, on peut douter du fait qu'il s'agisse d'un cas semblable en l'espèce: le cas des articles 301 CE et 60 CE (objectif: la réduction des relations économiques avec un pays tiers; destinataire: un pays tiers) et le cas de l'espèce (objectif: sanctionner économiquement des personnes physiques ou morales qui sont aussi les destinataires de telles mesures) présentent maintes différences.[56]

En suite, il convient de rappeler des réserves par principe à l'égard du raisonnement par analogie en ce qui concerne les bases juridiques. Ce raisonnement pourrait contredire le principe d'attribution des compétences. En outre, quelle serait la fonction de la doctrine des pouvoirs implicites ou la fonction de l'article 308 CE s'il était possible de trouver des bases juridiques non écrites par le recours au raisonnement par analogie? De plus, un raisonnement par analogie peut se heurter aux exigences de précision imposées par le principe de légalité supposant l'existence d'une habilitation légale pour un acte administratif faisant grief.[57] On pourrait même assimiler le «*blacklisting*» à une mesure pénale[58] qui l'oblige à une interprétation stricte selon l'article 17 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, repris par l'article 49 § 1 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, s'opposant à l'interprétation analogique.

---

correspond pas à la méthodologie dans d'autres pays membres ayant un concept plus large d'interprétation téléologique.

53 TPI, aff. T-74/00, T-76/00, T-83/00 jusqu'à T-85/00, T-132/00, T-137/00, T-141/00, *Artegodan*, Rec. 2002, II-4945, pts. 131 et suiv., 153 et suiv.; TPI, aff. T-44/01, T-119/01, T-126/01, *Vieira*, Rec. 2003, II-1209, pt. 163; CJCE, aff. C-254/03 P, *Eduardo Vieira*, Rec. 2005, I-237, pt. 65; CJCE, aff. C-130/02, *Krins*, Rec. 2004, I-2121, pt. 34 et suiv.

54 CJCE, aff. 810/79, *Überschär*, Rec. 1980, 2747, pt. 16; CJCE, aff. C-217/91, *Brandy*, Rec. 1993, I-3923, pt. 37; CJCE, aff. C-313/02, *Wippel*, Rec. 2004, I-9483, pt. 56.

55 CJCE, aff. 294/83, *Les Verts*, Rec. 1986, 1339, pt. 1365 et suiv.; voir *Grundmann*, Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den Europäischen Gerichtshof, 1997, p. 322-324.

56 Voir pour plus de détails *Eckes*, (note 47), p. 78.

57 Voir pour une prise de position différenciée quant au droit allemand *Schmidt*, Die Analogie im Verwaltungsrecht, VerwArchiv 2006, p. 152-161.

58 *Gutherie*, Security Council sanctions and the protection of individual rights, New York University Annual Survey of American Law 2004, p. 503 et suiv.; *de Wet/Nollkaemper*, Review of Security Council Decisions by National Courts, GYIL 2002, p. 177; *Mariatte*, Note à TPICE, 31 janv. 2007 aff. T-362/04, Minin/Commnission, Europe 2007, p. 10 (le blacklisting constitue une «étrange catégorie d'accusation pénale»); le suisse *Marty*, rapporteur du Conseil de l'Europe sur les listes noires, les assimile à une «*zivile Todesstrafe*», voir Süddeutsche Zeitung, 22.1.2008.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3. Résultat

Les articles 60 CE et 301 CE ne peuvent pas servir de base juridique au règlement en question.

II. L'article 133 CE

Pour autant qu'il s'agisse des mesures concernant la PESC ou de mise en œuvre des résolution de l'ONU, l'article 301 CE est *lex specialis* par rapport à l'article 133 CE.[59] Sans trancher la question difficile si, en l'absence d'une mesure PESC prévoyant des sanctions, la Communauté peut – au lieu de recourir à l'article 301 CE – adopter des sanctions économiques sur la base de l'article 133 CE,[60] force est de constater que la Communauté ne peut plus recourir à l'article 133 CE dès qu'une mesure PESC au sens de l'article 301 CE existe.[61]

III. Un pouvoir implicite

La Communauté ne dispose pas seulement des compétences qui lui sont attribuées en termes exprès par le traité. Outre ses compétences expresses, la Communauté dispose des compétences nécessaires pour pouvoir réaliser celles-ci.[62] Autrement dit: «[...] les règles établies par un traité impliquent les normes sans lesquelles ces règles n'auraient pas de sens ou ne pourraient pas être appliquées utilement ou raisonnablement.»[63] A fin de ne pas contrarier le principe d'attribution des compétences, ce principe ne confère à la Communauté que les pouvoirs nécessaires pour appliquer une compétence expressément conférée à la Communauté.[64]

En l'espèce, la compétence expresse de la Communauté d'adopter des sanctions économiques à l'encontre des pays tiers en vertu des articles 301 CE et 60 CE n'est pas une compétence qui pourrait seulement être appliquée utilement ou raisonnablement si la Communauté disposait aussi de la compétence pour adopter des sanctions économiques à l'encontre des particuliers n'ayant pas de lien avec un

---

59 *Müller-Ibold*, in: Lenz/Borchardt (dir.), EUV/EGV, 3e éd. 2003, article 301 CE, pts. 12, 13. L'opinion divergente *Weitzel*, in: Léger, Commentaire article par article des traités UE et CE, 2000, article 301 CE, pt. 15.

60 *Kokott*, in: Streinz (dir.), EUV/EGV, 2003, article 301 CE, pt. 14; pour cette possibilité *Gilsdorf/Brandtner*, in: v. d. Groeben/Schwarze, (note 28), article 301 CE, pt. 10.

61 *Kokott*, in Streinz, (note 60), article 301 CE, pt. 36. Voir aussi les pts. 183-187 de l'arrêt dans les aff. jointes C-402/05 P, *Kadi* et C-415/05 P, *Al Barakaat*.

62 *Jacqué*, (note 43), para. 189.

63 CJCE, aff. 8/55, *Fédéchar*, Rec. 1956, 297, 312.

64 *Zuleeg*, in: v. d. Groeben/Schwarze, (note 28), article 5 CE, pt. 3.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

pays. Au contraire: alors que des mesures contre des particuliers ayant un lien avec un pays tiers peuvent être considérées nécessaires pour appliquer utilement et raisonnablement la compétence d'adopter des sanctions économiques à l'encontre d'un pays tiers,[65] l'objectif de la sanction «intelligente» est de remplacer des sanctions à l'encontre d'un pays. Le Tribunal lui-même invoque des «préoccupations d'ordre humanitaire»,[66] qui signifie que la population civile est mieux protégée si on adopte une sanction «intelligente» au lieu d'une sanction contre tout un pays.

IV. L'article 308 CE

Les sanctions ne peuvent pas êtres basées sur le seule article 308 CE. Car l'article 308 CE ne pose pas – contrairement à l'article 301 CE – la condition d'un acte PES%C préalable. Baser les sanctions seulement sur l'article 308 CE aboutirait donc à contourner les pouvoirs des Etats membres dans le cadre de la PESC.[67]

V. L'article 308 CE, utilisé conjointement avec les articles 301 CE et 60 CE

1. La procédure conforme aux articles 60 CE, 301 CE et 308 CE

Les articles 301 CE et 60 CE prévoient une décision du Conseil statuant à la majorité qualifiée sans participation du Parlement, pendant que l'article 308 CE prévoit que le Conseil statue à l'unanimité après consultation du Parlement. Malgré ces différences il n'est pas interdit au Conseil de recourir à l'article 308 CE conjointement avec d'autres bases juridiques à deux conditions: Le Conseil doit appliquer le standard le plus élevé et les deux procédures sont conciliables.[68] En l'espèce, le Conseil peut faire ainsi en statuant à l'unanimité après consultation du Parlement. Ainsi, la participation du Parlement n'est pas compromise.

2. «Dans le fonctionnement du marché commun» au sens de l'article 308 CE

Le Tribunal semble avoir interprété l'article 308 CE comme si les termes «dans le fonctionnement du marché commun» n'y figuraient pas.[69] La Cour, quant à elle,

---

65 Si on poussait cette logique plus loin, on pourrait fonder une telle compétence sur un pouvoir implicite au lieu de la fonder – comme l'ont fait le Tribunal et la Cour – sur une interprétation extensive des articles 301 CE et 60 CE.

66 TPI, aff. T-315/01, *Kadi*, (note 5), pt. 91.

67 *Bartelt/Zeitler*, (note 49), p. 715.

68 *Stangos/Gryllos*, Le droit communautaire à l'èpreuve des réalités du droit international: leçons tirées de la jurisprudence communautaire récente relevant de la lutte contre le terrorisme international, Cahiers de droit européen 2006, p. 463 avec référence à la jurisprudence.

69 Ibid., p. 460.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

constate qu'un «lien» avec le fonctionnement du marché commun est une condition d'application de l'article 308 CE,[70] et qu'à son avis le règlement litigieux sert à éviter une distorsion de la concurrence,[71] bien que le Tribunal ait démontré d'une manière convaincante que le règlement en cause ne visait aucunement à éviter une distorsion de la concurrence dans le marché commun.[72]

Contrairement à la position de la Cour, il n'est pas clair pourquoi les termes «dans le fonctionnement du marché commun» doivent être interprétés comme renvoyant aux objectifs de la Communauté liés au fonctionnement du marché commun. Pourquoi les objectifs de la Communauté concernant le marché commun doivent-ils être privilégiés par rapport aux autres objectifs de la Communauté? L'article 5 § 1 CE ne fait pas allusion à une telle hiérarchie. Tous les objets de la Communauté sont compris à l'article 308 CE. Les termes «dans le fonctionnement du marché commun» signifient seulement que la poursuite d'un des objectifs de la Communauté n'affecte négativement le fonctionnement du marché commun.[73] Comme ceci n'est pas le cas en l'espèce, les termes «dans le fonctionnement du marché commun» ne posent aucun problème quant à l'application de l'article 308 CE.

3. «L'un des objets de la Communauté» au sens de l'article 308 CE

Selon l'article 308 CE, l'action envisagée doit poursuivre la réalisation d'un des objectifs de la Communauté.[74] Ces derniers sont essentiellement définis à l'article 3 CE qui fixe les objectifs de la Communauté, à l'article 4 CE et à l'article 2 CE, mais peuvent également découler des dispositions plus spécifiques.[75] La lutte contre le terrorisme international et, plus particulièrement, l'imposition des sanctions économiques et financières à l'encontre d'individus et d'entités soupçonnés de contribuer à son financement, peuvent-elles être rattachées à l'un des objets assignés par le traité à la Communauté?

a) La position du Tribunal de première instance

Selon le Tribunal, l'imposition de sanctions économiques et financières à l'encontre des individus et d'entités soupçonnés de contribuer au financement du

70 CJCE, aff. C-402/05 P, *Kadi*, pts. 200, 229.

71 Ibid., pt. 230 et suiv.

72 TPI, aff. T-315/01, *Kadi*, (note 5), pts. 105-114.

73 *Rossi*, in: Calliess/Ruffert, (note 9), article 308 CE, pt. 42.

74 Par cela, l'article 308 CE ne déroge pas au principe d'attribution des compétences, parce que l'article 5 § 1 CE fait expressément référence aux objectifs de la Communauté.

75 *Jacqué*, (note 43), para. 193; *Rossi*, in: Calliess/Ruffert, (note 9), article 308 CE, pts. 31-34.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

terrorisme international ne peut être rattachée ni à un des objets explicitement assignés à la Communauté par les articles 2 CE et 3 CE ni à un objectif général «implicite» fixé à la communauté de défendre la paix et la sécurité internationales.[76] L'objet en l'espèce, la mise en œuvre d'une politique étrangère et de sécurité commune relève exclusivement des objectifs du traité UE, notamment l'article 2 UE.[77] La lutte contre le terrorisme international et son financement, relève des objectifs de l'Union au titre de la PESC, tels qu'ils sont définis à l'article 11 UE.[78] Comme l'article 308 CE ne peut pas être interprété comme autorisant de façon générale aux institutions de réaliser l'un des objectifs du traité UE.[79] Il ne constitue pas, d'après le Tribunal, à lui seul une base juridique pour le règlement n° 881/2002.

Cependant, pour permettre à l'Union et son pilier communautaire de s'adapter à des nouvelles menaces venant des particuliers portant atteinte à la paix et à la sécurité internationales, le Tribunal juge possible le recours à la base juridique cumulée des articles 308 CE, 301 CE et 60 CE.[80] Le Tribunal met en avant que – bien que l'article 308 CE ne puisse pas servir, de façon générale, pour réaliser l'un des objectifs du traité UE[81] – dans le contexte particulier envisagé par les articles 60 CE et 301 CE, le recours à la base juridique complémentaire de l'article 308 CE se justifie au nom de l'exigence de cohérence énoncée à l'article 3 UE.[82] Par conséquent, à titre exceptionnel, l'article 308 CE peut être utilisé en l'espèce, conjointement avec les articles 301 CE et 60 CE, pour réaliser un objectif du traité UE.

b) La position de la Cour

La Cour constate que, elle constate que «l'un des objets de la Communauté» au sens de l'article 308 CE n'inclut pas les objectifs de la PESC.[83] Elle estime cependant que les articles 60 CE et 301 CE sont l'expression d'un objectif communau-

---

76 TPI, T-306/01, *Yusuf*, (note 5), pts. 152-154.

77 Ibid., pts. 134-157.

78 TPI, aff. T-315/01, *Kadi*, (note 5), pt. 131.

79 TPI, aff. T-306/01, *Yusuf*, (note 5), pt. 156.

80 TPI, aff. T-315/01, *Kadi*, (note 5), pt. 133.

81 Ibid., pt. 120.

82 Ibid., pt. 128. Voir à cet égard *Rackow/Stegmiller*, Humanitäres Völkerrecht, 2007, p. 74 pour une explication de la position du Tribunal: „*Im Argumentationsgang des Gerichts fungiert die Kohärenzklausel des Art. 3 EUV damit als eine Art Rechtsfolgenverweisung auf Art. 308 EGV. Denn jene Norm, deren Voraussetzungen - wie das EuG ja in aller Deutlichkeit herausstellt - nicht vorliegen, soll nur in ihrer lückenfüllenden Rechtsfolge auf den Bereich der Umsetzung intergouvernementaler Kooperation innerhalb der ersten Säule anwendbar sein.*"

83 CJCE, aff. C-402/05 P, *Kadi*, pt. 200 et suiv.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

taire implicite et soujacent, à savoir celui de rendre possible l'adoption de mesures restrictives de nature économique afin de mettre en œuvre des actions décidées dans le cadre de la PESC.[84]

c) Argumentation I: objectif de l'Union ou objectif communautaire?

La réalisation, même à titre exeptionel, d'un objectif de l'Union par la voie de l'article 308 CE, envisagée par le Tribunal, n'est pas convaincant. D'abord, ce serait interpréter l'article 308 CE à l'encontre du libellé exprès de cette disposition. Certes, le Tribunal a exclu la possibilité d'exploiter l'article 308 CE pour l'ensemble des mesures de la PESC ou de la JAI en soulignant l'importance des articles 301 et 60 CE dans la structure de son raisonnement.[85] La recherche d'implications plus générales sur la base d'une extrapolation du raisonnement du Tribunal n'est donc pas justifiée.[86] Cependant, donner à la Communauté la possibilité de réaliser, par la voie de l'article 308 CE, même à titre exceptionnel, un objectif de l'Union serait ignorer la différence fondamentale entre les objectifs de la Communauté et les objectifs de l'Union: les premiers servent à limiter les compétences de la Communauté par rapport aux Etats membres, contrairement aux derniers, qui relèvent des piliers intergouvernementaux.[87] Comme les Etats membres ont conservé leurs compétences dans le domaine de la PESC, ils n'ont pas besoin de les défendre contre une organisation supranationale.[88]

S'il est vrai que la Cour est en train de rapprocher prudemment les deux piliers intergouvernementaux au pilier communautaire,[89] elle n'anticipe pas sur une éventuelle fusion des trois piliers.[90] Cela allait à l'encontre de son propre avis,

---

84 Ibid., pt. 226. D'ailleurs, la Cour n'a pas constaté que l'objet des articles 301 CE et 60 CE est de permettre à la Communauté de mettre en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité suite à un acte adopté dans le cadre de la PESC. Ainsi, elle voulait peut-être éviter à devoir se prononcer sur le droit international; voir en ce sense *Kämmerer*, Die Urteile „Kadi" und „Yusuf" des EuG und ihre Folgen, EuR 2008, Beiheft 1, p. 72 quant à l'arrêt du Tribunal.

85 CJCE, aff. C-402/05 P, *Kadi*, pt. 128.

86 *Stangos/Gryllos*, (note 68), p. 459.

87 *Eckes*, (note 47), p. 80. Voir aussi l'article 5, alinéa 1, CE: «La Communauté agit dans les limites [...] des objectifs qui lui sont assignés par le présent traité.»

88 CJCE, aff. C-124/95, *Centro-Com*, Rec. 1997, I-81, pt. 24; Conclusions de l'avocat général *Jacobs* sous l'arrêt *Centro-Com*, Rec. 1997, I-81, n° 40. Voir aussi l'article 11 § 1 UE: «L'Union définit et met en œuvre une politique étrangère et de sécurité commune couvrant *tous* les domaines de la politique étrangère et de sécurité, [...]».

89 *Giegerich*, Verschmelzung der drei Säulen der EU durch europäisches Richterrecht?, ZaöRV 2007, p. 351 et suiv. brosse un tableau équilibré de la situation actuelle.

90 Voir CJCE, aff. C-402/05 P, *Kadi*, pt. 202: «La coexistence de l'Union et de la Communauté en tant qu'ordres juridiques intégrés mais dinstincts ainsi que l'architecture constitutionelle des piliers voulues par les auteurs des traités actuellement en vigueur [...].».

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

selon lequel l'article 308 CE ne saurait permettre l'adoption de dispositions «qui aboutiraient en substance, dans leurs conséquences, à une modification du traité échappent à la procédure que celui-ci prévoit à cet effet.»[91]

On pourrait même tirer un argument de l'article 47 UE disant que cet article n'interdit pas seulement une affectation «négative» d'une disposition communautaire par une disposition du traité UE, mais impose une interdiction d'interférence absolue qui exclurait l'emploi de l'article 2 UE pour «réviser» l'article 308 CE.[92] Pourtant, la Cour ne s'est pas encore prononcée en faveur de cette conception d'une interdiction absolue d'interférence.[93]

Contrairement à la position du Tribunal, la position de la Cour dans l'affaire *Kadi* est convaincante. Pourquoi ne peut-on pas arguer que l'objet des articles 301 CE et 60 CE est de permettre à la Communauté de mettre en œuvre des actes adoptés dans le cadre de la PESC?[94] Nonobstant le fait que les articles 301 et 60 CE servent aussi à poursuivre certains objets de l'Union, ils s'agit quand même des disposition communautaires, dont les objets font partie des objets de la Communauté.[95] Même s'il est clair qu'il s'agit d'un objectif de l'Union, on pourrait arguer que cela n'exclut pas forcément qu'il s'agisse d'un objectif de la Communauté. Rien dans les traités permet de conclure qu'il y a une exclusivité d'objets: le traité CE peut ordonner à la Communauté de poursuivre certains objectifs qui sont aussi des objectifs de l'Union. Une incorporation d'un objectif de l'Union dans le traité CE en tant qu'objectif communautaire est donc possible.

d) Argumentation II: la cohérence au sense de l'article 3 UE

Selon l'article 3 § 2, alinéa 1, UE, l'Union veille à la cohérence de l'ensemble de son action extérieure dans le cadre de ses politiques en matière de relations extérieures, de sécurité, d'économie et de développement. Selon l'article 3 § 2, alinéa 2, UE, le Conseil et la Commission ont la responsabilité d'assurer cette cohérence et

---

91 CJCE, Avis 2/94, Rec. 1996, I-1759. Dans le même avis elle constate que l'article 308 CE «faisant partie intégrante d'un ordre juridique institutionnel basé sur le principe des compétences d'attribution [...] ne saurait constituer un fondement pour élargir le domaine des compétences de la Communauté au-delà du cadre général résultant de l'ensemble des dispositions du Traité et, en particulier, de celles qui définissent les missions et les actions de la Communauté.»

92 *Stangos/Gryllos*, (note 68), p. 461.

93 CJCE, aff. C-176/03, *Commission/Counseil*, Rec. 2005, I-7879, pts. 39-53: «les actes dont le Conseil prétend qu'ils relèvent des titres V et VI du traité CE n'empiètent pas sur les compétences que les dispositions CE attribuent à la Communauté».

94 *Karayigit*, The Yusuf and Kadi Judgements: The Scope of the EC Competences in Respect of Restrictive Measures, Legal Issues of Economic Integration 2006, p. 393.

95 Ibid., p. 394.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

de coopérer à cet effet pour autant qu'ils exercent des compétences en vertu du traité UE. Cette responsabilité leur incombe aussi quand ils agissent dans le cadre des compétences en vertu du traité CE.[96] la Cour n'a pas pu eclairer, quelles obligations concrètes découlent de cette disposition.[97] Car, selon l'article 46 UE, la Cour n'est pas compétente de se prononcer sur l'article 3 § 2 UE.[98]

Selon *Steinbarth*,[99] l'article 3 UE correspond à un principe général de droit communautaire primaire qui devrait être mise en balance («*praktische Konkordanz*») avec les articles 301 et 60 CE. Il en résulte que, malgré le libellé de ces derniers, la Communauté a la compétence nécessaire pour adopter les mesures en l'espèce. Selon *Schmitter*,[100] l'article 3 § 2 UE donne mission au Conseil et à la Commission d'assurer la cohérence de l'ensemble de l'action extérieure de l'Union. La décision politique précédant nécessairement la décision communautaire, il semble bien que cette dernière soit subordonnée puisqu'elle doit être cohérente.

Or, les approches de *Steinbarth* et *Schmitter* conduiraient en fin de compte à une primauté des positions communes sur les dispositions de traité CE. Or, rien n'indique que l'exigence de cohérence n'insinue une hiérarchie entre les piliers au-delà de la nécessité que les actions respectives soient consistantes.[101] L'article 3 UE n'exprime qu'une volonté d'assurer, en dépit du maintien de la coexistence de deux logiques distinctes, la logique communautaire et la logique intergouvernementale, l'homogénéité de l'ensemble de la construction de l'Union.[102] Ceci pour-

96 *Blanke*, in: Calliess/Ruffert, (note 9), article 3 UE, pt. 17; *Garbagnati Ketvel*, The Jurisdicton of the European Court of Justice in Respect of the Common Foreign and Security Policy, ICLQ 2006, p. 85, note de bas de p. 38.

97 Son interprétation est d'autant plus difficile dans la mesure où les libellés de l'article 3 § 2 UE diffèrent considérablement: Pendant que, dans les versions française, allemande et espagnol, l'article 3 § 2 UE parle de «cohérence», «*Kohärenz*» ou «*coherencia*», la version anglaise emploie le terme «*consistency*». Selon ibid., p. 85, note de bas de p. 37, le terme «*consistency*» indique plutôt l'absence des contradictions, pendant que «cohérence» implique une connections positive. Selon *Tietje*, The Concept of Coherence in the Treaty on European Union – some Basic Assessements on the Common Foreign and Security Policy, EFAR 1997, p. 212 et suiv., deux concepts juridiques peuvent être plus ou mois cohérents, mais il ne peuvent être plus ou moins «*consistent*» – ils le sont ou pas.

98 Sauf si l'on considère l'article 3 § 2 UE, comme une disposition portant modification du traité CE au sens de l'article 46 lit. a) UE. A cet égard, il est interessant que la Cour s'est prononcée – brièvement – sur l'article 3 UE à pt. 204 de l'arrêt C-402/05 P, *Kadi*.

99 *Steinbarth*, (note 35), p. 275 et suiv.

100 *Schmitter*, in: Constantinesco/Kovar/Simon (dir.), Traité sur l'Union Européen, 1995, article 228a CE, pt. 7.

101 *Garbagnati Ketvel*, (note 96), p. 409. Voir à cet égard *Rackow/Stegmiller*, (note 49), p. 75: „[...] *so muss das Kohärenzgebot als Gebot gegenseitiger Abstimmung begriffen werden und nicht gleichsam als Sollbruchstelle der Tempelarchitektur.*"

102 *Simon*, in: Constantinesco/Gautier/Simon (dir.), Commentaire article par article des Traités d'Amsterdam et de Nice, 2007, p. 25 et suiv.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rait même entraîner l'obligation de s'abstenir de toute action contraire à une action précédente d'une autre institution ou d'une action susceptible de nuire à la cohérence (voir en ce sens l'article 11 § 2, alinéa 2, UE),[103] sans pour autant par ailleurs qu'un pilier prime sur l'autre. Qui plus est, selon le libellé de l'article 3 § 2, alinéa 3, UE, le Conseil et la Commission «assurent, *chacun selon ses compétences*, la mise en œuvre de ces politiques». Par conséquent, l'article 3 § 2, alinéa 2, UE ne crée pas de nouvelles compétences.[104] L'exigence de cohérence énoncée à l'article 3 UE se prononce sur l'utilisation des compétences sans s'exprimer sur leur attribution.

VI. Résultat

Le Conseil était compétent pour adopter le règlement (CE) n° 881/2002. La base juridique pertinente est l'article 308 CE, utilisé conjointement avec les articles 301 CE et 60 CE.

C. La compétence des juridictions communautaires pour contrôler la légalité du règlement (CE) n° 881/2002

I. La position du Tribunal de première instance

1. L'articulation entre l'ordre juridique international issu des Nations unies et l'ordre juridique national

Selon le Tribunal, du point de vue du droit international, la Charte des Nations unies – et, selon l'article 25 de la Charte des Nations unies, aussi une résolution du Conseil de sécurité[105] – prime sur le droit interne des Etats membres de l'ONU selon un principe de droit international coutumier codifié dans l'article 27 de la convention de Vienne sur le droit des traités: une partie ne peut pas invoquer les disposition de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité.[106] La Charte des Nations unies et les résolutions du Conseil de sécurité priment aussi

---

103 *Pechstein/Koenig*, Die Europäische Union, 3e éd. 2000, pt. 137; *Blanke*, in: Calliess/Ruffert, (note 9), article 3 UE, pt. 16.

104 *Siems*, Das Kohärenzgebot in der Europäischen Union und seine Justizibialität, 1999, p. 26; *Deja/Frau*, Smart Sanctions des VN-Sicherheitsrats und Spielräume bei deren Umsetzung innerhalb der EG, JURA 2008, p. 613.

105 TPI, aff. T-315/01, *Kadi*, (note 5), pt. 184.

106 Ibid., pt. 182. Il convient de souligner que le Tribunal ne s'exprime pas sur le point de vue des différents droits nationaux sur la relation entre le droit international et les différents ordres juridiques nationaux.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

sur le droit international conventionnel selon l'article 103 de la charte et conformément à l'article 30 de la convention de Vienne sur le droit des traités.[107]

Du point de vue du droit communautaire, l'article 307, paragraphe 1, CE précise que l'application du traité CE n'affecte pas l'engagement de l'Etat membre de respecter les droits des Etats tiers résultant d'une convention antérieure comme la Charte des Nations unies et d'observer ses obligations correspondantes.[108] De plus, l'article 297 CE a été spécifiquement inséré dans le traité CE afin de respecter cette règle de primauté.[109]

Le droit international ainsi que le droit communautaire «obligent» donc les Etats membres à laisser inappliquée toute disposition de droit communautaire, même de droit primaire, qui ferait obstacle à la bonne exécution de leurs obligations en vertu de la Charte des Nations unies et des résolutions du Conseil de sécurité qui en découlent. Autrement dit, en ce qui concerne les Etats membres, les résolutions adoptées par le Conseil de sécurité en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations unies priment sur les règles du droit communautaire.

2. L'articulation entre l'ordre juridique international issu des Nations unies et l'ordre juridique communautaire

Du point de vue de droit international, la Communauté, n'étant ni membre de l'ONU, ni destinataire des résolutions du Conseil de sécurité, ni le successeur aux droits et obligations de ses Etats membres, n'est pas directement liée par la Charte des Nations unies.[110]

Cependant, la Communauté est liée par la Charte des Nations unies en vertu du traité CE.[111] D'abord, l'article 297 CE manifeste la volonté des Etats membres de respecter leurs engagements au titre de la Charte des Nations unies.[112] Ensuite, l'article 307 CE implique l'obligation des institutions communautaires de ne pas entraver l'exécution des engagements des Etats membres au titre de la Charte des Nations unies.[113] Les Etats membres, en conférant des compétences à la Communauté, ont marqué leur volonté de la lier par les obligations contractées par eux en vertu de la Charte des Nations unies.[114] Ainsi, dans la mesure où, en vertu du

107 Ibid., pt. 183.

108 Ibid., pts. 185-187.

109 Ibid., pt. 188.

110 Ibid., pt. 192.

111 Ibid., pts. 193, 204, 207.

112 Ibid., pt. 196.

113 Ibid., pt. 197.

114 Ibid., pt. 200.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

traité CE, par exemple selon l'article 301 CE, la Communauté a assumé des compétences précédemment exercées par les Etats membres dans le domaine d'application de la Charte des Nations unies, les dispositions de cette charte ont pour effet de lier la Communauté.[115] De plus, outre la volonté des Etats membres de lier la Communauté, le Tribunal met en avant l'absence de pouvoir faire autrement, parce qu'ils n'ont pas pu, par l'effet d'un acte passé entre eux, transférer à la Communauté plus de pouvoirs qu'ils n'en avaient.[116]

La Communauté ne peut donc pas violer les obligations incombant à ses Etats membres en vertu de la Charte des Nations unies, ni entraver leur exécution (obligation négative) et, d'autre part, elle est tenue, en vertu du traité CE, d'adopter, dans l'exercice de ses compétences, toutes les dispositions nécessaires pour permettre à ses Etats membres de se conformer à cette obligation (obligation positive).[117] Autrement dit, en ce qui concerne la Communauté, les résolutions adoptées par le Conseil de sécurité en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations unies priment sur les règles du droit communautaire.

Il convient d'ajouter que selon ce résultat – contrairement à la position expressément prise par le Tribunal[118] – la Communauté constitue, en réalité, un successeur aux obligations de ses Etats membres vis-à-vis de l'ONU.[119] Cette succession ne découle pas du droit international, mais du droit communautaire: Si la Communauté ne remplie pas ces obligations, les Etats membres violent leurs obligations découlant de la Charte des Nations unies. En revanche, la responsabilité de la Communauté elle-même n'est engagée que vis-à-vis de ses Etats membres.[120]

3. L'étendue du contrôle juridictionnel de légalité

a) La compétence pour un contrôle juridictionnel à l'aune du droit communautaire

Tout contrôle de la légalité interne du règlement attaqué impliquerait selon le Tribunal qu'il examine, de façon incidente, la légalité des résolutions du Conseil de sécurité, parce que les institutions communautaires, en mettant en œuvre ces

115 Ibid., pts. 201-203.

116 Ibid., pt. 195.

117 Ibid., pt. 204.

118 Ibid., pt. 192.

119 *Stangos/Gryllos*, (note 68), p. 467. D'ailleurs, on pourrait arguer que même selon l'arrêt *Kadi*, la communauté ne succède pas seulement «aux droits et obligations des ses Etats membres», mais à certains droits et obligations de ses Etats membres, notamment les droits et obligations concernant les sanctions économiques et financières.

120 *Schmalenbach*, Normentheorie vs. Terrorismus: Der Vorrang des UN-Rechts vor EU-Recht, JZ 2006, p. 351; *Stangos/Gryllos*, (note 68), p. 467.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

résolutions, ne disposaient d'aucune marge d'appréciation.[121] Par conséquent, les juridictions communautaires ne peuvent apprécier le règlement attaqué sans procéder au contrôle indirect de la résolution.

Selon le Tribunal, sa compétence pour contrôler de manière incidente la légalité d'une résolution du Conseil de sécurité à l'aune des droits fondamentaux communautaires, ne saurait se justifier ni sur la base du droit international, ni sur la base du droit communautaire. Pour ce qui est de droit international, une telle compétence serait incompatible avec les articles 25, 48 et 103 de la Charte des Nations unies ainsi qu'avec l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.[122] Quant au droit européen, une telle compétence serait contraire aux articles 5 CE, 10 CE, 297 CE, 307, premier alinéa, CE, et 5 UE, et contraire au principe selon lequel les compétences de la Communauté, y compris celles du Tribunal, doivent être exercées dans le respect du droit international.[123] Le Tribunal va encore plus loin, en faisant une analogie au raisonnement dans l'affaire *Internationale Handelsgesellschaft*[124] qui avait été tenu par la Cour s'agissant de l'invocation des droits fondamentaux devant les juridictions des Etats membres à l'encontre de l'application uniforme de règlements communautaires.[125]

Le Tribunal n'est donc pas autorisé à remettre en cause de manière incidente la légalité des résolutions du Conseil de sécurité au regard du droit communautaire.[126] Au contraire, le Tribunal doit appliquer le droit communautaire d'une manière qui soit compatible avec les obligations des Etats membres au titre de la Charte des Nations unies.[127]

b) La compétence pour un contrôle juridictionnel à l'aune du «jus cogens» de droit international

Selon le Tribunal, il existe en droit international une limite au principe de l'effet obligatoire des résolutions du Conseil de sécurité: elles doivent respecter les dispositions péremptoires fondamentales du *jus cogens*.[128] Les instances de l'ONU ne peuvent pas déroger à ces règles supérieures du droit international.[129] Cette limi-

121 TPI, aff. T-315/01, *Kadi*, (note 5), pt. 214 et suiv.

122 Ibid., pt. 222.

123 Ibid., pt. 223. Selon *Schmalenbach*, in: Calliess/Ruffert, (note 9), article 307 CE, pt. 19, le Tribunal n'a pas motivé le fait que la Communauté soit liée à la résolution sur l'art. 307 CE.

124 CJCE, aff. C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Rec. 1970, 1125.

125 TPI, aff. T-315/01, *Kadi*, (note 5), pt. 224.

126 Ibid., pt. 225.

127 Ibid.

128 Ibid., pt. 230.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

te découle des articles 53 et 64 de la convention de Vienne sur le droit de traités, prévoyants la nullité des traités en conflit avec une norme impérative du droit international général,[130] ainsi que de l'article 24 § 2 de la Charte des Nations unies, selon lequel le Conseil de sécurité est tenu de respecter les buts et principes des Nations unies, notamment le respect des droits de l'homme ressortant du chapitre premier de la charte.[131] Dans le cas contraire, c'est-à-dire si les résolutions du Conseil de sécurité ne respectent pas le *jus cogens*, elles ne lieraient pas les Etats membres de l'ONU ni, dès lors, la Communauté.[132]

Par la suite, le Tribunal se juge habilité – qu'il soit permis de remarquer: sans donner de raison! – à contrôler, de manière incidente, la légalité des résolutions en cause du Conseil de sécurité au regard de droits fondamentaux, pour autant que ces droits relèvent des principes du *jus cogens*.[133]

II. La position de l'avocat général

1. Le rapport entre l'ordre juridique international et l'ordre juridique communautaire

Selon l'avocat général, le rapport entre le droit international et l'ordre juridique communautaire est régi par le dernier.[134] Le droit international ne peut interagir avec l'ordre juridique qu'aux seules conditions fixées par les principes constitutionnels de la Communauté.[135] Une fois que la Communauté est liée par une règle de droit international, les juridictions communautaires ne sont donc pas tenues de se plier à cette règle de plein gré et l'appliquer inconditionnellement dans l'ordre juridique communautaire,[136] cependant elles déterminent l'effet des obligations internationales dans l'ordre juridique communautaire par référence aux conditions fixées par le droit communautaire.[137] Les juridictions communautaires sont donc en principe compétentes pour contrôler les règlements communautaires à la lumière des droits fondamentaux communautaires, même quand ces règlements mettent en œuvre des obligations de la communauté découlant du droit

129 Ibid., pt. 231.

130 Ibid., pt. 227.

131 Ibid., pt. 228 et suiv.

132 Ibid., pt. 230.

133 Ibid., pt. 226.

134 Ibid., pt. 24.

135 Ibid.

136 Ibid.

137 Ibid., pt. 23.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

international.[138] Elles contrôlent si une norme de droit international ne peut pas être appliquée dans l'ordre juridique communautaire. Or, les effets juridiques d'un tel contrôle demeurent limités à l'ordre juridique interne de la Communauté.[139] Les conséquences juridiques dans l'ordre juridique international continuent d'être déterminées par les règles du droit international comme celles sur la responsabilité étatique ou celle prévue à l'article 103 de la Charte des Nations unies.[140]

2. Le statut accordé par l'ordre juridique communautaire aux mesures nécessaires pour la mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité

Existe-il dans le traité CE une base permettant de considérer que le règlement attaqué fait exception aux contraintes constitutionnelles normalement imposées par le droit communautaire, parce qu'il met en œuvre un régime de sanctions imposé par des résolutions du Conseil de sécurité? L'ordre juridique communautaire accorde-t-il un statut «supraconstitutionnel» aux mesures nécessaires pour la mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité?

Selon l'avocat général, il n'y a pas dans le traité une base dont il pourrait logiquement découler que des mesures prises pour mettre en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité ont un tel statut et bénéficient donc d'une immunité de contrôle juridictionnel.[141] Notamment l'article 307 CE ne peut pas exempter le règlement attaqué d'un contrôle juridictionnel: d'abord, l'article 307 CE ne sert pas de source pour une possible dérogation à l'article 6 § 1 UE.[142] De plus, cela serait incompatible avec l'article 49 UE.[143] En outre, cela pourrait permettre aux autorités nationales d'utiliser la Communauté pour contourner les droits fondamentaux garantis par leurs propres ordres juridiques nationaux, même pour les actes transposant des obligations internationales.[144] C'est aussi la raison pour laquelle une telle exception à l'article 6 § 1 UE pourrait entraîner des difficultés pour la réception du droit communautaire dans certains ordres juridiques nationaux.[145]

---

138 Ibid., pt. 40.

139 Ibid., pt. 39.

140 Ibid.; cependant voir *Tomuschat*, Die Europäische Union und ihre völkerrechtliche Bindung, EuGRZ 2007, p. 9.

141 Conclusions de l'avocat général *Maduro* dans l'aff. C-402/05 P, *Kadi*, n° 28.

142 Ibid., n° 31.

143 Ibid.

144 Ibid.

145 Ibid., bas de n° 34.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

III. La position de la Cour

Selon la Cour, la question de sa compétence se pose dans le cadre de l'ordre juridique interne et autonome de la Communauté, dont relève le règlement litigieux, et dans lequel la Cour est compétente pour contrôler la validité des actes communautaires au regard de droit fondamentaux communautaires.[146] Ni les États membres ni les institutions communautaires n'échappent à ce contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité CE.[147]

En faisant référence, entre autres, à l'arrêt dans l'affaire dit *MOX plant*,[148] la Cour rappelle qu'un accord international ne peut pas porter atteinte à l'ordre des compétences fixé par les traités et à l'autonomie du système juridique communautaire dont la Cour assure le respect en vertu de la compétence exclusive dont elle est investie par l'article 220 CE.[149] Les obligations qu'impose un accord international ne sauraient avoir pour effet de porter atteinte aux principes constitutionnels du traité CE, au nombre desquels figure le principe selon lequel tous les actes communautaires doivent respecter les droits fondamentaux.[150]

La Cour ajoute qu'un tel contrôle n'a pour objet que l'acte communautaire en question. Il n'incombe pas au juge communautaire de contrôler la légalité d'un acte du droit international, ce contrôle fût-il limité à l'examen de la compatibilité de cet acte avec le *jus cogens*.[151] Ainsi, le contrôle de la mesure communautaire de mise en œuvre ne remet pas en cause la primauté d'une résolution internationale au plan du droit international.[152]

Quant à la charte des Nations unies, la Cour constate qu'elle laisse aux membres de l'ONU le libre choix entre différents modèles possibles de réception dans leur ordre juridique de résolutions onusiennes.[153] Quant au traité CE, la Cour estime qu'une immunité juridictionnelle d'un acte communautaire tel que le règlement litigieux, en tant que corollaire du principe de primauté au plan du droit international des obligations issues des Nations unies n'y trouve aucun fondament.[154] Notamment les articles 307 CE et 297 CE ne sauraient être comprise comme autorisant une dérogation à l'article 6 § 1 UE.[155] Etant donné la procédure de l'article

146 CJCE, aff. C-402/05 P, *Kadi*, pt. 317.

147 Ibid., pts. 281, 316.

148 CJCE, aff. C-459/03, *Commission/Irlande*, Rec. 2006, I-4635, pt. 123.

149 CJCE, aff. C-402/05 P, *Kadi*, pt. 282.

150 Ibid., pt. 285.

151 Ibid., pt. 287.

152 Ibid., pt. 288.

153 Ibid., pt. 298.

154 Ibid., pt. 300.

155 Ibid., pt. 303 et suiv.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

300 § 6 CE, la Cour ajoute qu'une eventuelle place pour le résolutions onusiénnes dans la hierarchie des normes au sein de l'ordre juridique communautaires ne se trouverait au-delá du droit communautaire primaire.[156]

Finalement, la Cour a refusé de renoncer à exercer un contrôle de légalité à cause d'une protection suffisante des droits fondamentaux. Ceci lui n'apparaît pas justifiée, parce que en l'espèce, une protection jurdictionnelle n'est manifestement pas garantie.[157]

IV. Argumentation

Le point de départ de la discussion relève à la fois du domaine des compétences de la Cour et du domaine des droits fondamentaux: D'un côté, en principe, la Cour est compétente en vertu de l'article 230, alinéa 1, CE pour contrôler la légalité de chaque règlement du Conseil. Selon l'article 230, alinéa 2, CE, elle est compétente pour se prononcer sur le recours pour violation du «présent traité», c'est-à-dire elle contrôle la conformité d'un règlement par rapport au droit primaire, y compris les droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit primaire. De l'autre, la Cour est liée, dans l'exercice de ces compétences, au principe de protection juridictionnelle effective (droit à une protection juridictionnelle effective) des droits conférés aux justiciables par le droit communautaire, un principe général du droit communautaire selon l'article 6 § 2 UE.[158]

La compétence juridictionnelle pourrait être limitée en ce qui concerne le contrôle de légalité des règlements communautaires qui ne font que transposer une résolution du Conseil de sécurité en droit communautaire. Pour arriver à une telle immunité, il faudra d'abord que la Communauté soit liée par une résolution du Conseil de sécurité (1.), et ensuite que la résolution du Conseil de sécurité – plus précisément: l'acte communautaire la transposant – prime sur tout droit communautaire, y compris le droit primaire (2.).[159] Dans un tel cas de figure, si la Cour contrôlait la conformité du règlement par rapport au droit primaire, elle agirait à l'encontre des obligations supérieures découlant de la résolution du Conseil de sécurité.

156 Ibid., pts. 305-309.

157 Ibid., pts. 318-325.

158 CJCE, aff. C-432/05, *Unibet*, Rec. 2007, I-2271, pt. 37 (jurisprudence constante). Voir aussi les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (Droit à un recours effectif).

159 *Hörmann*, Völkerrecht bricht Rechtsgemeinschaft, AVR 2006, p. 270; *Irmscher*, Der Verpflichtungskonflikt der Staaten im Falle der intelligenten Sanktionen des UN-Sicherheitsrats, in: GS für Blumenwitz, 2008, p. 388 et suiv.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1. La Communauté est-elle liée aux résolutions du Conseil de sécurité?

Préalablement il convient de rappeler que ni l'avocat général ni le Tribunal ni la Cour pensent que la Communauté est tenue, en vertu d'une obligation du droit international public, d'accepter et d'appliquer les résolutions du Conseil de sécurité. La Communauté n'est ni membre de l'ONU, ni destinataire des résolutions du Conseil de sécurité, ni le successeur aux droits et obligations de ses Etats membres au sens du droit international public.[160] La question est donc de déterminer si la Communauté est liée – comme le pense le Tribunal – aux obligations résultant de la Charte des Nations unies en vertu du droit européen.

a) En vertu de la position commune 2002/402/PESC

Si la position commune PESC imposait à la Communauté de mettre en œuvre une résolution du Conseil de sécurité, la Communauté serait liée indirectement, par la voie de la position commune PESC, à la résolution du Conseil de sécurité. La position commune 2002/402/PESC oblige-t-elle donc la Communauté d'adopter un acte mettant en œuvre la résolution du Conseil de sécurité?

En vertu de l'article 15, alinéa 3, UE, «les Etats membres veillent à la conformité de leurs politiques nationales avec les positions communes». Comme une action commune,[161] une position commune ne s'adresse qu'aux Etats membres. Ces sont eux qui sont liés.[162] Il s'agit d'une obligation de prendre les décision nécessaires au sein du Conseil.[163]

De plus, l'hypothèse d'une obligation de la Communauté découlant de la position commune poserait des problèmes considérables. D'abord, une telle obligation aboutirait à une subordination du premier pilier au deuxième pilier en ce qui concerne les sanctions économiques.[164] Pourtant, une hiérarchie entre le deuxième pilier et le premier pilier semble contraire aux articles 46 lit. e) et 47 UE qui confèrent à la Cour la compétence de veiller à ce qu'aucune disposition du traité UE n'affecte pas le traité CE.[165] En outre, selon l'article 2 UE, l'Union se donne pour objectif de maintenir intégralement l'acquis communautaire. Par conséquent,

---

160 CJCE, aff. C-402/05 P, *Kadi*, pt. 192; TPI, aff. T-184/95, *Dorsch Consult*, Rec. 1998, I-667, pt. 74.

161 Voir l'article 14 § 3 UE: «Les actions communes engagent les Etats membres dans leurs prises de position et dans la conduite de leur action.»; voir aussi l'article 14 § 7 UE.

162 *Gilsdorf/Brandtner*, in: v. d. Groeben/Schwarze, (note 28), article 301 CE, pt. 9; *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, (note 9), article 301 CE, pt. 14.

163 Ibid.

164 Dans ce sense *Deja/Frau*, (note 104), p. 614.

165 CJCE, aff. C-176/03, *Commission/Counseil*, Rec. 2005, I-7879, pt. 39: «Il incombe à la Cour de veiller à ce que les actes dont le Conseil prétend qu'ils relèvent dudit titre VI n'empiètent pas sur les compétences que les dispositions du traité CE attribuent à la Communauté»

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

une mesure PESC ne peut pas lier la Communauté quand elle agit en vertu des compétences conférées par le traité CE.[166] Qui plus est, si l'obligation de la Communauté de mettre en œuvre la position commune avait son *causa* dans la position commune PESC, qui elle revête d'une immunité juridictionnelle en vertu de l'article 46 UE,[167] et si – comme en l'espèce – le règlement communautaire ne faisait que reprendre cette position commune, la conséquence logique serait que le règlement communautaire serait, lui aussi, assorti d'une immunité juridictionnelle.[168] Or, rien n'indique que les rédacteurs des traités ont voulu conférer aux actes découlant des articles 301 CE et 60 CE une immunité juridictionnelle.[169]

Ceci est en phase avec la pratique courante et la jurisprudence du Tribunal dans la mesure où le Conseil a fait valoir, lors de l'audience dans l'affaire *Modjahedines*, que, même s'il lui paraissait normal de veiller à la cohérence de ses actions au titre de la PESC et au titre du traité CE, en tant qu'institution communautaire auteur du règlement attaqué, en l'espèce «il ne s'estimait pas lié par les positions communes adoptées dans le domaine de la PESC par le Conseil en tant qu'institution composée des représentants des États membres».[170] Le Tribunal a souscrit à cet argument.[171]

Des positions communes ne lient donc que les Etats membres.[172] Comme les institutions communautaires ni ne sont ni ne se sentent liées à une position commune PESC, leurs règlements peuvent être contrôlés par la Cour à l'aune du traité CE.[173]

b) En vertu des articles 301 CE et 60 CE

Si les articles 301 CE et 60 CE imposaient à la Communauté de mettre en œuvre une position commune PESC qui, quant à elle, reprend une résolution du Conseil de sécurité, la Communauté serait liée indirectement, en vertu des articles 301 CE et 60 CE, à la résolution du Conseil de sécurité.

166 *Garbagnati Ketvel*, (note 96), p. 408.

167 Voir supra.

168 *Garbagnati Ketvel*, (note 96), p. 410; *Steinbarth*, (note 35), p. 279 et suiv.

169 *Stangos/Gryllos*, (note 68), p. 443.

170 TPI, aff. T-228/02, *Modjahedines*, (note 2), pt. 105.

171 Ibid., pt. 106 («à juste titre»).

172 *Hauptmann*, in: Constantinesco/Kovar/Simon, (note 100), article 73g, pt. 2.; *Huber*, in: Meyer, (note 10), article 301 CE, pt. 47; *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, 2002, article 60 CE, pt. 3.

173 *Faßbender*, Art. 19 Abs. 4 GG als Garantie innerstaatlichen Rechtschutzes gegen Individualsanktionen des UN-Sicherheitsrates, AöR 2007, p. 277.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Pour ce qui concerne l'article 60 § 1 CE, le terme «peut prendre» («*kann* [...] *ergreifen*», «*may* [...] *take*», «*podrá tomar*») confère une marge de manœuvre au Conseil.[174] Au moins, il pourrait s'agir d'une clause de habilitation, qui confère à la Communauté le pouvoir d'agir, et qui l'oblige d'une action conforme à la position commune quand elle agit, sans l'obliger d'agir.[175]

Le libellé de l'article 301 CE ne paraît conférer aucun pouvoir discrétionnaire ni au Conseil («le Conseil [...] prend les mesures»; dans d'autres versions linguistiques «trifft», «shall take», «adoptará») ni à la Commission. Dans le cadre de l'article 301 CE, la Commission serait donc obligée de proposer une mesure de mise en œuvre de l'acte PESC,[176] et le Conseil serait obligé de l'adopter.[177] Cependant, une telle obligation de la Communauté ignorait les différentes procédures de prise de décision (l'unanimité dans le cadre de l'article 23 § 1, alinéa 1, UE et majorité qualifiée de l'article 205 § 2 CE dans le cadre de l'article 301 CE).[178] De plus, il n'est pas concevable pourquoi, en présence d'une position commune PESC, le traité CE lie le Conseil plus fortement en ce qui concerne les sanctions économiques de l'article 301 CE qu'en ce qui concerne les sanctions financières de l'article 60 CE.[179] La différence des libellés de l'article 301 CE et de l'article 60 CE pourraient simplement être le résultat d'une faute de rédaction du traité CE.[180]

Ce résultat d'une marge d'appréciation communautaire en vertu des articles 301 CE et 60 CE est confirmé par les libellés pour autant que le Conseil prenne des

---

174 *Kiemel*, in: v. d. Groeben/Schwarze, (note 28), article 60 CE, pt. 5; *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf, (note 10), article 60 CE, pt. 11. Bien que l'article 60 § 1 CE comprenne la condition «si [...] une action de la Communauté est jugée nécessaire», ce qui pourrait insinuer un pouvoir discrétionnaire de la Communauté, le libellé entier est «si, dans les cas envisagés à l'article 301 CE, une action de la Communauté est jugée nécessaire», ce qui fait référence à «lorsqu'une position commune [...] prévoient une action de la Communauté» dans l'article 301 CE. Par conséquent, ce n'est pas un organe communautaire qui décide si une action de la Communauté serait nécessaire, mais c'est le Conseil en tant qu'institution composée des représentants des États membres, adoptant la position commune dans le cadre de la PESC en vertu de l'article 15, alinéa 1, UE, qui en décide.

175 *Hörmann*, (note 159), p. 280.

176 *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, (note 9), article 301 CE, pt. 15.

177 *Hörmann*, (note 159), p. 280.

178 *Sedlaczek*, in: Streinz, (note 60), article 60 CE, pt. 9.

179 Ibid., pt. 10. Or, selon *Hauptmann*, in: Constatinensco/Kovar/Simon, (note 100), article 73g, pt. 4; *Böhmer*, in: Calliess/Ruffert, (note 9), article 60 CE, pt. 2. Les articles 301 CE et 60 CE relèveraient d'un système de coercition dans lequel la coercition financière mise en œuvre par l'article 60 CE n'est qu'accessoire à la coercition économique de l'article 301 CE, dont elle suit le régime juridique («dans les cas envisagés à l'article 301»; «conformément à la procédure prévue à l'article 301»).

180 *Ohler*, (note 172), article 60 CE, pt 3. Voir aussi *Vignes*, Société française pour le droit international, 2000, p. 204.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mesures «nécessaires», et la Commission propose de telles mesures. Au moment de la proposition, c'est la Commission qui décide quelle mesure serait «nécessaire», au moment du vote au Conseil, c'est le Conseil qui décide ce qui est «nécessaire», et au bout du compte, c'est la Cour de justice qui peut en juger.[181]

Une telle appréciation discrétionnaire de la Communauté[182] est en phase avec la pratique des institutions et la jurisprudence. Ainsi, le Conseil a fait valoir, lors de l'audience dans l'affaire *Modjahedines*, que «la Communauté n'agit pas au titre d'une compétence liée par la volonté de l'Union ou par celle de ses États membres lorsque le Conseil prend, comme en l'espèce, des mesures de sanctions économiques sur la base des articles 60 CE, 301 CE et 308 CE. Au demeurant, ce point de vue est le seul compatible avec le libellé même de l'article 301 CE, aux termes duquel le Conseil décide en la matière «à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission», de même qu'avec celui de l'article 60, paragraphe 1, CE, aux termes duquel le Conseil «peut prendre», selon la même procédure, les mesures urgentes jugées nécessaires par un acte relevant de la PESC»,[183] argument auquel le Tribunal a souscrit.[184]

c) En vertu des articles 297 CE et 307 CE

Il n'est pas impossible d'argumenter en faveur d'une succession[185] d'une organisation internationale à des Etats sur la base notamment de l'article 307, alinéa 1, CE[186]: Si la convention antérieure a été conclue par tous les Etats membres et si le domaine ou l'objet de cette convention est entré dans le champ de la compétence communautaire, la Communauté elle-même est liée par la convention antérieure.[187] Autrement dit: De l'article 307 CE découle un principe général de substitution de la Communauté aux engagements antérieurs des Etats membres dès lors qu'ils interfèrent dans le champ des compétences communautaires.[188] En

181 *Huber*, in: Meyer, (note 10), article 301 CE, pts. 45, 47.

182 TPI, T-228/02, *Modjahedines*, (note 2), pt. 107.

183 Ibid., pt. 106.

184 Ibid. («à juste titre»).

185 Voir pour une différenciation entre «succession» et «substitution» *Osteneck*, Die Umsetzung von UN-Wirtschaftssanktionen durch die Europäische Gemeinschaft, 2004, p. 235. Par la suite, par souci de brièveté, les deux termes seront utilisés en tant que synonymes.

186 *Gautron/Grad*, Le droit international dans la construction de l'Union européenne, Société française pour le droit international, 2000, p. 199.

187 CJCE, aff. jointes 21/72 à 24/72, *International Fruit*, Rec. 1972, 1219, pt. 13, pourrait même être interprété dans ce sens. Or, cet arrêt sera examiné infra.

188 *Gautron/Grad*, (note 186), p. 91. Pour *Voss*, Die Bindung der Europäischen Gemeinschaft an vorgemeinschaftliche Verträge ihrer Mitgliedstaaten, RSDIE 1996, p. 189, l'obligation de la Communauté est *ultima ratio*.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

l'espèce, les «conventions conclues antérieurement au 1 janvier 1958 ou, pour les États adhérents, antérieurement à la date de leur adhésion» au sens de l'article 307 CE comprennent la Charte des Nations unies. Selon cette interprétation «irénique»,[189] la Communauté aurait substitué les Etats membres ou leurs aurait succédé en matière de sanctions découlant de la Charte des Nations unies.

Cependant, selon leurs libellés, les articles 297 CE et 307, alinéa 1, CE ne font que habiliter les Etats membres à dévier du droit communautaire afin de remplir leurs obligations découlant de la Charte des Nations unies. En déduire une obligation de la Communauté elle-même se heurtait déjà au libellé des articles qui ne s'adresse qu'aux Etats membres. Au contraire, force est de rappeler pour comparaison le libellé de l'article 71 § 2 CECA, qui lie expressément la CECA.[190]

De plus, l'objectif de l'article 307, alinéa 1, CE est la protection des intérêts des pays tiers qui ont conclu des accords avec des Etats membres, ce qui ne nécessite pas que la Communauté elle-même soit liée par cet accord.[191]

Ensuite, le Tribunal constate quant aux articles 307 CE et 297 CE, avant de trouver que la Communauté serait liée par la Charte des Nations unies, qu'«en application des dispositions spécifiques du traité» (il ne peut s'agir que des article 307 CE et 297 CE, les seuls articles CE mentionnés dans les paragraphes antécédents dans l'arrêt), les Etats membres «ont la faculté, et même l'obligation, de laisser inappliquée toute disposition du droit communautaire, fût-elle une disposition du droit primaire ou un principe général de ce droit, qui ferait obstacle à la bonne exécution de leurs obligations en vertu de la Charte des Nations unies.»[192] Force est de souligner que ni l'article 307 CE ni l'article 297 CE n'obligent les Etats membres de cette manière, ils leurs permettent de remplir leurs obligations internationales, rien de plus.[193] *A fortiori*, ni l'article 307 CE ni l'article 297 CE n'obligent la Communauté.[194]

En outre, les articles (voir surtout le libellé de l'article 307, alinéa 2, CE: «Dans la mesure où ces dispositions ne sont pas compatibles avec le présent traité, [...])

---

189 *Gautron/Grad*, (note 186), p. 91.

190 «Les pouvoirs attribués à la Communauté par le présent traité en matière de politique commerciale à l'égard des pays tiers ne peuvent excéder ceux qui sont reconnus aux Etats membres par les accords internationaux auxquels ils sont parties, sous réserve de l'application des dispositions de l'article 75.»

191 Conclusions de l'avocat général *Capotori* dans l'aff. 812/79, *Burgoa*, Rec. 1980, 2787, n° 2.

192 CJCE, aff. C-402/05 P, *Kadi*, pt. 190.

193 *Eeckhout*, Does Europe's Constitution stop at the Water's Edge? – Law and Policy in the EU's External Relations, 2005, p. 23; *Eckes*, (note 47), p. 83.

194 Voir également *Nettesheim*, U.N. Sanctions against individuals – a challenge to the architecture of European Union governance, CMLR 2007, p. 584.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

visent une situation dans laquelle il y a un conflit[195] entre les obligations communautaires des Etats membres et leurs obligations découlant d'une convention antérieure, une situation qui n'est envisageable que si la Communauté n'est pas liée elle-même à cette convention antérieure.[196]

Finalement, il convient de prendre en considération les deux autres alinéas de l'article 307 CE qui vont à l'encontre de toute tentation de déduire du premier alinéa un principe général de substitution. Le deuxième alinéa de l'article 307 CE doit être considéré comme une incitation, voire obligation, aux Etats membres à utiliser tous les moyens appropriés (et *a priori* la négociation avec leur partenaires pour apporter les modifications nécessaires aux obligations antérieures, mais aussi la résiliation de l'accord[197]) pour éliminer les incompatibilités constatées avec le traité.[198] Il s'agit d'un «indicateur explicite de la prévalence recherchée du traité au regard des engagements conventionnels antérieurs».[199] Cet alinéa n'envisage donc pas une situation durable qui est pourtant envisagée par les conventions à vocation universelle comme la Charte des Nations unies.[200] Le deuxième alinéa de l'article 307 CE signifie valable que la juxtaposition d'obligations contradictoires doit trouver à terme sa solution au profit de l'ordre communautaire.[201] Cela est d'autant plus quand on examine le libellé de l'article 106 § 1 du traité Euratom, qui prévoit – contrairement à l'article 307, alinéa 2, CE – expressément une négociation censée aboutir à une obligation de la Communauté.[202] Le troisième alinéa

195 A cet égard, selon *Lavranos*, UN Sanctions and Judical Review, NJIL 2007, p. 14 et suiv., il n'y a pas de conflit en l'espèce entre les obligations des Etats membres vis-à-vis des Nations unies et celles vis-à-vis de la Communauté, donc les Etats membres ne pourraient pas invoquer l'article 307 CE pour déroger à leurs obligations communautaires.

196 *Eckes*, (note 47), p. 86; *Hörmann*, (note 159), p. 278. Cependant, il convient de préciser qu'un tel conflit est même envisageable quand la Communauté elle-même est liée par substitution à la convention antérieurement conclues par les Etats membres: Si cette convention n'est pas conforme au droit primaire revêtant d'un rang supérieur par rapport aux accords internationaux liants la Communauté, elle ne lie pas la Communauté, alors qu'elle lie les Etats membres.

197 *Tomuschat*, in: v. d. Groeben/Schwarze, (note 28), article 281 CE, pt. 55.

198 *Rideau*, La participation de l'Union européenne aux organisations internationales, Société française pour le droit international, 2000, p. 363; *Rideau*, Droit institutionnel de l'Union européenne et des Communautés européenne, 5e èd. 2006, p. 211.

199 *Gautron/Grad*, (note 186), p. 90 et suiv.

200 *Tomuschat*, (note 140), p. 5.

201 *Fenet*, Droit des relations extérieures de l'Union européenne, 2006, pt. 254.

202 «Les Etats membres qui, avant le 1er janvier 1958 ou, pour les Etats adhérents, avant la date de leurs adhésion, ont conclu des accords avec des Etats tiers visant la coopération dans la domaine de l'énergie nucléaire sont tenues d'entreprendre conjointement avec la Commission les négociations nécessaires avec ces Etats tiers en vue de faire assumer, autant que possible, la reprise par la Communauté des droits et obligations découlant de ces accords.». Voir également § 14 de la Convention relative aux dispositions transitoires dans le cadre du traité CECA: «Dès l'entrée en fonction de la Haute Autorité, les Etats membres engageront des négociations avec

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

de l'article 307 CE, lui, rappelle aux Etats membres la spécificité de l'engagement communautaire devant les conduire à interpréter les conventions auxquelles ils sont parties, d'une manière restrictive.[203]

Ainsi, l'article 307, alinéa 1, CE ne peut pas être considéré comme source d'un principe de substitution ou de succession, surtout pas si la convention antérieure est la Charte des Nations unies n'ayant pas vocation à être assimilée à un engagement conventionnel ordinaire.[204] Egalement, les articles 297 et 307 CE obligent la Communauté de ne pas empêcher les Etats membres de remplir leurs obligations onusiennes, sans obliger la Communauté de remplir à la place des Etats membres leurs obligations onusiennes.[205]

Face à ces arguments, la jurisprudence constante de la Cour n'est pas surprenante. Ainsi a-t-elle écarté dans l'affaire *Burgoa* on ne peut plus clairement tout effet de substitution[206]:

> «Bien que l'article 307, alinéa 1, ne fasse état que des obligations des Etats membres, il manquerait son objectif s'il n'impliquait pas l'obligation des institutions de la Communauté de ne pas entraver l'exécution des engagements des Etats membres découlant d'une convention antérieure. Toutefois, cette obligation des institutions communautaires ne vise qu'à permettre à l'Etat membre concerné d'observer les engagements qui lui incombent en vertu de la convention antérieure sans, pour autant, lier la Communauté à l'égard de l'Etat tiers intéressé. »

d) En vertu de l'article 10 CE

La Communauté, même si elle n'est pas obligée à mettre en œuvre les résolutions du Conseil de sécurité, il lui est permis de le faire.[207] Etant donné que le droit communautaire est directement applicable dans les Etats membres et assorti d'une

---

les gouvernements des pays tiers, et en particulier avec le Gouvernement britannique, sur l'ensemble des relations économiques et commerciales concernant le charbon et l'acier entre la Communauté et ces pays. Dans ces négociations, la Haute Autorité, agissant sur instructions délibérées par le Conseil à l'unanimité, sera mandataire commun des gouvernements des Etats membres. Des représentants des Etats membres pourront assister aux dites négociations.»

203 *Rideau*, Droit institutionnel, (note 198), p. 211.

204 *Tomuschat*, (note 140), p. 5.

205 Autrement dit: Il s'agit d'une obligation négative de la Communauté de ne pas entraver l'exécution par ses Etats membres de leurs obligations, non pas une obligation positive de donner effet aux résolution du Conseil de sécurité. Voir dans ce sens *Hörmann*, (note 159), p. 279; *Osteneck*, (note 185), p. 226-234; *Schmalenbach*, in: Calliess/Ruffert, (note 9), article 307 CE, pt. 19.

206 CJCE, aff. 812/79, *Burgoa*, Rec. 1980, 2787, pt. 9.

207 *Schmalenbach*, (note 120), p. 352.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

primauté sur le droit national, on pourrait arguer qu'il ne serait plus possible aux Etats membres de remplir leurs obligations vis-à-vis des Nations unies si la Communauté, dans sa mesure de mise en œuvre, déviait de la résolution onusienne.[208] Ainsi la Communauté violerait le principe de la coopération loyale découlant de l'article 10 CE.[209] Autrement dit: si la Communauté décide de bon gré de mettre en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité, l'article 10 CE l'oblige à se conformer aux résolutions. L'article 10 CE interdit-il à la Communauté en plus de contrôler à l'aune des droits fondamentaux communautaires la mesure communautaire transposant – par le biais d'une position commune – une résolution du Conseil de sécurité? Cela dépend de la conséquence d'une annulation éventuelle du règlement communautaire suite à une tel contrôle. Si, dans le cas d'une annulation, les Etats membres ne peuvent plus remplir eux-mêmes leurs obligations découlant de la Charte des Nations unies, l'article 10 CE empêche la Communauté d'entreprendre une telle annulation.

Selon une jurisprudence constante, les Etats membres sont liés aux droits fondamentaux communautaires dans la mesure où leurs actions relèvent du domaine du droit communautaire.[210] L'avocat général construit que «si la Cour venait à annuler le règlement attaqué, au motif qu'il viole les règles communautaires de protection des droits fondamentaux, cela impliquerait que les États membres ne pourraient pas adopter ces mêmes mesures sans méconnaître, pour autant que ces mesures relèvent du champ d'application du droit communautaire, les droits fondamentaux protégés par la Cour.».[211] Ainsi, l'article 10 CE obligerait la Communauté de ne pas contrôler le règlement à l'aune des droits fondamentaux communautaires, pour éviter une situation dans laquelle les Etats membres – en cas d'annulation de la mesure communautaire à cause d'une violation des droit fondamentaux communautaires – sont «bloqués» et ne peuvent plus remplir leurs obligations vis-à-vis des Nations unies. Or, si les Etats membres adoptaient des mesures nationales pour remplir leurs obligations onusiennes, après que la Cour ait annulé des mesures communautaires à cause d'une violation des droits fondamentaux communautaires, les Etats membres agiraient-ils «dans le champ d'application du droit communautaire»? Les termes «champ d'application du droit communautaire» sont on ne peut plus vagues.[212] Selon la jurisprudence *ETR*,

208 Une telle position ne prendrait pas en compte l'article 307 CE qui donne la possibilité aux Etats membres de remplir leurs obligations onusiénnes, voir supra et infra.

209 Contrairement à ce que laisse penser le libellé de l'article 10 CE, la Communauté, elle aussi est tenue de se conformer au principe de coopération loyale, CJCE, aff. 230/81, *Luxembourg/Parlement*, Rec. 1983, 255, pt. 4; CJCE, aff. 44/84, *Hurd/Jones*, Rec. 1986, 29, pt. 38.

210 CJCE, aff. C-260/89, *ERT*, Rec. 1991, I-2925, pt. 42.

211 Conclusions de l'avocat général *Maduro* dans l'aff. C-402/05 P, *Kadi*, n° 30.

212 *Scheuing*, Die Grundrechtsbindung der EU-Mitgliedstaaten, EuR 2005, p. 163 parle d'une «*offene Suchformel*».

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

un Etat membre agit dans le champ d'application du droit communautaire lorsqu'il invoque des dispositions communautaires pour justifier une réglementation qui est de nature à entraver l'exercice d'une liberté fondamentale. Cette justification, prévue par le droit communautaire, doit être interprétée à la lumière des droits fondamentaux communautaires.[213] En l'espèce, des mesures nationales éventuelles de mise en œuvre de la résolution 1390 (2002) du Conseil de sécurité comporterait des sanctions financières et entraverait donc forcément l'exercice de la liberté fondamentale de l'article 56 CE (liberté des mouvements de capitaux). Cependant, l'Etat membre n'agit pas en vertu de l'article 58 § 1 lit. b) CE ni afin de poursuivre un «objectif d'intérêt général»,[214] mais en vertu de l'article 307 CE.[215] Etendre la jurisprudence *ETR* à l'article 307 CE, c'est-à-dire l'interpréter à la lumière des droits fondamentaux, n'est pourtant pas concevable vu le libellé claire de l'article 307, alinéa 1, CE («ne sont pas affectés»). Au contraire, l'article 307 CE habilite les Etats membres à déroger du droit des traités.[216] La jurisprudence *ETR* n'empêche donc pas les Etats membres de mettre en œuvre la résolution du Conseil de sécurité. Par conséquent, il ne découle pas de l'article 10 CE, pour la Communauté, une interdiction de réviser le règlement communautaire à l'aune des droits fondamentaux communautaires.[217]

e) L'analogie à la jurisprudence «International Fruit»

Dans l'affaire *International Fruit*, la Cour s'est prononcée sur la relation entre le Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (ci-après «l'Accord général») et la Communauté[218]:

---

213 CJCE, aff. C-260/89, *ERT*, Rec. 1991, I-2925, pt. 42 et suiv.; CJCE, aff. C-299/95, *Kremzow*, Rec. 1997, I-2629, pt. 15; CJCE, aff. C-309/96, *Annibaldi*, Rec. 1997, I-7493, pt. 13; CJCE, aff. C-94/00, *Roquette Frères*, Rec. 2002, I-9011, pt. 25.

214 CJCE, aff. jointes C-515/99, C-519/99 à C-524/99 et C-526/99 à C-540/99, *Reisch et al*., Rec. 2002, I-2175, pt. 33.

215 L'article 307 CE est la raison pour laquelle la position commune (encore mise sur le tapis, même après l'annulation du règlement litigieux) n'empêche pas l'action des Etats membres.

216 *Schmalenbach*, in: Calliess/Ruffert, (note 9), article 307 CE, pt. 17. Il reste à voir si l'Etat membre agissant en vertu de l'article 60 § 2 CE où en vertu de l'article 297 CE agit «dans le champ d'application du droit communautaire». Probablement, le même raisonnement que pour l'article 307 CE s'applique.

217 *Schmalenbach*, (note 120), p. 352. Voir aussi *Eeckhout*, Community Terrorism Listings, Fundamental Rights and UN Security Council Resolutions – In Search of the Right Fit, EuConst 2007, p. 192: «*Annulment could by no means mean that the member states are prohibited from freezing the assets of persons listed by the UN*».

218 CJCE, aff. jointes 21/72 à 24/72, *International Fruit*, (note 187), pts. 10-18.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

«10. Attendu qu'il est constant qu'au moment de conclure le traité instituant la Communauté économique européenne, les Etats membres étaient liés par les engagements de l'Accord général;

11. Qu'ils n'ont pu, par l'effet d'un acte passé entre eux, se dégager des obligations existant à l'égard de pays tiers;

12. Qu'au contraire, leur volonté de respecter les engagements de l'Accord général résulte autant des dispositions mêmes du traité CEE que des déclarations faites par les Etats membres lors de la présentation du traité aux parties contractantes de l'Accord général conformément à l'obligation de l'article XXIV de celui-ci;

13. Que cette intention a été manifestée notamment par l'article 110 du traité CEE [aujourd'hui: article 131 CE] qui contient une adhésion de la Communauté aux objectifs poursuivis par l'Accord général ainsi que par l'article 234, alinéa 1 [aujourd'hui: article 307 CE], qui dispose que les droits et obligations résultant de conventions conclus antérieurement à l'entrée en vigueur du traité, et notamment de conventions multilatérales conclues avec la participation des Etats membres, ne sont pas affectées par les dispositions du traité;

14. Attendu que la Communauté a assumé – graduellement au cours de la période de transition et dans leur ensemble à l'expiration de celle-ci, en vertu des articles 111 et 113 du traité [aujourd'hui: article 113] – les fonctions inhérentes à la politique tarifaire et commerciale;

15. Que les Etats membres, en conférant ces compétences à la Communauté, marquaient leur volonté de la lier par les obligations contractées en vertu de l'Accord général;

16. Que, depuis l'entrée en vigueur du traité CEE et, plus particulièrement, à partir de la mise en place du tarif extérieur commun, le transfert de compétences, intervenu dans les rapports entre les Etats membres et la Communauté, a été concrétisé de différentes manières dans le cadre de l'Accord général et reconnu par les autres parties contractantes;

17. Que notamment, depuis cette époque, la Communauté, agissant par l'intermédiaire de ses propres institutions, est apparue comme partenaire des négociations tarifaires et comme partie aux accords de tout ordre conclus dans le cadre de l'accord général, conformément aux prévisions de l'article 114 du traité CEE qui dispose que les accords tarifaires et commerciaux «sont conclus au nom de la Communauté»;

18. Qu'il apparaît des lors que, dans toute la mesure où, en vertu du traité CEE, la Communauté a assume des compétence précédemment exercée par les Etats membres dans le domaine d'application de l'Accord général, les dispositions ce cet accord ont pour effet de lier la Communauté».

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

La Cour a donc conclue que, par le transfert graduel des fonctions étatiques inhérentes à la politique tarifaire et commerciale, les Etats membres ont marqué leur volonté de lier la Communauté par les obligations contractées en vertu de l'Accord général.[219]

Les critères de la jurisprudence *International Fruit*[220] sont-ils transposables à l'affaire *Kadi*?

Les critères de la jurisprudence *International Fruit*[221] sont-ils transposables à l'affaire Kadi?

(1) L'obligation des Etats membres

Ainsi que les Etats membres, au moment du transfert de leurs compétences, étaient liés par les engagements de l'Accord général, les Etats membres étaient également liés, en tant que membres de l'ONU, à la Charte des Nations unies au moment du transfert de compétences en matière de sanctions.

(2) Le transfert de compétences

Une différence entre l'affaire *International Fruit* et l'affaire en l'espèce est que la compétence de la Communauté pour arrêter des dispositions relevant de la politique commerciale commune est exclusive, pendant que les Etats membres, face à une résolution du Conseil de sécurité prévoyant des sanctions économiques et financières, peuvent choisir d'arrêter eux-mêmes les mesures imposées soit d'attribuer cette tâche, par la voie d'un acte PESC, à la Communauté.[222] Il s'agit donc bien d'une compétence partagée,[223] surtout en ce qui concerne les sanctions

---

219 Selon *Fenet*, (note 201), pt. 255 et suiv., au lieu de lier la Communauté automatiquement, par la voie de l'article 307 CE, aux engagements pris par les Etats membres en droit international, la Cour garde ainsi la maîtrise de ses obligations internationales, en s'appuyant dans sa jurisprudence *International Fruit* moins sur l'article 307 CE que sur la volonté même des Etats membres inscrite dans le traité CE et sur le transfert de compétence opéré par eux en faveur de la Communauté. Cette approche concrète et autonome permet à la Cour de résoudre cas par cas, dans l'intérêt de l'ordre communautaire, le problème posé par les accords antérieurs aux traités communautaires.

220 Voir pour la précision des critères *Osteneck*, (note 185), p. 242.

221 Ibid.

222 *Kaddous*, Le droit des relations extérieures dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, 1998, p. 423.

223 *Stangos/Gryllos*, (note 68), p. 468. Cela vaut d'autant plus que la mise en œuvre d'une résolution portant sur des mesures d'embargo concernant des armes ne s'effectue traditionnellement pas au niveau de la Communauté, mais au niveau des Etats membres, *Osteneck*, (note 185), p. 280. Certes, il est vrai qu'avant l'insertion des article 301 CE et 60 CE les sanctions communautaires

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

financières, étant donné la possibilité d'agir conférée expressément aux Etats membres par l'article 60 § 2 CE.[224] Les Etats membres peuvent choisir – en adoptant une position commune PESC ou en s'en abstenant – soit la voie nationale soit la voie communautaire, dépendant de la question si les Etats membres estiment qu'une intervention européenne est opportune sur le plan politique ou pas.[225] Par conséquent, il semble difficile à constater – en ce qui concerne les sanctions en question – que «la Communauté a assumé des compétences précédemment exercées par les Etats membres»[226] voir même la «substitution»[227] de la Communauté aux obligations des Etats membres dans son domaine de compétence.

Cependant, la Cour dans son arrêt *International Fruit* n'a pas fait référence à une compétence exclusive en matière de la politique commerciale. En fait, elle n'en a pas encore décidé.[228] De plus, supposant que la Cour, par son arrêt *International Fruit*, voulait éviter que la Communauté agit contrairement aux obligations internationales des Etats membres, et qu'elle voulait également éviter que les Etats membres en vertu de l'article 307 CE suspendent l'application du droit communautaire, ce raisonnement est aussi valable en ce qui concerne l'adoption des sanctions économiques en vertu des articles 301 CE et 60 CE.[229] Par conséquent, en ce qui concerne les sanctions économiques, on peut constater un transfert de compétence suffisant par rapport à l'arrêt *International Fruit*.

(3) L'ajustement implicite de la charte constitutif de l'organisation internationale

La Cour, dans son arrêt *International Fruit*, prend en compte le fait que les Etats membres ont manifesté leur volonté de lier la Communauté aux règles de l'Accord général, que la Communauté a exercé les compétences transférées dans le cadre de l'Accord général et que les parties tierces à l'Accord général ont au moins implici-

---

ont été adoptées sur la base de l'article 133 CE. Cependant, on ne peut pas ignorer qu'aujourd'hui, le traité CE prévoit pour l'adoption des sanctions économiques une mesure PESC, mise en œuvre dans le cadre du premier pilier.

224 *Nettesheim*, (note 194), p. 585; *Ohler*, Die Verhängung von "smart sanctions" durch den Sicherheitsrat – eine Herausforderung für das Gemeinschaftsrecht, EuR 2006, p. 863.

225 *Hörmann*, (note 159), p. 281.

226 CJCE, aff. jointes 21/72 à 24/72, *International Fruit*, (note 187), pt. 18. Selon *Schmalenbach*, in: Calliess/Ruffert, (note 9), article 307 CE, pt. 20, l'arrêt *Internatinal Fruit* postule une «*Kompetenzverschiebung*», donc un transfert privatif de compétences des Etats membres à la Communauté.

227 *Fenet*, (note 201), pt. 238. *Rideau*, SFDI 2000, (note 198), p. 358, parle, en ce qui concerne l'Accord général, d'une succession de la Communauté aux Etats membres.

228 Voir CJCE, Avis 1/75, Rec. 1975, 1355.

229 *Eeckhout*, External Relations of the European Union, 2004, p. 438.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

tement accepté le transfert de compétences, bref: la Cour a détecté une révision implicite de l'Accord général faisant de la Communauté un membre de l'Accord, d'une certaine manière remplaçant les Etats membres.[230] Or, ces conditions ne sont pas remplies en ce qui concerne l'ONU.[231] Ni les Etats membres de la Communauté, ni la Communauté elle-même, ni l'ONU ou ses organes, ni les autres Etats membres de l'ONU se sont prononcés dans ce sens.[232] Les Etats membres de la Communauté n'ont jamais exprimé la volonté de lier la Communauté par la Charte des Nations unies.[233] Rien ne permet d'affirmer que les autres membres des Nations unies ont reconnu, au moins implicitement, que la Communauté soit le successeur, dans le champ de son action, des droits et obligations des Etats membres dans le cadre de la Charte des Nations unies.[234] Il n'y a donc pas d'ajustement implicite de la Charte des Nations unies acceptant la Communauté en tant que successeur aux Etats membres, voir en tant que membre *de facto* de l'Organisation des Nations unies.

(4) Remarques supplémentaires

Une différence fondamentale entre l'affaire *International Fruit* et l'affaire *Kadi*, c'est que la première porte sur la relation entre le droit international et le droit communautaire dérivé, alors que la dernière porte sur la relation entre le droit international et le droit communautaire primaire.[235] De plus, une analogie à l'affaire *International Fruit* aurait accordé au droit issu des organes de l'ONU le même effet dans l'ordre juridique communautaire qu'au droit de l'Accord général. Cependant, la Cour dans l'affaire *International Fruit* n'a accordé à l'Accord général ni le rang du droit communautaire primaire (avec la difficulté pour la Communauté de mettre en balance le droit de l'Accord général et le droit des traités), ni un rang supérieur au droit primaire. Au contraire, la Cour lui a nié l'effet direct dans l'ordre juridique communautaire.[236] Comme la solution du Tribunal dans

---

230 Ibid., p. 439.

231 *Kaddous*, (note 222), p. 423; *Eeckhout*, (note 229), p. 439.

232 En ce qui concerne la participation de la Communauté européenne au sein du système des Nations unies voir notamment *Rideau*, SFDI 2000, (note 198), p. 342-348.

233 *Kaddous*, (note 222), p. 423.

234 Ibid., p. 424.

235 *Aust/Naske*, Rechtsschutz gegen den UN-Sicherheitsrat durch europäische Gerichte? – Die Rechtsprechung des EuG zur Umsetzung „gezielter Sanktionen" aus dem Blickwinkel des Völkerrechts, ZÖR 2006, p. 606.

236 CJCE, aff. jointes 21/72 à 24/72, *International Fruit*, (note 187), pt. 19 et suiv.: les dispositions de l'Accord général n'engendrent pas pour les justiciables de la Communauté le droit de s'en prévaloir en justice, en vue de contester la validité d'un acte communautaire. Ce n'est pas en phase avec l'effet direct accordé aux résolutions du Conseil de sécurité par le Tribunal.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

l'affaire *Kadi* quant à l'effet dans l'ordre juridique communautaire est toute autre, on ne peut que soupçonner: «Deux poids, deux mesures».[237]

f) L'analogie au principe «nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet»

Selon le Tribunal, les Etats membres au moment de conclure le traité CE étaient liés par leurs engagements au titre de la Charte des Nations unies et «n'ont pu [...] transférer à la Communauté plus de pouvoir qu'ils n'en avaient».[238] Ainsi, le Tribunal reprend à la lettre une principe de droit privé romain: *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*.[239] Cette principe, souvent en combinaison avec les adages *nemo dat quod non habet* et *res transit cum onere suo*, peut être invoquée lorsque quelqu'un cède une chose à l'égard de laquelle il a accordé un droit à une autre personne. Si ce droit constitue une charge qui ne possède simplement le caractère d'une obligation personnelle incombant à une personne particulière, mais qui grève en fait la chose elle-même, cette chose ne peut être transférée que sous réserve de ce droit. L'obligation est donc automatiquement transférée avec la chose, le nouveau propriétaire est obligé à continuer de la respecter. Il s'agit d'un droit opposable à tous, quel que soit propriétaire de la chose intéressée.

Par analogie, le Tribunal semble insinuer – comme l'a fait d'ailleurs *Pescatore*[240] – que les obligations découlant de la Charte des Nations unies «grèvent» les compétences nationales. Elles peuvent être seulement transférées grevées de ces obligations. Autrement dit: Pour autant que les Etats membres ont transféré leurs compétences à la Communauté, ils n'ont pas pu faire autrement que de transférer également les obligations onusiennes respectives. En l'espèce, le transfert de compétences de sanctions économiques et financières à la Communauté dans les articles 301 CE et 60 CE avoir pour effet que la Communauté soit liée de la même manière que les Etats ont été liés avant le transfert de compétences. Le résultat équivaut à une succession partielle de la Communauté aux obligations de ses Etats membres.

---

237 *Brodier*, Les arrêts «Al-Quaida» du TPICE ou quand l'intérêt de la coopération internationale l'emporte sur la protection des droits fondamentaux, L'Europe des Libertés, http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/ (22.9.2008), p. 20; *Schmahl*, Effektiver Rechtschutz gegen „targeted sanctions" des UN-Sicherheitsrats, EuR 2006, p. 574; *Eeckhout*, (note 201), p. 26 et suiv.

238 TPI, aff. T-315/01, *Kadi*, (note 5), pt. 195.

239 Ulp., Dig. 50, 17, 54; voir aussi Dig. 41, 1, 20 principium.

240 *Pescatore*, L'ordre juridique des Communautés Européennes, Etude des sources du droit communautaire, 2e éd. 1973, p. 147 et suiv.; *von Arnauld*, UN-Sanktionen und gemeinschaftsrechtlicher Grundrechtsschutz – Die „Soweit"-Rechtsprechung des Europäischen Gerichts Erster Instanz, AVR 2006, p. 206; *Tomuschat*, (note 140), p. 5 et suiv. a un approche similaire. Cette image correspondant au droit de suite d'un créancier ayant procédé à l'inscription hypothécaire et ayant la faculté de faire vendre l'immeuble grevé en quelques mains qu'il se trouve, on l'appelle en doctrine allemande «*Hypothekentheorie*».

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ce principe, employé par exemple en droit international public concernant la succession d'Etats,[241] mais aussi employé par la Cour européenne des droits de l'home sur les rapports entre le droit communautaire et la CEDH,[242] n'a pas sa place en droit communautaire. D'abord, il faut déjà mettre en question l'image civiliste d'un «transfert» de compétence.[243] Pourquoi ne pas dire que les Etats membres ont «attribué» ou «conféré» des compétences?[244] Ainsi, le Tribunal lui-même a souligné que les Etats membres – outre le fait de ne pas pouvoir transférer plus de pouvoirs qu'ils n'en avaient – n'ont pas pu se dégager des obligations existants au titre de la Charte des Nations unies.[245] Ceci n'est pas en phase avec l'image du transfert privatif, mais correspond plutôt à une attribution parallèle. De plus, la nature de compétences communautaires est différente par rapport aux compétences nationales: La Communauté dispose des pouvoirs sans équivalent dans les Etats membres, par exemple en ce qui concerne le marché commun – des pouvoirs dont n'ont pas disposés les Etats membres avant l'instauration de la Communauté.[246] La Communauté ne consiste donc pas seulement fragments de compétences de ses Etats membres.[247] Ensuite, si on pousse plus loin la logique du principe *res transit cum onere suo*, la Communauté ne serait liée que dans la mesure où les Etats membres ont été liés avant le transfert de compétences. Pour eux, il ne s'agit que d'une obligation de droit international public. Or, dans tous

241 Lorsqu'un Etat cède une parcelle de territoire à l'égard de laquelle il a accordé à un autre Etat un droit de transit, ou un droit de navigation sur un cours d'eau ou un droit de pêche dans des eaux territoriales ou nationales, il ne peut céder celle-ci que grevée de cette obligation. Ainsi, l'Etat successeur se trouve lié dans la même mesure (voir à cet égard *Waldock*, Cinquième rapport sur la succession en matière de traités, Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:- 1972 vol. II, Succession d'Etats en matière de traités).

242 *Jacqué*, Le Tribunal de première instance de Communautés européennes face aux résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies, L'Europe des Libertés n° 19, 2006, p. 3.

243 *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, p. 56 et suiv. refute l'image d'un «transfert» de compétences: «*Ausschließlichkeits-Aufgabe und Einräumung nicht-staatlicher Hoheitsentfaltung sind also auf der Seite des „übertragenden" Staates die Rechtswirkungen, die die „Übertragung" auslöst. Mit dieser Deutung ist jede zivilistische oder öffentlich-rechtliche Sinnerfüllung vermieden und entbehrlich, die das „Übertragen" in irgendeiner Weise körperlich, symbolisch oder rechtslogisch mit der Vorstellung eines Überwechselns, eines Überganges staatlicher Hoheitsrechte auf die zwischenstaatliche Einrichtung verbindet - mit allen gewünschten und abgelehnten rechtlichen Folgerungen für die „Herkunft" der Gemeinschaftsgewalt, für ihre „hypothekarische Belastung" mit staatlichen Verfassungsvorbehalten, für ihren „Rang" im Verhältnis zur staatlichen Hoheitsentfaltung*»; voir aussi p. 740 (concernant les obligations découlant de la CEDH au moment de l'instauration de la Communauté).

244 La Cour et le Tribunal les emploie comme synonymes: CJCE, aff. jointes 21/72 à 24/72, *International Fruit*, (note 187), pts. 14-16; TPI, aff. T-315/01, *Kadi*, (note 5), pts. 195, 200.

245 Ibid., pt. 195. Voir aussi *Simma/Vedder*, in: Grabitz/Hilf, (note 10), article 281 CE, pt. 37.

246 *Lorenz*, Die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäischen Gemeinschaften, 1990, p. 333 et suiv.; *Hörmann*, (note 159), p. 273 et suiv.; *Osteneck*, (note 185), p. 222-226.

247 *Tomuschat*, Case Note, CMLR 2006, p. 543.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

les Etats membres à l'exception des pays BeNeLux, les droits constitutionnels nationaux priment sur le droit international public.[248] Les Etats membres ne sont donc liés que sous une réserve constitutionnelle. Comment la Communauté sera-t-elle liée après transfert de compétences? Sous réserve du respect des constitutions des Etats membres? Sous réserve du respect de sa propre constitution, donc son droit primaire?

2. Les résolutions du Conseil de sécurité priment-elles sur le droit communautaire?

Dans l'hypothèse où la Communauté serait liée aux résolutions du Conseil de sécurité: Selon le Tribunal, «eu égard notamment à l'article 307 CE et à l'article 103 de la Charte des Nations unies, l'invocation d'atteintes portées soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont protégés par l'ordre juridique communautaire, soit aux principes de cet ordre juridique ne saurait affecter la validité d'une résolution du Conseil de sécurité ou son effet sur le territoire de la Communauté».[249] Le Tribunal ne constate moins qu'une primauté de la Charte des Nations unies sur le droit communautaire primaire. Cela soulève la question qui décide sur le rang du droit international dans l'ordre juridique communautaire. Selon une jurisprudence constante,[250] que l'on pourrait peut-être considérer comme étant expressément intégrée dans les traités,[251] l'ordre juridique communautaire est un ordre juridique propre et «autonome». Un ordre juridique est autonome dès qu'il n'est pas subordonné à aucun autre, de telle sorte que son autorité ne soit pas dépendante de conditions extérieures.[252] L'autonomie de sources («issu d'une source autonome»[253]) signifie un mécanisme de sélection appliqué aux sources externes. Au lieu d'un système de congruence ou de renvoi pur et simple à des normes d'origine extracommunautaire, l'autonomie de sources implique une sélection qui

248 *Albin/Karpenstein*, Rechtsschutzlücken im modernen Völkerrecht am Beispiel der Individualsanktionen zur Terrorbekämpfung, in: Heinrich-Böll-Stiftung (dir.), Die Zukunft des Völkerrechts in einer globalisierten Welt, 2006, p. 141. Pour la situation allemende, voir la décision de la Cour constitutionelle allemande du 14 octobre 2004 dans l'aff. 2 BvR 1481/04, *Görgülü*, BVerfGE 111, 307 et suiv., pt. 34 et suiv.

249 CJCE, aff. T-315/01, *Kadi*, (note 5), pt. 224: Le Tribunal fait référence aux arrêts aff. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Rec. 1970, 1125; CJCE, aff. 234/85, *Keller*, Rec. 1986, 2897; CJCE, aff. jointes 97/87 à 99/87, *dow chemicals*, Rec. 1989, 3165.

250 CJCE, aff. 26/62, *Van Gend* & *Loos*, Rec. 1963, 3; CJCE, aff. 6/64, *Costa/ENEL*., Rec. 1965, 1141.

251 Selon l'article 2 du protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, ne sont pas affectés les «principes mis au point par la Cour de justice en ce qui concerne la relation entre le droit national et le droit communautaire». Selon l'article 311 CE, les protocoles font partie intégrante du traité CE.

252 *Gautron/Grad*, (note 186), p. 23.

253 CJCE, aff. 6/64, *Costa/ENEL*., Rec. 1965, 1141, 1160.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

est elle-même dépendante de l'adéquation – ou de la cohérence – au regard des exigences proprement communautaires.[254] Or, l'autonomie de l'ordre juridique, c'est-à-dire l'autodétermination de ses propres sources, ne signifie pas que le droit international ne soit pas applicable à l'intérieur de cet ordre juridique autonome, mais seulement que les modalités de cette application soient déterminées par cet ordre juridique lui-même.[255] Il revient à la Communauté de traduire dans son ordre juridique les conséquences de sa participation à l'ordre juridique international.[256] Par conséquent, c'est la Communauté et ses traités qui décident dans quelle mesure le droit international est une source de droit communautaire.

Comment l'ordre juridique communautaire a-t-il donc déterminé l'application du droit international? Quel rang appartient au droit international dans l'ordre juridique communautaire?

a) Le droit international coutumier et les principes généraux du droit international

La relation entre le droit coutumier international et l'ordre juridique communautaire n'est pas expressément réglée par les traités européens. Or, selon une jurisprudence constante,[257] ces règles font partie de l'ordre juridique communautaire sans qu'un acte de transformation soit nécessaire. Elles lient la Communauté et relèvent d'un rang supérieur au droit communautaire dérivé, mais inférieur au droit communautaire primaire.[258]

254 *Gautron/Grad*, (note 186), p. 25.

255 *Besson*, How international is the European legal order?, No Foundations 2008, p. 50 (51 bas de p. 7); *Eckes*, Trapped between courts or How European terrorist suspects lost their right to a remedy, in: Wessel/Føllesdal/Wouters, Multilevel Regulation and the EU, 2008, p. 271 et suiv.; selon *Ley*, Legal Protection against UN-Security Council between European and International Law: A Kafkaesque Situation?, GLJ 2007, p. 288 cette autonomie de source est aussi la position de *Kirchhof*, ancien juge à la Cour constitutionnelle allemande, en ce qui concerne la relation entre le droit constitutionnel allemand et le droit européen.

256 *Gautron/Grad*, (note 186), p. 87 et suiv.

257 CJCE, aff. C-162/96, *Racke*, Rec. 1998, I-3655, pt. 45 et suiv.; CJCE, aff. C-286/90, *Poulsen*, Rec. 1992, I-6019, pt. 9-11.

258 *Wichard*, in: Calliess/Ruffert, (note 9), article 281 CE, pt. 12.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

b) Le droit international conventionnel

(1) Les accords conclus par la Communauté

Selon l'article 300 § 7 CE, les accords conclus par la Communauté lient ses institutions et les Etats membres.[259] Ils revêtent donc d'un rang supérieur au droit communautaire dérivé. L'article 300 § 6 CE prévoit un contrôle préventif des accords à l'aune du droit primaire. Qui plus est, selon une jurisprudence constante, la Cour effectue aussi un contrôle *a posteriori* de la conformité d'un accord au traité: Certes, la Cour ne peut pas être saisie d'un recours, par exemple en annulation, dirigé contre les accords eux-mêmes qui ne sont pas des actes communautaires.[260] Or, un contrôle postérieur des accords internationaux par la voie des recours dirigés contre les actes de conclusion ou d'application[261] d'accords internationaux est bien possible même, si la Cour en annulant de tels actes risque de mettre en jeu la responsabilité internationale de la Communauté liées à de telles décisions[262] comme l'annulation de l'acte d'approbation interne, n'affecte pas la validité internationale de l'accord.[263] Notamment le développement du contrôle a posteriori déconnecte l'ordre juridique international de l'ordre juridique communautaire.[264] Conséquemment, les accords revêtent, dans la hiérarchie interne de l'ordre communautaire, un rang inférieur au droit communautaire primaire, ce qui paraît conforme à l'autonomie propre de l'ordre juridique communautaire.[265]

---

259 Conformément à l'article 300 § 7 CE, un acte transformateur n'est pas nécessaire pour que l'accord international fasse partie de l'ordre juridique communautaire (exception prétorienne: le droit de l'OMC). La Cour a affirmé que les accords internationaux auxquels la Communauté est partie «forment partie intégrante, à partir de (leur) entrée en vigueur, de l'ordre juridique communautaire» (CJCE, aff. C-131/73, *Haegeman*, Rec. 1973, 1555, pt. 5). Cela vaut aussi pour les décision, voire même les «recommandations» d'un organe institué par un traité auquel la Communauté est partie (voir ainsi CJCE, aff. C-192/89, *Sevince*, Rec. 1990, I.-3461, pt. 10; CJCE, aff. C-188/91, *Deutsche Shell*, Rec. 1993, I-363, pt. 17). Ainsi La Cour a implicitement fait le choix pour la Communauté du système moniste. Or, le choix d'un modèle monist ou d'un modèle dualist ne préjuge pas la question de la hiérarchie existant entre le droit international et le droit interne, car le monisme ne fait pas nécessairement prévaloir le droit international en cas de contrariété avec le droit interne. Affirmer que le droit international et le droit interne forment un *continuum* juridique est une chose, mais déterminer quelle norme, du traité ou de la loi, devra prévaloir en cas d'incompatibilité en est une autre (*Terry/Cassia*, Droit (Le) international, le droit européen et la hiérarchie des narmes, 2006, p. 39).

260 *Rideau*, SFDI 2000, (note 198), p. 370.

261 Après annulation des tels actes, il n'y a plus d'accords «conclus selon les condition fixées au présent article» comme l'exige l'article 300 § 7 CE.

262 *Rideau*, SFDI 2000, (note 198), p. 371.

263 *Gautron/Grad*, (note 186), p. 105.

264 Ibid., p. 106.

265 Ibid., p. 89; *Kunoy*, The Jurisdiction of the ECJ to Review the Legality of the Transposition of an International Act in the EC Legal Order, Nordic Journal of International Law 2007, p. 28; *Mögele*, in: Streinz, (note 60), article 300 CE, pt. 82; *Manin*, L'influence du droit international

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Toute autre solution donnerait à la Communauté la compétence de réviser de facto les traités sans pour autant recourir à la procédure prévue dans l'article 48 UE.[266] Ainsi la Cour a récemment, dans l'affaire dit *MOX plant*, rappelé qu' «un accord international ne saurait porter atteinte à l'ordre des compétences fixé par les traités et, partant, à l'autonomie du système juridique communautaire dont la Cour assure le respect en vertu de l'article 220 CE.»[267]

(2) Les accords conclus par les Etats membres

Grâce à l'article 307, alinéa 1, CE, les Etats membres, en se conformant aux obligations découlant de «conventions conclues antérieurement», ne manquent pas aux obligations du traité CE.[268] Si les obligations découlant de ces conventions primaient sur les obligations communautaires des Etats membres, l'article 307 CE ne serait pas nécessaire. L'existence même de l'article 307 CE indique donc que les conventions internationales conclues par les Etats membres ne priment pas sur le traité CE.[269] La Convention européenne des droits de l'homme, dont la Communauté n'est pas un membre, par exemple, ne fait pas partie, en tant que telle, du droit primaire, ni dispose-t-elle d'un rang supérieur par rapport aux traités. La Cour ne fait que s'inspirer des indications fournies par la Convention européenne des droits de l'homme.[270] La source du droit reste l'article 6 § 2 UE.

c) Le droit des organisations internationales

(1) Les organisations internationales auxquelles la Communauté est membre

«Rien n'exclut, même s'il n'existe pas d'exemples dans la jurisprudence, que le contrôle postérieur puisse porter sur des actes constitutifs d'organisations internationales dont la Communauté est membre et qui pourraient être ainsi remis en cause par des recours dirigés contre les actes de conclusion ou d'application».[271] La création d'une organisation internationale avec la participation de la Communauté ou l'adhésion de la Communauté à une organisation internationale

---

sur la juriprudence communautaire, Société française pour le droit international, 2000, p. 162; *Kokott*, in: Streinz, (note 60), article 281 CE, pt. 19 (d'ailleurs pour une primauté du *jus cogens*).

266 *Schmalenbach*, in: Calliess/Ruffert, (note 9), article 300 CE, pt. 82.

267 CJCE, aff. C-459/03, *MOX plant*, Rec. 2006, I-4635, pt. 123.

268 CJCE, aff. C-124/95, *Centro-Com*, Rec. 1997, I-81, pt. 61; *Schmalenbach*, in: Calliess/Ruffert, (note 9), article 307 CE, pt. 1.

269 *Schmalenbach*, (note 120), p. 353.

270 CJCE, aff. C- 274/99 P, *Connolly*, Rec. 2001, I-1611, pt. 37.

271 *Rideau*, SFDI 2000, (note 198), p. 371.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

s'effectue selon les actes constitutifs des organisations internationales, sans pour autant qu'une différence par rapport aux accords conclus par la Communauté est détectable.

La Communauté européenne a pour obligation d'adopter les actes communautaires destinés à mettre en œuvre ces actes. Pour certains, en étendant à ces actes les principes applicables aux accords internationaux, ils ont vocation à s'appliquer dans l'ordre juridique communautaire sans nécessiter de mesures de transposition selon l'article 300 § 6 CE.[272] Pour d'autres, bien que la Communauté soit liée par l'acte en vertu du droit international, une mesure de transposition est en principe nécessaire,[273] sauf si la Communauté a attribué à l'organisation la compétence d'adopter des actes à effet direct dans l'ordre juridique communautaire interne.[274] Nonobstant ce débat, force est de constater qu'un acte adopté par une organisation internationale ne lie pas la Communauté plus fortement que l'acte constitutif de cette organisation internationale – c'est-à-dire que l'acte de droit international secondaire revête, lui aussi, un rang inférieur au droit communautaire primaire.[275] Ainsi, les décisions adoptées par les organes des organisations internationales peuvent être contrôlées comme les accords internationaux[276]: Un contrôle direct des décisions adoptées par des organes d'une organisation internationale, qui ne sont pas des actes communautaires, semble devoir être écarté pour les mêmes raisons qui s'opposent à un contrôle direct des accords eux-mêmes.[277] En l'absence d'actes de conclusion de ces accords, c'est essentiellement à travers les actes d'application de ces décisions pris par les autorités communautaires que pourrait être opéré un contrôle des décisions des organes d'organisations internationales ou de structures établies par un accord.[278]

(2) Le droit des organisations internationales auxquelles la Communauté n'est pas membre

Les chartes constitutives et les actes adoptés par ces organisations internationales ne lient en principe pas la Communauté. Cette situation est régie par l'article 307 CE, le droit ne fait pas partie de l'ordre juridique interne de la Communauté. Certes, dans le cas envisagé par la jurisprudence *International Fruit*, la Commun-

272 Ibid., p. 366.

273 *Tomuschat*, in: v. d. Groeben/Schwarze, (note 28), article 300 CE, pt. 86.

274 Ibid., article 281 CE, pt. 50.

275 *Schmalenbach*, in: Calliess/Ruffert, (note 9), article 300 CE, pt. 83; CJCE, aff. C-192/89, *Sevince*, Rec. 1990, I-3461, pt. 9; CJCE, Avis 1/76, *Stillegungsfonds*, Rec. 1977, 741, pt. 16.

276 *Rideau*, SFDI 2000, (note 198), p. 371.

277 Ibid., p. 372.

278 Ibid.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

auté est liée par l'Accord général. Cependant, rien n'indique que l'Accord général prime sur le droit communautaire primaire.[279]

d) Une exception pour la Charte des Nations unies?

Les traités font-ils une exception à la règle de la prévalence du droit primaire sur le droit international en ce qui concerne la Charte des Nations unies? Une disposition des traités ordonne-t-elle une primauté où au moins le rang du droit primaire pour les résolutions du Conseil de sécurité et les actes communautaires de mise en œuvre?

Il ne découle de l'article 11 UE, selon lequel un des objectifs de l'Union Européenne est le maintien de la paix et le renforcement de la sécurité internationale «conformément aux principes de la Charte des Nations unies», aucune prise de position sur le rang du droit relevant de la Charte des Nations unies dans l'ordre juridique communautaire.[280] L'article 297 CE, en parlant des «engagements contractés [...] en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationale», fait référence, entre autres, à la Charte des Nations unies. Si les obligations découlant de la Charte des Nations unies primaient sur les obligations communautaires des Etats membres, l'article 297 CE ne serait pas nécessaire. L'existence même de l'article 297 CE indique donc que la charte ne prime pas sur le traité. L'article 302, alinéa 1, CE ne porte même pas sur une éventuelle adhésion de la Communauté à l'ONU.[281] De plus, une disposition comme l'article 6 § 2 UE, intégrant certains droits découlant d'un accord international (la Convention européenne des droits de l'homme) dans l'ordre juridique communautaire au rang du droit primaire n'existe pas en ce qui concerne l'ONU.

Finalement, on pourrait revenir sur les articles 301 CE et 60 CE, qui habilitent la Communauté à prendre des mesures «nécessaires». Cela pourrait signifier que la Communauté peut prendre des mesures qui sont nécessaires pour que les Etats membres puissent – indirectement – remplir leurs obligations qui découlent de la Charte des Nations unies.[282] Si l'on poussait cette logique plus loin, les articles habiliteraient la Communauté de prendre toutes les mesures nécessaires pour la mise en œuvre d'une résolution du Conseil de sécurité (sous condition d'une position commune PESC, bien entendu), même une mesure violant les droits fondamentaux communautaires. Or, ce serait une lecture erronée des articles 301 CE et 60 CE. Les termes «mesures urgentes nécessaires» dans l'article 301 et l'article 60

279 Voir supra.

280 *Schmalenbach*, (note 120), p. 353.

281 *Schmalenbach*, in: Calliess/Ruffert, (note 9), article 303 CE, pt. 4.

282 *Böhmer*, in: Calliess/Ruffert, (note 9), article 60 CE, pt. 2 et suiv.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 1 CE font référence au principe de proportionnalité.[283] Ainsi le libellé des articles 301 CE et 60 CE implique aussi que la Communauté en adoptant une sanction économique ou financière doit respecter les droits fondamentaux.[284] Conséquemment, la Cour examine si une sanction ne limite pas sur mesure les droits fondamentaux des particuliers.[285]

V. Résultat

La Communauté n'est pas liée par une résolution du Conseil de sécurité des Nations unies. Même si elle l'était, cette obligation n'aurait pas un rang supérieur au droit primaire ni même le rang du droit primaire.

D. En guise de conclusion: l'affaire «Kadi» – prélude pour une jurisprudence communautaire «solange»?

La solution de la Cour et de l'avocat général, défendue ici – pleine compétence de la Cour de contrôler la légalité interne du règlement attaqué à l'aune du droit communautaire primaire, notamment l'article 6 § 2 UE – devrait être assortie d'une réserve *solange* (= aussi longtemps): «Aussi longtemps que les Nations unies ne prévoient pas de mécanisme de recours juridictionnel indépendant qui garantit le respect des droits fondamentaux par les décisions prises par le Conseil de sécurité et

283 *Weitzel*, in: Leger, (note 59), article 301 CE, pt. 7; *Gilsdorf/Brandtner*, in: v. d. Groeben/Schwarze, (note 28), article 301 CE, pt 5.

284 *Schneider*, in: Meyer, (note 10), article 60 CE, pt. 5; *Ohler*, (note 172), article 60 CE, pt. 5.

285 CJCE, aff. C-84/95, *Bosphorus*, Rec. 1996, I-3953, pts. 21-26; les conclusions de l'avocat général *Jacobs* dans l'aff. *Bosphorus*, Rec. 1996, I-3953, n° 62 et suiv.; CJCE, aff. C-317/00 (P) R, *Invest Import und Export GmbH, Invest Commerce SARL*, Rec. 2000, I-9541, pts. 58-60. Quelle seulement la valeur ajoutée de l'adjectif «nécessaire» qui n'habilite la Communauté à prendre des mesures qui ne violent pas les droits fondamentaux sur mesure? La Communauté n'est-elle pas tenue déjà par l'article 6 § 2 UE de respecter les droits fondamentaux dans toutes ses actions? Certes, la Communauté est ainsi liée – par le droit primaire. Cependant, on pourrait arguer qu'une autre disposition du droit primaire – l'article 60 CE et l'article 301 CE – dispense la Communauté du respect de droit fondamentaux dès qu'il s'agit d'un acte PESC mettant en œuvre une résolution du Conseil de sécurité. Une telle argumentation doit être écartée face à l'interprétation du mot «nécessaire» dans le libellé des articles 60 CE et 301 CE. De plus, il ne faut pas seulement trouver le bon équilibre entre les droits fondamentaux en tant que principes généraux de droit (primaire) et les articles 301 CE et 60 CE dans le sens d'une sorte de «*praktische Konkordanz*» (ce qui admettait implicitement certaines dérogations des droit fondamentaux), mais les mesures en vertu de ces articles doivent plutôt se conformer au test plus strict d'une proportionnalité.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

par le comité des sanctions, les juridictions communautaires doivent examiner la conformité aux droits fondamentaux tels qu'ils sont reconnus dans l'ordre juridique communautaires des mesures adoptées par les institutions communautaires, dans le but de mettre en œuvre ces décisions».[286]

Sur le plan européen, on pourrait objecter à une approche *solange* de la Communauté vis-à-vis du Conseil de sécurité qu'une telle approche approuverait après coup le raisonnement *solange* de la Cour constitutionnelle allemande,[287] confirmant ainsi indirectement l'approche de certains Etats membres vis-à-vis de la Communauté en matière des droits fondamentaux.[288] Cependant, la jurisprudence *solange* de la Cour constitutionnelle allemande existe de toute façon, indépendamment de l'approche adoptée de la Cour de justice des Communautés européennes vis-à-vis du Conseil de sécurité. En contrôlant ces actes à l'aune des droits fondamentaux communautaires, la Cour de justice des Communautés européennes satisfait plutôt les exigences de certaines juridictions constitutionnelles des Etats membres.[289] Qui plus est, la Cour satisfait aussi les exigences prononcées récemment par la Cour européenne des Droits de l'Homme dans l'affaire *Bosphorus*.[290]

Sur le plan international, on pourrait objecter qu'une jurisprudence *solange* mettrait en danger l'application universelle des décisions du Conseil de sécurité, si l'approche fait école, motivant chaque Etat membre des Nations unies de contrôler indirectement des résolutions du Conseil de sécurité à l'aune de son droit constitutionnel national. Cependant, il y aura aussi de répercussions positives sur

---

286 Conclusions de l'avocat général *Maduro* dans l'aff. C-402/05 P, *Kadi*, n° 19, en référent ce qu'a soutenu le requérant. Voir aussi *Eeckhout*, (note 217), p. 200-206. *Eeckhout* a conseillé M. *Kadi*, *Eeckhout*, p. 183 (184, note de bas de p. 1).

287 BVerfGE 73, 339 (387), *Solange II*; BVerfGE E 102, 147 (162 et suiv., 164), *Bananenmarkt*. Voir également l'arrêt de la Corte Costituzionale italienne n° 232/89 du 13 avril 1989 dans l'aff. *Spa. Fragd, c. Ministro delle Finanze*, Foro italiano, I, 1990, 1855.

288 Voir pour la position française l'arrêt n° 287110 du Conseil d'Etat du 8 février 2007 dans l'aff. *Arcelor*. Pour une comparaison avec la jurisprudence allemande *solange*, voir *Mayer/Lenski/Wendel*, Der Vorrang des Europarechts in Frankreich – zugleich Anmerkung zur Entscheidung des französischen Conseil d'Etat vom 8. Februar 2007 (Arcelor u.a.), EuR 2008, p. 82-87.

289 *Kunoy*, (note 265), p. 35-37.

290 CEDH, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS contre Irlande*, 30 Juin 2005, req. n° 45036/98, pt. 152 et suiv. Selon *von Danwitz*, Rechtsschutz im Bereich polizeilicher und justizieller Zusammenarbeit der Europäischen Union, Schriftenreihe des Zentrums für Europäisches Wirtschaftsrecht, Nr. 166, 2008, p. 16 et suiv., la jurisprudence *Bosphorus* de la Cour européenne des Droits de l'Homme «soutiens» ou «appuie» la Cour de Justice des Communautés européennes dans son développement d'une jurisprudence garantissant le droit à un recours effectif. Voir pour la relation entre la Cour constitutionnelle allemande et la Cour européenne des Droits de l'Homme d'un côté et la Cour de justice des Communautés européennes de l'autre, en ce qui concerne l'affaire *Kadi*: *Dörr*, Rechtsprechungskongruenz zwischen nationalen und europäischen Verfassungsgerichten, DVBl 2006, p. 1096.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

la scène internationale.[291] Comme la jurisprudence allemande *solange* a inspiré la Cour de justice des Communautés européennes à développer et consolider sa jurisprudence en matière de droits de l'homme, une jurisprudence communautaire *solange* motiverait les Etats membres de l'Organisations des Nations unies comme les organes de cette organisation à réfléchir sur des mécanismes de protection des droits fondamentaux sur le plan international.[292]

Qui plus est, un telle approche éviterait d'autres problèmes. Le Tribunal de première instance des Communautés européennes a examiné si la résolution du Conseil de sécurité se conforme au droit international le liant, et quelle conséquence son manquement aux exigences du droit international aurait pour le droit communautaire. D'une part, on a reproché au Tribunal de s'aventurer «dans un domaine qu'il maîtrise mal et sur un terrain peu sûr»[293] et de jouer au «professeur de droit international».[294] D'autre part, cette jurisprudence a inspiré d'autres juridictions nationales de contrôler des résolutions du Conseil de sécurité, ainsi déclenchant un effet dangereux de *spill over*.[295]

La Cour, en revanche, n'a fait que vérifier si la mesure de mise en œuvre de la résolution du Conseil de sécurité se conforme aux exigences du droit communautaire.[296] Il semble opportun pour une juridiction communautaire de se limiter à répondre à cette question. D'abord, il est plus facile d'arguer en faveur d'une compétence communautaire pour un contrôle de légalité d'un acte communautaire secondaire à l'aune du droit communautaire primaire que de défendre la construction du Tribunal de première instance dans l'affaire *Kadi*. Ensuite, l'interprétation des articles de la Charte des Nations unies n'est pas une tâche pour une juridiction nationale ou régionale. En se bornant à réviser un règlement communautaire à l'aune des droits fondamentaux communautaires, la Cour a impli-

291 Conclusions de l'avocat général *Maduro* dans l'aff. C-402/05 P, *Kadi*, n° 38.

292 *Haltern*, Gemeinschaftsgrundrechte und Antiterrormaßnahmen der UNO, JZ 2007, p. 541.

293 *Fenet*, (note 201), pt. 242.

294 *Simon/Mariatte*, Le Tribunal de première instance des Communautés: Professeur de droit international?, Europe 2005, p. 6 et suiv.; *Jacqué*, (note 242), p. 2.

295 Voir pour l'effet spillover *de Wet*, Holding the United Nations Security Council Accountable for Human Rights Violations through Domestic and Regional Cours: A Case of "Be Careful what you Whish For", in: Farall/Rubenstein (dir.), Sanctions Acountability and Governance in a Globalised World. Voir aussi l'arrêt du Tribunal fédéral suisse dans l'affaire *Youssef Mustapha Nada*, n° 1A.45/2007, 14 novembre 2007, l'arrêt de la Court of Appeals, 29 mars 2006, the Queen (on the application of Hilal Abdul Razzaq Ali Ali-Jedda v. the Secretary of State for Defence, C1/2005/2251, [2006] et l'arrêt en pourvoi du House of Lords, 12 décembre 2007, R (on the application of Al-Jedda) v Secretary of State for Defence UKHL 58 (2007).

296 *de Wet*, (note 295), souligne qu'ainsi, la Cour n'a pas refuté le raisonnement du Tribunal selon lequel le Conseil de sécurité à violé le *jus cogens* du droit international. A cet égard, *Möllers*, Das EuG konstitutionalisiert die Vereinten Nationen, EuR 2006, p. 428, met en avant que les conséquences juridiques d'une violation de *jus cogens* ne sont pas claires.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

citement reconnu qu'un tribunal international[297] est le for approprié pour interpréter la Charte des Nations unies, ainsi évitant tout conflit ouvert avec l'ordre juridique international.

Au vue de ces arguments, il est convaincant que la Cour dans l'affaire *Kadi* constate:

> «En effet, une telle immunité, qui constituerait une dérogation importante au régime de protection juridictionnelle des droits fondamentaux prévu par le traité CE, n'apparaît pas justifiée, dès lors que cette procédure de réexamen n'offre manifestement pas les garanties d'une protection juridictionnelle.»[298]

La Cour constate ainsi que les conditions d'un raisonnement *solange* – une protection suffisante des droits fondamentaux sur le plan onusien – ne sont pas remplies en l'espèce. En revanche, elle ne refute pas le raisonnement *solange* par principe. Elle souligne plutôt:

> «Il découle de ce qui précède que les juridictions communautaires doivent, conformément aux compétences dont elles sont investies en vertu du traité CE, assurer un contrôle, en principe complet, de la légalité de l'ensemble des actes communautaires au regard des droits fondamentaux faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire, y compris sur les actes communautaires qui, tel le règlement litigieux, visent à mettre en œuvre des résolutions adoptées par le Conseil de sécurité au titre du chapitre VII de la charte des Nations unies.»[299]

Si le contrôle n'est qu'«en principe» un contrôle complet, il peut y avoir des exceptions – des exceptions comme celles prévues par le raisonnement *solange*. La Cour aurait-t-elle ainsi laissé entendre qu'elle appliquerait un tel raisonnement dès lorsqu'une protection suffisante existerait au sein des Nations unies? Du moins, pour une telle solution, la porte est désormais ouverte.

---

297 D'ailleurs, la Cour internationale de Justice, elle, n'est pas compétente pour contrôler la légalité des résolutions du Conseil de sécurité.

298 CJCE, aff. C-402/05 P, *Kadi*, pt. 322.

299 Ibid., pt. 326.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-375 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY