

Droit primaire et compétences externes implicites. Réflexions à partir de l'avis 2/15 de la Cour de justice de l'Union européenne / Primary Law and the Theory of Implied External Competences: Some Thoughts after Opinion 2/15

Nicolas Pigeon

Abstract

Since the Lisbon Treaty came into force, the constitutional framework of the EU's external action received considerable attention, especially from the Court of justice of the European Union. Such attention is motivated, at least in part, by the ambiguity of EU external competences. Although the Member States agreed, with the Lisbon Treaty, to establish for the first time a catalogue of competences in primary law, which significantly extends the scope of EU's external action, the Member States regularly invoke the principle of conferral of powers, thereby stressing their position as "Masters of the Treaties".

Opinion 2/15 exemplifies the tension between the EU, which tries to exercise its newly acquired competences to the largest extent possible, and the Member States, which struggle to find legal arguments to minimise the extension of the EU's reach. In the middle of this political and legal conflict, stands the principle of conferral of powers. Although never mentioned in Opinion 2/15, the principle of conferral of powers is at the heart of the reasoning of the intervening parties and of the Court regarding the scope and nature of the EU's competences and powers.

This is true, in particular, for investment competences. Articles 206 and 207 TFEU confer exclusive competences to the EU only in respect of foreign direct investment, and consequently do not allow per se EU-only international agreements on investment protection, which normally cover non-direct investments. To fill this lacuna, the Commission invoked an implied external competence for non-direct investments. This competence should be exclusive – on the basis of the *ERTA* case law, codified in Article 3, paragraph 2, TFEU – or, at least, shared – on the basis of the necessity branch of Article 216, paragraph 1, TFEU.

Although the Court of justice rejected the exclusivity claim, arguing that primary law could not constitute “common rules” within the meaning of article 3, paragraph, 2 TFEU, it admitted the existence of an EU external implicit power of a non-exclusive nature on the basis of Article 216, paragraph 1, TFEU. This external power is, according to the Court, necessary to achieve the objective enshrined in Article 63 TFEU, that is, the geographic extension of the free movement of capital.

Le cadre constitutionnel de l'action extérieure de l'Union européenne est l'objet d'une attention soutenue de la part de la Cour de justice de l'Union européenne (Cour de justice) depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. Les trois avis prononcés en formation solennelle dans la première moitié de l'année 2017 suffiraient à l'attester¹. Les arrêts en la matière, nombreux et importants, rendus depuis le 1^{er} décembre 2009 le confirment de manière incontestable². De manière générale, comme a pu le faire remarquer le professeur Marise Cremona, la Cour de justice ne prend cependant pas, ou peu, partie sur le contenu de l'action extérieure de l'Union³. Elle se positionne davantage sur les principes qui structurent le cadre constitutionnel au sein duquel les institutions et les États membres doivent pouvoir définir l'action extérieure de l'Union, c'est-à-dire son identité sur la scène internationale.

Bien que n'étant pas systématiquement au cœur des débats, le principe d'attribution des compétences occupe à cet égard une place toute partic-

1 Avis de la Cour du 14 février 2017, 3/15, *Traité de Marrakech visant à faciliter l'accès des aveugles, des déficients visuels et des personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés aux œuvres publiées*, EU:C:2017:114; Avis de la Cour du 16 mai 2017, 2/15, *Accord de libre-échange entre l'Union européenne et la République de Singapour*, EU:C:2017:376; Avis de la Cour du 26 juillet 2017, 1/15, *Transfert des données des dossiers passagers aériens depuis l'Union vers le Canada*, EU:C:2017:592.

2 Pour un panorama approfondi de ces arrêts, v. not. : R. Gosalbo-Bono, F. Naert, « The Reluctant (Lisbon) Treaty and Its Implementation in the Practice of the Council », in P. Eeckhout, M. Lopez-Escudero (dir.), *The European Union's External Action in Times of Crisis*, Oxford, Hart Publishing, 2016, p. 13.

3 M. Cremona, « Structural Principles and their Role in EU External Relations Law », in M. Cremona (dir.), *Structural Principles in EU External Relations Law*, Oxford, Hart Publishing, 2018, p. 3-29.

ulière, parce que fondamentale pour l'Union européenne. Il est en effet « le premier principe structurel qui doit être posé avant de se pencher sur une possible application de tout autre principe régissant les relations extérieures »³ de l'Union. Le caractère cardinal de ce principe, de longue date reconnu par la Cour de justice⁴, a été rappelé avec insistance par les États membres au sein du traité de Lisbonne. Nombreuses sont les dispositions qui indiquent que l'Union ne peut agir que dans la limite des pouvoirs qui lui sont conférés par les traités. Ainsi, l'article 5, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne (TUE) dispose que « [l]e principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'Union » et l'article 5, paragraphe 2, TUE qu'« [e]n vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres »⁵. Par cette répétition et, notamment, l'établissement d'un catalogue de compétences⁶, les États membres ont certainement souhaité manifester qu'ils étaient bel et bien les maîtres des traités⁷, donc du développement des compétences de l'Union. Toutefois, cette clarification a, au moins en partie, échoué et de nombreux éléments de complexité et d'incertitudes demeurent⁸. La politique commerciale commune, pourtant fleuron de l'action extérieure de l'Union, n'échappe pas à ce constat. Son champ d'application incertain a en effet contraint la Cour de justice à prendre position à plusieurs reprises pour mettre un terme (temporaire) à

3 I. Govaere, « Compétence – Attribution des compétences post-Lisbonne: entre clarté et complexité », in C. Lalumière (dir.), *Abécédaire de droit de l'Union européenne : En l'honneur de Catherine Flaesch-Mouglin*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2017, p. 121.

4 Avis de la Cour du 28 mars 1996, 2/94, *Adhésion de la Communauté à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, EU:C:1996:140, points 23-24. Pour une confirmation récente, v. arrêt de la Cour du 5 décembre 2017, *Allemagne/ Conseil*, C-600/14, EU:C:2017:935, point 44.

5 Chose que répète mot pour mot l'article 4 TUE. Voir aussi la Déclaration n° 18, concernant la délimitation des compétences, annexée à l'acte final de la conférence intergouvernementale qui a adopté le traité de Lisbonne.

6 Art. 2 à 6 TFUE.

7 Quitte même, selon le professeur Pieter Jan Kuijper, à rejeter ensuite leur propre traité. V. P. J. Kuijper, « From the Board – Litigation on External Relations Power after Lisbon: The Member States Reject Their Own Treaty », *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 43, n° 1/2016, p. 1.

8 I. Govaere, *supra* note 4, p. 136.

des divergences d'interprétation le concernant⁹. Le domaine des investissements en est un parfait exemple puisqu'il a imposé à la Cour un travail déterminant de définition de la compétence européenne qui entre en résonance directe avec le principe des compétences d'attribution¹⁰.

Dans le domaine des investissements, l'étendue matérielle de la compétence externe explicite et exclusive de l'Union au titre de la politique commerciale commune est limitée aux investissements étrangers directs¹¹, c'est-à-dire aux opérations « qui servent à créer ou à maintenir des relations durables et directes entre le bailleur de fonds et l'entreprise à qui ces fonds sont destinés en vue de l'exercice d'une activité économique »¹². Tous les types d'investissements ne relèvent donc pas de la compétence exclusive de l'Union sur ce fondement¹³, en particulier les investissements indirects, dits de portefeuille¹⁴. Or, des difficultés surgissent en raison de la couverture matérielle des accords internationaux relatifs aux investissements que l'Union souhaite négocier et conclure en lieu et place de ses États membres. Sans qu'il soit nécessaire d'entrer ici dans

9 V. not. arrêt de la Cour du 18 juillet 2013, *Daichi Sankyo et Sanofi-Aventis Deutschland*, C-414/11, EU:C:2013:520; arrêt de la Cour du 22 octobre 2013, *Commission/Conseil*, C-137/12, EU:C:2013:675.

10 Nous n'aborderons pas dans le cadre de cette étude l'établissement, par la Cour de justice, de la compétence exclusive de l'Union en matière de protection des investissements sur la base des dispositions explicites du TFUE relatives à la politique commerciale commune.

11 Articles 206 et 207, paragraphe 1, TFUE.

12 Arrêt de la Cour du 12 décembre 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04, EU:C:2006:774, points 180-181.

13 Article 3, paragraphe 1, e, TFUE.

14 Selon la Cour de justice, les investissements de portefeuille peuvent se définir comme « [...] l'acquisition de titres sur le marché des capitaux effectuée dans la seule intention de réaliser un placement financier sans intention d'influer sur la gestion et le contrôle de l'entreprise [...] ». V. arrêt de la Cour du 21 octobre 2010, *Idryma Typou*, C-81/09, EU:C:2010:622, point 48. Ces investissements posent des problèmes différents que les investissements directs. Ils ne donnent pas lieu à un établissement, donc les enjeux réglementaires sont autres. Il s'agit essentiellement de mouvements de capitaux et de participation des investisseurs étrangers dans le marché des capitaux. V. A. Dimopoulos, *EU Foreign Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, spéc. p. 104-105; R. Torrent, « Pourquoi un revirement de la jurisprudence "golden share" de la Cour de justice de l'Union européenne est-il indispensable? », in H. Van Rompuy (dir.), *A Man for All Treaties : Liber Amicorum en l'Honneur de Jean-Claude Piris*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 539, spéc. p. 540-541.

le détail de la définition conventionnelle de l'investissement, il est cependant tout à fait certain qu'un décalage existe entre la compétence exclusive de l'Union sur le fondement de la politique commerciale commune et la couverture matérielle du chapitre relatif à la protection des investissements des accords qu'elle souhaite conclure¹⁵. En d'autres termes, la compétence exclusive de l'Union au titre de l'article 207 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) n'est pas suffisante pour couvrir l'intégralité des opérations d'investissements couvertes par ces accords. Cela n'a toutefois rien d'irréversible. L'insuffisance de l'article 207 TFUE ne signifie pas que l'Union ne peut pas tirer d'un autre fondement le reste de compétence nécessaire pour faire coïncider ses compétences et le champ d'application des accords internationaux qu'elle souhaite conclure. C'est à ce titre que la Commission a fait appel à la théorie des compétences implicites en tentant d'établir, de manière innovante, des relations entre cette théorie et le droit primaire¹⁶. Une partie de la doctrine l'a suivie sur cette voie¹⁷. D'autres l'ont partiellement critiquée¹⁸. L'Avocat général Eleanor Sharpston et l'Assemblée plénière de la Cour de justice ont ainsi été amenés à se prononcer sur la thèse défendue par la Commission européenne¹⁹. L'hypothèse d'une compétence exclusive par affectation de la règle posée par l'article 63 TFUE est écartée – le droit primaire ne relevant pas de la catégorie des règles communes visées par l'ar-

-
- 15 V. par ex. M. Bungenberg, « The Scope of Application of EU (Model) Investment Agreements », *Journal of World Investment & Trade*, vol. 15, n° 3-4/2014, p. 402.
- 16 Commission européenne, Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions – Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux, Bruxelles, 7 juillet 2010, COM (2010) 343 final, p. 9; Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour la gestion de la responsabilité financière liée aux tribunaux de règlement des différends investisseur-État mis en place par les accords internationaux auxquels l'Union européenne est partie, Bruxelles, 21 juin 2012, COM (2012) 335 final, p. 3.
- 17 R. Vidal Puig, « The Scope of the New Exclusive Competence of the European Union with Regard to Foreign Direct Investment » *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 40, n° 2/2013, p. 133, spéc. p. 152-154; F. Erlbacher, *Recent Case Law on External Competences of the European Union: How Member States Can Embrace Their Own Treaty*, The Hague, CLEER, 2017, spéc. p. 27-29.
- 18 F. Ortino, P. Eeckhout, « Towards an EU Policy on Foreign Direct Investment », in A. Biondi, P. Eeckhout, S. Ripley (dir.), *EU Law After Lisbon*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 312.
- 19 Conclusions de l'Avocat général Sharpston, présentées le 21 décembre 2016, Avis 2/15, EU:C:2016:992; Avis de la Cour du 16 mai 2017, 2/15, *supra* note 1.

ticle 3, paragraphe 2, TFUE (I). Toutefois, la Cour de justice admet que l'Union dispose d'une compétence externe implicite partagée sur le fondement combiné de l'article 216, paragraphe 1, TFUE et de la compétence de l'Union relative au marché intérieur (article 4, paragraphes 1 et 2, a, TFUE) en jugeant elle-même de sa nécessité au regard des objectifs fixés par le droit primaire. Si l'existence de la compétence de l'Union est ainsi directement déterminée par la Cour sur le seul fondement d'une interprétation des dispositions du droit primaire, un contrôle politique demeure néanmoins sur l'opportunité de son exercice (II).

I. La non-application du critère d'affectation des règles communes à l'égard du droit primaire

La thèse de la Commission est relativement simple dans son énoncé. En vertu de l'article 3, paragraphe 2, TFUE,

« [l']Union dispose également d'une compétence exclusive pour la conclusion d'un accord international lorsque cette conclusion est prévue dans un acte législatif de l'Union, ou est nécessaire pour lui permettre d'exercer sa compétence interne, ou dans la mesure où elle est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée ».

Par conséquent, il serait possible d'étendre la compétence exclusive de l'Union aux investissements autres que directs, donc de portefeuille (ou indirects²⁰), en ayant recours aux dispositions du TFUE relatives à la libre circulation des capitaux. Plus particulièrement, c'est la troisième branche de l'article 3, paragraphe 2, TFUE qui est mobilisée. Selon la Commission, la compétence externe implicite exclusive de l'Union en matière d'investissements de portefeuille résulte du fait que la conclusion d'un accord international en la matière est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée. La règle commune en cause serait celle

20 Il n'est pas certain que l'intégralité des investissements couverts par le chapitre sur la protection des investissements puisse se résumer aux investissements directs et aux investissements de portefeuille. En particulier, les nouvelles formes de l'investissement, constituées notamment de droits de nature contractuelle, devraient vraisemblablement être distinguées. Or, la compétence externe de l'Union en la matière peut également être débattue. Compte tenu des limites de la présente contribution, nous n'aborderons pas ce sujet. V. A. Dimopoulos, *supra* note 15, p. 105; T. Fecák., *International Investment Agreements and EU Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2016, spéc. p. 191.

posée dans l'article 63, paragraphe 1, TFUE en vertu duquel « [...] toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers sont interdites ». L'originalité de cette position de la Commission tient essentiellement au fait que la règle commune susceptible d'être affectée n'est pas, comme ce fût toujours le cas dans la jurisprudence relative aux compétences externes implicites, une règle issue du droit dérivé mais relève de la catégorie du droit primaire. L'Avocat général Sharpston et l'Assemblée plénière de la Cour de justice n'ont pas suivi la Commission dans cette extension de la notion de règles communes au sens de la théorie des compétences externes implicites. Si leurs raisonnements respectifs diffèrent sur certains points, deux arguments principaux sont avancés au soutien de ce refus : la filiation entre l'article 3, paragraphe 2, TFUE et la jurisprudence issue de l'arrêt *AETR*²¹, d'une part (A), et la primauté du droit primaire sur les accords internationaux de l'Union, d'autre part (B).

A. La transposition de la notion de règles communes au sens de la jurisprudence issue de l'arrêt AETR dans le cadre de l'article 3, paragraphe 2, TFUE

En rappelant le lien qu'elle a décidé de maintenir entre la jurisprudence issue de l'arrêt *AETR* et l'interprétation de la troisième branche de l'article 3, paragraphe 2, TFUE, la Cour de justice rappelle solennellement quelle est la signification de cette jurisprudence (1). Son avis rendu en Assemblée plénière le 16 mai 2017 a, en outre, le mérite de proposer une clarification innovante du fondement de cette jurisprudence, en insistant notamment sur l'auteur des règles communes à protéger et donc, implicitement, sur le principe de loyauté (2).

1. Une approche classique du parallélisme entre compétences internes et externes

La Cour de justice insiste, tout d'abord, sur la continuité qui doit être établie entre l'interprétation de l'article 3, paragraphe 2, TFUE et sa ju-

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

risprudence antérieure relative aux compétences externes implicites²², en particulier dans le cadre de la logique dite « AETR »²³. Il est vrai que, à plusieurs reprises, la Cour de justice a indiqué que la troisième branche de l'article 3, paragraphe 2, TFUE devait être interprétée conformément à l'ensemble des précédents jurisprudentiels en la matière²⁴ : l'exclusivité d'une compétence externe implicite dépend ainsi de l'exercice préalable d'une compétence interne se traduisant par la production de droit dérivé, lui-même constitutif de règles communes susceptibles d'être affectées ou dont la portée peut être altérée²⁵. Sans ambiguïté, l'Assemblée plénière (ré)affirme donc que

« [...] constituent des "règles communes" les dispositions de droit dérivé que la Communauté, devenue l'Union, a progressivement instaurées et que, lorsque l'Union a ainsi exercé sa compétence interne, elle doit, parallèlement, jouir d'une compétence externe exclusive pour éviter que les États membres prennent des engagements internationaux qui seraient susceptibles d'affecter ces règles communes ou d'en altérer la portée »²⁶.

La compétence externe exclusive implicitement acquise par l'Union lui sert ainsi de prolongement externe des règles posées, par elle, sur le plan interne. Elle constitue à ce titre une dimension bien spécifique du par-

-
- 22 Avis de la Cour du 16 mai 2017, 2/15, *supra* note 1, points 231-234; V. aussi, Conclusions de l'Avocat général Sharpston, *supra* note 20, point 352.
- 23 Arrêt de la Cour du 31 mars 1971, *Commission/Conseil (AETR)*, *supra* note 22, point 17 : « qu'en particulier, chaque fois que, pour la mise en œuvre d'une politique commune prévue par le traité, la Communauté a pris des dispositions instaurant, sous quelque forme que ce soit, des règles communes, les États membres ne sont plus en droit, qu'ils agissent individuellement ou même collectivement, de contracter avec les États tiers des obligations affectant ces règles ».
- 24 V. par ex. : arrêt de la Cour du 4 septembre 2014, *Commission/Conseil*, C-114/12, EU:C:2014:2151, point 67; arrêt de la Cour du 26 novembre 2014, *Green Network*, C-66/13, EU:C:2014:2399, point 28.
- 25 Avis de la Cour du 15 novembre 1994, 1/94, *Compétence de la Communauté pour conclure des accords internationaux en matière de services et de protection de la propriété intellectuelle*, EU:C:1994:384, point 77; Avis de la Cour du 24 mars 1995, 2/92, *Compétence de la Communauté ou de l'une de ses institutions pour participer à la troisième décision révisée du Conseil de l'OCDE relative au traitement national*, EU:C:1995:83, points 31-33. Cette interprétation de la logique AETR est largement partagée par la doctrine : V. par ex. : V. Michel, « Les compétences externes implicites : continuité jurisprudentielle et clarification méthodologique », *Europe*, n° 10/2006; E. Neframi, *L'action extérieure de l'Union européenne : fondements, moyens, principes*, Paris, LGDJ, 2010, p. 59.
- 26 Avis de la Cour du 16 mai 2017, 2/15, *supra* note 1, point 233.

allélisme entre les compétences internes et externes : il s'agit d'un parallélisme fonctionnel destiné à préserver l'effectivité et l'uniformité du droit de l'Union. Cette liaison de la théorie des compétences externes implicites avec l'idée d'un parallélisme entre les compétences internes et les compétences externes est d'ailleurs confirmée par les deux autres cas de figure de l'article 3, paragraphe 2, TFUE qui prévoit que l'Union dispose aussi d'une compétence externe exclusive lorsque la conclusion d'un accord international « est prévue dans un acte législatif de l'Union, ou est nécessaire pour lui permettre d'exercer sa compétence interne ». Elle ne doit cependant pas être exagérée. Sauf à remettre en cause la répartition des compétences et, *in fine*, le principe des compétences d'attribution, la naissance d'une compétence externe implicite exclusive sur le fondement du critère de l'affectation n'a rien d'automatique dès lors qu'une compétence interne correspondante existe. Encore faut-il, d'une part, que cette compétence interne ait été exercée et, d'autre part, que les domaines des règles internes et externes concordent au point qu'il existe un risque d'affectation des premières par les secondes. Comme l'a indiqué la Cour de justice dans l'avis 1/13,

« [...] l'Union ne disposant que de compétences d'attribution, l'existence d'une compétence, de surcroît de nature exclusive, doit trouver son fondement dans des conclusions tirées d'une analyse globale et concrète de la relation existant entre l'accord international envisagé et le droit communautaire en vigueur. Cette analyse doit prendre en considération les domaines couverts, respectivement, par les règles communautaires et par les dispositions de l'accord envisagé, leurs perspectives d'évolution prévisibles ainsi que la nature et le contenu de ces règles et dispositions, afin de vérifier si l'accord en question est susceptible de porter atteinte à l'application uniforme et cohérente des règles communautaires et au bon fonctionnement du système qu'elles instituent »²⁷.

27 Avis de la Cour du 14 octobre 2014, 1/13, *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, EU:C:2014:2303, point 74. V. aussi : arrêt de la Cour du 4 septembre 2014, *Commission/Conseil*, *supra* note 25, point 74; arrêt de la Cour du 26 novembre 2014, *Green Network*, *supra* note 25, point 33. Pour une analyse de cette jurisprudence, v. F. Castillo de la Torre, « The Court of Justice and External Competences after Lisbon: Some Reflections on the Latest Case Law » in P. Eeckhout, M. Lopez-Escudero (dir.), *supra* note 2, p. 129; A. Rosas, « EU External Relations: Exclusive Competence Revisited », *Fordham International Law Journal*, vol. 38, n° 4/2015, p. 1073.

Dans son avis 2/15, l'Assemblée plénière ne procède pas à cette analyse dans la mesure où l'article 63 TFUE n'est pas constitutif, selon elle, d'une règle commune au sens de l'article 3, paragraphe 2, TFUE.

2. Une clarification originale du fondement de la jurisprudence AETR : le rôle du principe de loyauté

Consciente de cet écueil, la Commission avait tenté de faire valoir deux arguments principaux. En premier lieu, elle avançait que l'article 3, paragraphe 2, TFUE ne distingue pas entre le droit dérivé et le droit primaire. Ceci est parfaitement exact et, pourrait-on ajouter, le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne lui-même parle alternativement de règles communes pour désigner soit ses propres dispositions²⁸, soit des normes issues du droit dérivé²⁹. Ainsi, selon l'adage *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, il n'y aurait pas lieu de distinguer dans le cadre de l'article 3, paragraphe 2, TFUE. En second lieu, la Commission considérait que la nécessité d'un exercice préalable de la compétence interne était en fait purement conjoncturelle. La prise en compte systématique du droit dérivé dans la jurisprudence résulterait de la particularité des dispositions du droit primaire jusqu'alors concernées. Celles-ci ne feraient que fixer des objectifs et attribueraient aux institutions les pouvoirs correspondants en vue de leur réalisation. Elles ne permettaient donc pas d'identifier directement des règles communes³⁰. Or, l'article 63 TFUE présente à cet égard une double particularité. D'une part, il est applicable aussi bien aux mouvements de capitaux intra-européens qu'extra-européens. D'autre part, il se suffit à lui-même en ce sens que la règle posée n'a pas besoin d'être complétée, mise en œuvre, par du droit dérivé³¹. La Commission ajoutait que sa thèse était tout à fait compatible avec la logique profonde de la jurisprudence *AETR* selon laquelle la compétence

28 Le Titre VII de la Troisième partie du TFUE est intitulé : « Les règles communes sur la concurrence, la fiscalité et le rapprochement des législations ».

29 L'article 40 TFUE, relatif à l'organisation commune des marchés agricoles, évoque l'adoption de « règles communes en matière de concurrence ». De même, l'article 91 TFUE évoque l'adoption de « règles communes applicables aux transports internationaux [...] ».

30 Conclusions de l'Avocat général Sharpston, *supra* note 20, point 277.

31 Arrêt de la Cour du 14 décembre 1995, *Sanz de Lera e.a.*, C-163/94, EU:C:1995:451, point 41.

implicite exclusive de l'Union se justifie fondamentalement par la sauvegarde nécessaire de l'unité du marché intérieur et de l'application uniforme du droit de l'Union.

Pour la Cour de justice, cet argumentaire n'est pas déterminant et méconnaît la « [...] motivation inhérente à la règle de compétence externe exclusive contenue dans l'arrêt [AETR] »³². Cette méconnaissance résulte de la volonté

« [...] d'étendre la portée de cette règle, à présent inscrite à l'article 3, paragraphe 2, dernier membre de phrase, TFUE, à un cas de figure qui, comme en l'occurrence, concerne non pas des règles de droit dérivé instaurées par l'Union dans le cadre de l'exercice d'une compétence interne qui lui a été conférée par les traités, mais une règle de droit primaire de l'Union adoptée par les auteurs de ces traités »³³.

L'Assemblée plénière se place donc sur le terrain de l'auteur et du moment de l'adoption des normes internes susceptibles de donner naissance à une compétence externe implicite exclusive pour écarter la thèse de la Commission. Lors de la rédaction des traités, les États membres n'engagent qu'eux mêmes et ne sont soumis à d'autres règles que celles qui résultent du droit international public. En revanche, l'adoption de droit dérivé dans le cadre de l'ordre juridique de l'Union, d'une part, place les États membres dans un institution commune – le Conseil – qui fonctionne selon des règles préexistantes et, d'autre part, les fait interagir avec d'autres institutions, principalement la Commission et le Parlement européen, selon des règles et procédures elles aussi préexistantes. Surtout, les règles de droit dérivé qui découlent de l'exercice des compétences internes de l'Union ont pour auteur l'Union et non pas les États membres, comme c'est le cas pour les traités. Dans cette optique, la théorie des compétences externes implicites peut effectivement être interprétée comme une modalité de prévention de toute déloyauté des États membres envers l'Union. Appliqué au droit primaire, un tel raisonnement n'est en revanche pas tenable : l'Union ne peut pas devenir exclusivement compétente pour négocier des engagements internationaux susceptibles de porter atteinte à des règles qui lui sont étrangères, même si, paradoxalement, celles-ci sont ses règles fondatrices.

32 Avis de la Cour du 16 mai 2017, Avis 2/15, *supra* note 1, point 234.

33 *Ibid.*

Il ne s'agit donc pas de substituer l'Union aux États membres dans le cadre des relations extérieures à chaque fois qu'une règle issue du droit de l'Union est susceptible d'être affectée par l'action conventionnelle autonome des États membres. Il s'agit de les empêcher de porter atteinte par l'extérieur à l'application uniforme des règles à l'élaboration desquelles ils ont participé sur le plan interne, et dont ils doivent assurer l'application effective. Autrement dit, la logique *AETR* est inhérente à l'ordre juridique de l'Union : elle ne trouve à s'appliquer qu'en lien avec des règles formées selon les procédures fixées par cet ordre juridique. Elle ne peut donc pas s'appliquer au regard de règles formées en dehors de cet ordre juridique, en l'occurrence à l'occasion de la rédaction des traités. Si l'idée de l'indispensable sauvegarde de l'application uniforme du droit de l'Union n'est pas abandonnée, la Cour de justice ajoute toutefois que la logique *AETR* ne joue que dans le cadre de l'ordre juridique de l'Union; elle ne lui préexiste pas.

B. La primauté du droit primaire sur les accords internationaux de l'Union

Le second temps du raisonnement de la Cour dans l'avis 2/15 consiste à affirmer qu'il est impossible que les accords internationaux affectent ou altèrent le sens du droit primaire (1). Conformément au principe des compétences d'attribution, les traités fondateurs échappent à toute modification unilatéralement décidée par l'Union (2).

1. Une affectation impossible du droit primaire en raison de sa primauté

Le deuxième moyen qu'utilise la Cour de justice pour écarter la thèse de la Commission européenne est lié au premier dans la mesure où il a pour effet de singulariser le droit primaire du droit dérivé. La démarche est cependant différente : alors qu'il était question, dans un premier temps, de dissocier les deux normes au regard de leur auteur et de l'ordre juridique de leur formation, le raisonnement de la Cour de justice est situé ici du point de vue interne à l'ordre juridique de l'Union. En effet, l'Assemblée plénière rappelle le principe de primauté du droit directement issu des traités sur le droit dérivé, « y compris les accords conclus par l'Union avec

des États tiers »³⁴. Cette affirmation solennelle de la hiérarchie des normes dans l'ordre juridique de l'Union doit être saluée, même si elle était déjà largement admise³⁵. Elle permet à la Cour de justice d'ajouter que

« [...] ces actes, [...], puisent leur légitimité dans les [...] traités et ne sauraient, en revanche, exercer une influence sur le sens ou la portée des dispositions de ceux-ci. Lesdits accords ne sont, dès lors, pas susceptibles d'"affecter" des règles de droit primaire de l'Union ou d'"altérer la portée" de celles-ci, au sens de l'article 3, paragraphe 2, TFUE »³⁶.

Si une telle affirmation peut se comprendre, elle n'en est pas moins surprenante. Compte tenu du premier argument mis en avant pour rejeter la thèse de la Commission, celui-ci peut paraître, si ce n'est contradictoire, du moins incohérent. En effet, la Cour de justice fait application d'une doctrine dont elle vient de rejeter l'applicabilité. Autrement dit, à partir du moment où la doctrine *AETR* ne peut pas jouer à l'égard du droit primaire, était-il nécessaire de préciser que des engagements internationaux ne peuvent l'affecter ou en altérer la portée? Sans doute peut-on interpréter ce deuxième pan du raisonnement de l'Assemblée plénière comme un moyen de dire qu'en tout état de cause la thèse de la Commission doit être écartée, et ceci indépendamment du point de vue adopté. Il reste que le fondement de la décision de la Cour de justice sur ce point devient incertain : d'une part, la portée du premier argument en ressort amoindrie puisqu'en faisant application de la doctrine *AETR* à l'égard du droit primaire, même si c'est pour l'écarter, la Cour sous-entend implicitement mais nécessairement que sa non applicabilité dans cette hypothèse n'est peut-être pas indiscutable. D'autre part, l'affirmation selon laquelle des traités ne sauraient exercer une influence sur le sens ou la portée des dispositions du droit primaire n'est elle-même pas dénuée d'incertitudes.

2. L'absorption du critère d'affectation par celui de l'incompatibilité

La Cour de justice invite manifestement à bien distinguer entre, d'un côté, l'affectation et l'altération de la portée des règles communes et, de l'autre,

34 Avis de la Cour du 16 mai 2017, 2/15, *supra* note 1, point 235.

35 Arrêt de la Cour du 10 mars 1998, *Allemagne/Conseil*, C-122/95, EU:C:1998:94. V. aussi : J. Rideau, « Accords internationaux », *Répertoire de droit européen*, Paris, Dalloz, 2011, paragraphes 579-590.

36 Avis de la Cour du 16 mai 2017, 2/15, *supra* note 1, point 235.

l'incompatibilité entre des normes internes et externes. En effet, à défaut d'une telle distinction, l'affirmation de l'Assemblée plénière selon laquelle des accords internationaux ne sont « pas susceptibles d'"affecter" des règles de droit primaire de l'Union ou d'[en] "altérer la portée" » serait contredite par l'existence même de la procédure d'avis issue de l'article 218, paragraphe 11, TFUE. Celle-ci vise à prévenir les situations d'incompatibilité entre les accords internationaux de l'Union et le droit primaire en subordonnant, en cas d'incompatibilité, l'entrée en vigueur des premiers à leur modification ou à la révision des traités³⁷. Cette distinction s'inscrit d'ailleurs dans la continuité de la jurisprudence antérieure dans la mesure où la notion d'affectation au sens de l'article 3, paragraphe 2, TFUE ne dépend pas de l'existence d'une incompatibilité³⁸. La Cour de justice a effectivement qualifié d'exclusive une compétence externe implicite dans des affaires où les règles communes et les dispositions de l'engagement international n'étaient pas incompatibles. L'analyse à laquelle procède la Cour dans ces affaires vise à déterminer si les règles communes seront modifiées par l'accord international. C'est ce qui explique son insistance sur l'analyse comparée des dispositions d'ordre général, telles les définitions ou le champ d'application des règles³⁹, et la prise en compte des « perspectives d'évolution prévisibles » des règles communes⁴⁰. La Cour de justice cherche ainsi à sauvegarder le fonctionnement et l'objet des règles communes plutôt qu'à identifier des situations d'incompatibilité entre les normes en cause⁴¹. La notion d'affectation est donc plus large que la notion d'incompatibilité : si toute affectation n'implique pas une incompatibilité, l'inverse est en revanche probablement vrai. Or, en raison de la primauté du droit primaire, si des accords internationaux peuvent être in-

37 Ce qui, soit dit en passant, signifie que des accords internationaux peuvent bel et bien affecter le droit primaire.

38 Avis de la Cour du 19 mars 1993, 2/91, *Convention n° 170 de l'Organisation Internationale du Travail concernant la sécurité dans l'utilisation des produits chimiques au travail*, EU:C:1993:106, points 25-26; arrêt de la Cour du 4 septembre 2014, *Commission/Conseil*, *supra* note 25, point 71; arrêt de la Cour du 26 novembre 2014, *Green Network*, *supra* note 25, point 32.

39 V. par ex. arrêt de la Cour du 4 septembre 2014, *Commission/Conseil*, *supra* note 25, points 87-98.

40 V. par ex. arrêt de la Cour du 26 novembre 2014, *Green Network*, *supra* note 25, points 61-64.

41 F. Castillo de la Torre, « The Court of Justice and External Competences after Lisbon: Some Reflections on the Latest Case Law », *supra* note 28, p. 162.

compatibles avec ses dispositions, il ne peuvent en aucun cas exercer une influence sur son sens ou sur la portée de ses dispositions.

Pourtant, il nous semble que la frontière entre ces deux catégories de rapports normatifs peut parfois être très difficile à établir. En témoignent par exemple les affaires où la Cour a eu à connaître des traités bilatéraux d'investissement de certains États membres⁴². L'incompatibilité qu'a constatée la Cour entre ces traités bilatéraux et le droit de l'Union résultait du fait qu'une de leurs dispositions était susceptible de porter atteinte à l'effectivité des pouvoirs du Conseil issus directement du chapitre du traité établissant la Communauté européenne (CE) sur les capitaux⁴³. Or, il est difficile de ne pas voir dans cette situation, au-delà d'une situation d'incompatibilité hypothétique, un cas de figure dans lequel des accords internationaux affectent ou altèrent la portée du droit primaire. Si la théorie des compétences externes implicites exclusives dans sa branche issue de l'arrêt *AETR* vise notamment à sauvegarder l'effectivité et l'uniformité du droit de l'Union, il y a bien là un cas d'affectation du droit primaire par des accords internationaux. D'ailleurs, dans l'affaire *Pringle*, la Cour a semblé admettre que des accords internationaux conclus par les États membres puissent affecter les dispositions du droit primaire, en particulier lorsque celles-ci sont attributives de compétence⁴⁴. Aussi, dire de manière générale que des accords internationaux ne peuvent pas affecter ou altérer le sens du droit primaire peut paraître excessif.

Cela étant, ces quelques exemples ne sont peut-être pas vraiment pertinents. En effet, dans tous les cas, il s'agissait d'accords conclus par les États membres. Or, ce que dit la Cour de justice dans l'avis 2/15 est que l'Union ne peut pas acquérir une compétence exclusive sur le fondement

42 Arrêt de la Cour du 3 mars 2009, *Commission/Autriche*, C-205/06, EU:C:2009:118; arrêt de la Cour du 3 mars 2009, *Commission/Suède*, C-249/06, EU:C:2009:119; arrêt de la Cour du 19 novembre 2009, *Commission/Finlande*, C-118/07, EU:C:2009:715.

43 Il s'agit des ex-articles 57, paragraphe 2, TCE (devenu 64, paragraphes 2-3, TFUE), 59 TCE (devenu 66 TFUE) et 60, paragraphe 1, TCE (devenu 75 et 215 TFUE). Les États membres en question avaient manqué à leurs obligations au titre de l'ex-article 307, paragraphe 2, TCE (devenu article 351, paragraphe 2, TFUE) de faire le nécessaire pour éliminer les incompatibilités entre leurs traités bilatéraux et le droit de l'Union.

44 Arrêt de la Cour du 27 novembre 2012, *Pringle*, C-370/12, EU:C:2012:756, points 64-66 et 99-107. V. aussi : Conclusions de l'Avocat général Sharpston, *supra* note 20, points 355-356.

de l'affectation du droit primaire par l'accord envisagé. Autrement dit, l'Union ne peut pas se trouver, seule, investie du pouvoir de conclure des accords internationaux qui auraient incidemment pour effet de modifier le droit primaire. Ceci pourrait en effet équivaloir à une forme déguisée de révision des traités et serait donc en parfaite contradiction avec la procédure prévue à cet effet à l'article 48 TUE. Sur ce point, l'Avocat général Sharpston s'était exprimée de manière sans doute plus limpide que l'Assemblée plénière en affirmant que

« [l']argument de la Commission signifierait que l'article 3, paragraphe 2, TFUE reconnaît à l'Union le droit de conclure un accord qui affecte les traités ou en altère la portée. Or, la fonction première de l'article 3, paragraphe 2, TFUE est, comme son libellé l'indique clairement, de préciser la nature de la compétence externe de l'Union. Il ne peut pas avoir pour objet d'habiliter l'Union à "affecter" des règles de droit primaire de l'Union ou à "en altérer la portée" en concluant un accord international. Le droit primaire ne peut être modifié qu'au prix d'une révision des traités conformément à l'article 48 TUE »⁴⁵.

En définitive, il nous semble que c'est bien le principe d'attribution des compétences, qui implique que l'Union n'a pas le pouvoir de modifier elle-même la répartition des compétences, qui est au centre du raisonnement de la Cour. En refusant de reconnaître la nature exclusive de la compétence de l'Union en matière d'investissements de portefeuille sur le fondement de la troisième branche de l'article 3, paragraphe 2, TFUE, la Cour de justice a peut-être voulu signifier que l'Union ne pouvait utiliser son pouvoir de s'engager conventionnellement pour modifier ses règles fondatrices. Tout comme les accords internationaux, l'Union « puise sa légitimité » dans les traités⁴⁶. Elle ne saurait donc les affecter ou en altérer la portée sans mettre en cause le principe des compétences d'attribution.

45 Conclusions de l'Avocat général Sharpston, *supra* note 20, point 354.

46 Nous faisons référence ici à la formule qu'emploie la Cour au point 235 de l'avis 2/15 selon laquelle les actes adoptés sur le fondement des traités « y compris les accords conclus par l'Union avec des États tiers, puisent leur légitimité » dans lesdits traités.

II. L'existence d'une compétence externe implicite partagée au titre des objectifs fixés par le droit primaire

Toujours à l'occasion de la procédure ayant abouti à l'avis 2/15, la Commission soutenait, à titre subsidiaire, que l'Union dispose en tout état de cause d'une compétence externe implicite partagée en matière d'investissements de portefeuille sur le fondement de l'article 216, paragraphe 1, TFUE parce que cette compétence « [...] est nécessaire pour réaliser, dans le cadre des politiques de l'Union, l'un des objectifs visés par les traités [...] »⁴⁷. Cet objectif est celui d'achever la libre circulation des capitaux entre l'Union et les États tiers. La Cour de justice donne raison à la Commission sur ce point⁴⁸ en apportant deux précisions importantes à la théorie des compétences externes implicites partagées. D'une part, le lien nécessaire avec l'existence d'une compétence interne est vraisemblablement assoupli puisque la Cour de justice fonde essentiellement son raisonnement sur l'article 63 TFUE, qui n'attribue aucune compétence normative à l'Union (A). D'autre part, l'appréciation de la nécessité n'est plus une prérogative exclusive du législateur européen et peut ressortir également de la compétence de la Cour de justice (B).

A. L'élargissement des fondements internes possibles de la compétence externe implicite partagée

Après avoir procédé à un rappel de la signification des compétences externes implicites par nécessité (1), nous montrerons que l'avis 2/15 ouvre peut-être la voie à un élargissement des fondements internes possibles des compétences externes implicites partagées (2).

1. Rappel de la signification des compétences externes implicites par nécessité

Pour que l'Union puisse revendiquer l'existence d'une compétence externe implicite non-exclusive sur le fondement de la deuxième branche de l'article 216, paragraphe 1, TFUE, il faut qu'elle dispose d'une

47 Conclusions de l'Avocat général Sharpston, *supra* note 20, point 278.

48 Avis de la Cour du 16 mai 2017, 2/15, *supra* note 1, point 239.

compétence interne correspondante. L'analyse de la jurisprudence de la Cour, aussi bien antérieure que postérieure à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne en atteste⁴⁹. Dans cette logique qui tire ses origines de l'avis 1/76⁵⁰, le pouvoir implicite de conclure des accords internationaux dont dispose l'Union résulte du lien nécessaire entre l'exercice de la compétence interne et la conclusion d'un accord international : c'est parce que l'exercice de cette compétence interne nécessite que soit conclu un accord international que ce pouvoir est reconnu. Cela étant assez bien admis, il est quelque peu surprenant de voir la Commission affirmer que l'application de cette branche de l'article 216, paragraphe 1, TFUE ne dépend pas de l'existence d'une compétence interne⁵¹. Selon la logique de la Commission, tout objectif de l'Union inscrit dans les traités donnerait automatiquement naissance à une compétence externe implicite non exclusive. Poussé à son terme, et au vu des objectifs très généraux que poursuit l'Union⁵², ce raisonnement conduirait à faire de l'article 216, paragraphe 1, TFUE une clause générale de compétence en matière d'action extérieure. Chose que, précisément, elle ne semble pas être si l'on prend en compte l'insistance avec laquelle les États membres rappellent le principe des compétences d'attribution dans les Traités.

La Commission pouvait sans doute s'appuyer sur les incertitudes qui existent en matière de compétences externes implicites non exclusives⁵³ et sur celles qui découlent de la rédaction de l'article 216, paragraphe 1,

49 Avis de la Cour du 19 mars 1993, 2/91, *supra* note 39, point 7; Avis de la Cour du 28 mars 1996, 2/94, *supra* note 5, points 26-30; Avis de la Cour du 14 octobre 2014, 1/13, *supra* note 28, point 67. V. aussi : V. Michel, « Les objectifs de la politique juridique extérieure de l'Union européenne », in M. Benlolo-Carabot, U. Candaş, E. Cujo (dir.), *Union européenne et droit international – Mélanges en l'honneur de Patrick Daillier*, Paris, Pedone, 2012, p. 35-52, spéc. p. 45; E. Neframi, *supra* note 26, p. 67.

50 Avis de la Cour du 26 avril 1977, 1/76, *Projet d'accord relatif à l'institution d'un Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure*, EU:C:1977:63, points 3-4. Arrêt de la Cour du 14 juillet 1976, *Cornelis Kramer e.a.*, 3, 4 & 6/76, EU:C:1976:114, points 16-33.

51 Conclusions de l'Avocat général Sharpston, *supra* note 20, point 364.

52 Articles 3 et 21 TUE.

53 M. Klamert, N. Maydell, « Lost in Exclusivity: Implied Non-exclusive External Competences in Community Law », *European Foreign Affairs Review*, vol. 13, n° 4/2008, p. 493.

TFUE⁵⁴. En effet, dans la logique de l'avis 1/76, l'existence de la compétence interne est nécessaire pour que soit reconnue une compétence externe implicite de nature exclusive. Or, cette nécessité doit-elle être interprétée de manière aussi stricte s'il s'agit d'une compétence externe implicite non exclusive? La jurisprudence de la Cour de justice ne permet pas de l'affirmer avec certitude. En outre, la rédaction de l'article 216, paragraphe 1, TFUE, en comparaison notamment avec celle de l'article 3, paragraphe 2, TFUE, laisse penser que le test à appliquer pour reconnaître l'existence d'une compétence externe implicite non exclusive est moins strict que lorsqu'il est question d'une compétence de nature exclusive. À cet égard, le professeur Marise Cremona a notamment souligné⁵⁵ que le lien interne / externe avait été brisé dans le cadre de l'article 216, paragraphe 1, TFUE qui, rappelons-le dispose que « [l]'Union peut conclure un accord avec un ou plusieurs pays tiers ou organisations internationales [...] lorsque la conclusion d'un accord, soit est nécessaire pour réaliser, dans le cadre des politiques de l'Union, l'un des objectifs visés par les traités [...] ». Une comparaison avec l'article 3, paragraphe 2, TFUE laisse à ce titre supposer que l'existence d'une compétence interne n'est peut-être pas aussi impérieuse dans le cadre de l'article 216, paragraphe 1, TFUE, si par compétence interne il s'agit d'un pouvoir de décision ou d'une compétence normative interne, pour reprendre la classification des compétences établie par les professeurs Vlad Constantinesco et Valérie Michel⁵⁶. L'article 3, paragraphe 2, TFUE énonce en effet que « [l]'Union dispose également d'une compétence exclusive pour la conclusion d'un accord international lorsque cette conclusion [...] est nécessaire pour lui permettre d'exercer sa compétence interne [...] ». Cette formule indique clairement que l'exclusivité de la compétence externe ne peut advenir dans cette hypothèse que si l'exercice d'une compétence interne en dépend entièrement, c'est-à-dire que la compétence interne ne peut pas

54 M. Cremona, « Defining Competence in EU External Relations: Lessons from the Treaty Reform Process », in A. Dashwood, M. Maresceau (dir.), *Law and Practice of EU External Relations: Salient Features of a Changing Landscape*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 34.

55 M. Cremona, « EU External Relations: Unity and Conferral of Powers », in L. Azoulai (dir.), *The Question of Competence in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 65, spéc. p. 73. V. la contribution de Marise Cremona dans cet ouvrage.

56 V. Constantinesco, V. Michel, « Compétences de l'Union européenne », *Répertoire de droit européen*, Paris, Dalloz, 2013, paragraphe 107.

être exercée faute d'une compétence externe exclusive correspondante. L'article 216, paragraphe 1, TFUE semble plus souple à cet égard parce que plus vague sur l'identification du fondement interne de la compétence externe.

2. *Le champ d'application du droit de l'Union en tant que fondement de la compétence externe*

La volonté de la Commission d'assouplir le lien entre les compétences internes et externes a peut-être porté ses fruits. L'existence d'une compétence interne s'entend *a priori* comme l'existence d'une compétence normative interne, c'est-à-dire d'une disposition dans les traités sur le fondement de laquelle les institutions de l'Union peuvent adopter du droit dérivé⁵⁷. Or, cette interprétation traditionnelle de la doctrine des compétences implicites dans sa branche issue de l'avis 1/76 est aujourd'hui peut-être dépassée puisque la Cour a décidé de suivre son Avocat général⁵⁸ qui soutenait que si la nécessité de l'existence d'une compétence interne ne saurait être contestée, il convenait cependant de ne pas limiter la signification de cette compétence interne à un pouvoir de décision, à une compétence normative. Selon l'Avocat général Sharpston, la compétence interne n'est pas synonyme de base juridique pour l'adoption de droit dérivé. La compétence interne devrait plutôt s'entendre dans le cadre de l'article 216, paragraphe 1, TFUE comme étant équivalente au champ d'application du droit de l'Union. En effet,

« [...] le deuxième cas de figure visé à l'article 216, paragraphe 1, TFUE n'est pertinent que si l'Union européenne dispose d'une compétence interne. À ces fins, une matière doit relever du champ d'application du droit de

57 Précisons que, dans le cadre de cette deuxième branche de l'article 216, paragraphe 1, TFUE, il n'est nullement nécessaire que du droit dérivé ait été préalablement adopté. Pour une prise de position récente très nette de la Cour à cet égard, v. arrêt de la Cour du 5 décembre 2017, *Allemagne/ Conseil*, *supra* note 5, point 52 : « La compétence externe de l'Union dans ce deuxième cas de figure n'est pas, [...], assortie d'une condition relative à l'adoption préalable de règles de l'Union susceptibles d'être affectées ». V. aussi, *id.*, points 62-69.

58 Avis de la Cour du 16 mai 2017, 2/15, *supra* note 1, points 240-242.

l'Union et, donc, de la compétence de celle-ci. Il n'est pas nécessaire que l'Union européenne soit compétente à adopter des règles de droit dérivé »⁵⁹.

La nuance est importante puisqu'il n'existe pas de concordance parfaite entre les compétences normatives de l'Union et le champ d'application du droit de l'Union, le second étant plus large que les premières comme l'ont démontré notamment les professeurs Loïc Azoulay⁶⁰ et Eleftheria Neframi⁶¹. En l'espèce, cela est le cas pour l'Avocat général puisque l'article 63 TFUE (auquel elle ajoute, à titre complémentaire, les articles 114 et 352 TFUE), qui n'est pas une base juridique pour l'adoption de droit dérivé, est néanmoins interprété comme une disposition octroyant une compétence à l'Union en matière de libéralisation et de protection des investissements⁶². Sur ce point, la position de la Cour de justice est cependant moins claire. Tout en parvenant au même résultat que l'Avocat général, la Cour de justice choisit de faire référence, non pas seulement à l'article 63 TFUE, mais au titre IV de la troisième partie du TFUE qui « [...] relève de la compétence partagée entre l'Union et les États membres, au titre de l'article 4, paragraphe 2, sous a), TFUE, relative au marché intérieur »⁶³. Certes, l'article 63 TFUE fait partie de ce titre IV et la Cour y fait explicitement référence au point précédent de son avis. Toutefois, en liant sa décision non pas uniquement à cette dernière disposition, mais à un ensemble de dispositions dont certaines sont incontestablement attributives de compétences normatives⁶⁴, la Cour de justice est peut-être plus réticente à adopter pleinement la position exprimée par son Avocat général. À l'avenir, l'examen de la jurisprudence relative à la

59 Conclusions de l'Avocat général Sharpston, *supra* note 20, point 365. L'Avocat général ajoute en note de base de page que « [l]orsqu'une matière est couverte par des règles du traité, elle relève de la compétence de l'Union. L'article 4, paragraphe 2, sous a), TFUE dispose ainsi que l'Union a une "compétence partagée" dans le domaine principal du marché intérieur ».

60 L. Azoulay, « Introduction: The Question of Competence », in L. Azoulay (dir.), *supra* note 56, p. 1; L. Azoulay, « La formule des compétences retenues des États membres devant la Cour de justice de l'Union européenne », in E. Neframi (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 341.

61 E. Neframi, « Within the Scope of European Union Law: Beyond the Principle of Conferral? », in J. Van der Walt, J. Ellsworth (dir.), *Constitutional Sovereignty and Social Solidarity in Europe*, Baden Baden, Nomos, 2015, p. 69-107.

62 Conclusions de l'Avocat général Sharpston, *supra* note 20, points 367-368.

63 Avis de la Cour du 16 mai 2017, 2/15, *supra* note 1, point 241.

64 En matière de mouvements de capitaux, v. article 64, paragraphes 2 et 3, TFUE.

deuxième branche de l'article 216, paragraphe 1, TFUE sera donc nécessaire pour savoir si le fondement interne de la compétence externe implicite non exclusive doit nécessairement être une compétence normative. À cet égard, l'arrêt rendu en Grande chambre le 5 décembre 2017 dans l'affaire *Allemagne / Conseil* va plutôt dans le sens d'une approche restrictive consistant à fonder la compétence externe implicite sur une compétence normative interne⁶⁵. On ne saurait toutefois en tirer de conclusions générales dans la mesure où la possibilité d'un autre fondement interne n'était pas discutée.

B. Le critère de nécessité : entre appréciation juridictionnelle de l'existence d'une compétence externe et contrôle politique sur son exercice

Le dernier élément sur lequel il faut insister est l'appréciation de la nécessité. En effet, il ne suffit pas qu'une compétence interne existe, aussi large que soit définie la notion de compétence interne pour les besoins de l'article 216, paragraphe 1, TFUE⁶⁶. Encore faut-il que la conclusion de l'accord international soit nécessaire à la réalisation d'un des objectifs de l'Union fixés par les traités. Sur ce point, la rédaction de l'article 216, paragraphe 1, TFUE laisse sous entendre que le lien entre la compétence interne et l'objectif visé n'a pas à être direct. Autrement dit, l'Union peut poursuivre la réalisation d'un objectif autre que l'objectif sectoriel lié à la compétence interne en cause⁶⁷. Ainsi, les objectifs transversaux de l'Union ainsi que ses objectifs généraux d'action extérieure pourraient, semble-t-il, justifier la reconnaissance du pouvoir de conclure un accord international dès lors qu'une compétence interne a été identifiée. Le recours au champ d'application du droit de l'Union devrait d'ailleurs faciliter cette déconnexion. Dans l'avis 2/15, la déconnexion entre la compétence interne et l'objectif poursuivi n'est pas opérée. En effet, la

65 Arrêt de la Cour du 5 décembre 2017, *Allemagne/ Conseil*, *supra* note 5, points 56-60.

66 Certains auteurs soutiennent toutefois la thèse d'un parallélisme général en vertu duquel toute compétence interne donne ipso facto lieu à une compétence externe implicite non-exclusive. V. P. Eeckhout, *EU External Relations Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 99.

67 M. Cremona, « Defining Competence in EU External Relations », *supra* note 55, p. 34.

Cour de justice considère que l'objectif qui justifie la compétence externe implicite non exclusive est celui d'assurer pleinement la libre circulation des capitaux⁶⁸. Il s'agit donc de l'objectif qui correspond à la compétence interne de référence⁶⁹. Le raisonnement est le suivant : pour que la libre circulation des capitaux soit achevée, il est nécessaire de conclure des accords internationaux avec des États tiers pour obtenir des engagements de leur part en la matière et établir ainsi une réciprocité avec l'engagement unilatéral consenti par l'Union en vertu de l'article 63 TFUE. Cette position de l'Assemblée plénière pose deux questions fondamentales, à savoir comment est appréciée la nécessité (1) et, surtout, qui doit l'apprécier (2).

1. Les critères de la nécessité

Dans les deux seules affaires dans lesquelles la nécessité a été reconnue, l'avis 1/76⁷⁰ et l'arrêt *Cornelis Kramer e.a.*⁷¹, cette nécessité résultait de la nature des choses⁷². C'est d'ailleurs sans doute pourquoi la Cour de justice considéra à l'époque que la compétence externe implicite de l'Union était exclusive parce que nécessaire à l'exercice même de ses compétences internes, c'est-à-dire à l'effet utile des dispositions des traités attributives de ces compétences normatives internes (ce qui correspond à la rédaction actuelle de l'article 3, paragraphe 2, TFUE). Le caractère assez exceptionnel de la reconnaissance de cette compétence externe implicite par nécessité a été établi plus tard, notamment dans l'avis 1/94⁷³ et dans les arrêts dits de *ciel ouvert*⁷⁴. Or, la Cour ne s'est jamais vraiment prononcée sur la méthode à employer pour identifier cette nécessité. Cela peut s'expliquer par la volonté de ne pas interférer avec le pouvoir du législateur eu-

68 Avis de la Cour du 16 mai 2017, 2/15, *supra* note 1, point 240.

69 Sous réserve de l'ambiguïté de la position de la Cour que nous venons d'évoquer dans le paragraphe précédent.

70 Avis de la Cour du 26 avril 1977, 1/76, *supra* note 51.

71 Arrêt de la Cour du 14 juillet 1976, *Cornelis Kramer e.a.*, *supra* note 51.

72 V. Michel, « Les compétences externes implicites : continuité jurisprudentielle et clarification méthodologique », *supra* note 26. V. aussi, avis de la Cour du 15 novembre 1994, 1/94, *supra* note 26, point 85.

73 Avis de la Cour du 15 novembre 1994, 1/94, *supra* note 26, points 85-86 et 100.

74 V. par ex. : arrêt de la Cour du 5 novembre 2002, *Commission/Danemark*, C-467/98, EU:C:2002:625, points 54-64.

ropéen⁷⁵. La doctrine a quant à elle envisagé la création d'un test de facilitation pour que soit reconnue l'existence d'une compétence externe implicite non exclusive⁷⁶.

Sur ce point, l'examen des conclusions de certains Avocats généraux dans le cadre de quelques affaires récentes indique que la nécessité, au sens de l'article 216, paragraphe 1, TFUE, pourrait dépendre de l'existence d'un lien étroit, spécifique, direct, entre l'accord international et la politique de l'Union. Elle revêtirait, dès lors, dans cette hypothèse, un caractère moins exceptionnel. Si l'on suit cette thèse, la nécessité pourrait alors reposer sur des critères objectifs susceptibles, au moins dans une certaine mesure, d'un contrôle juridictionnel.

Ainsi, dans ses conclusions sur l'affaire relative aux services à accès conditionnel, l'Avocat général Kokott cherche d'abord à établir la finalité principale de l'accord et, ensuite, à en évaluer les répercussions sur le marché intérieur. Considérant celles-ci comme étant insuffisantes parce que l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur ne seraient pas améliorés par l'application de l'accord international en cause et en raison de l'absence d'incidence directe de cet accord sur le marché intérieur, l'Avocat général considère que les conditions de l'application de l'article 114 TFUE lu conjointement avec l'article 216, paragraphe 1, TFUE ne sont pas réunies⁷⁷. De même, dans ses conclusions pour l'affaire relative à la piraterie au large de la Somalie, l'Avocat général Kokott rejette une nouvelle fois l'application de l'article 216, paragraphe 1, TFUE en tant qu'il permettrait à l'Union de conclure un accord international organisant la dimension externe de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice (ci-après « ELSJ »). Faute de « lien suffisant » avec l'ELSJ ou de « lien spécifique avec la sécurité de l'Union », l'accord en question relève bien selon elle des bases juridiques de la politique étrangère et de sécurité commune⁷⁸. L'Avocat général Mengozzi procède à une analyse similaire dans ses conclusions présentées à l'occasion de la procédure d'avis portant sur

75 *Ibid.* V. *infra* sous 2.

76 A. Dashwood, « The Attribution of External Relations Competence », in A. Dashwood, C. Hillion (dir.), *The General Law of E.C. External Relations*, Londres, Sweet & Maxwell, 2000, p. 115; M. Klamert, N. Maydell, *supra* note 54, p. 493.

77 Conclusions de l'Avocat général Kokott présentées le 27 juin 2013, *Commission/Conseil*, C-137/12, EU:C:2013:441, points 42-46 et 58.

78 Conclusions de l'Avocat général Juliane Kokott présentées le 28 octobre 2015, *Parlement/Conseil*, C-263/14, EU:C:2015:729, points 64-65 et 67. V. aussi les chapitres de Marise Cremona et de Mauro Gatti dans cet ouvrage.

l'accord entre le Canada et l'Union européenne relatif au transfert et au traitement de données des dossiers passagers. Selon lui, « [...] si la construction de l'ELSJ peut nécessiter une action extérieure de la part de l'Union, il faut, pour qu'un accord puisse être considéré comme relevant de l'ELSJ, qu'il présente un lien étroit avec la liberté, la sécurité et la justice au sein de l'Union, c'est-à-dire un lien direct entre la finalité de sécurité intérieure de l'Union et la coopération policière et/ou judiciaire qui est développée à l'extérieur de l'Union »⁷⁹. Aussi, il invite la Cour de justice à « consacrer quelques développements à cette question dans l'avis qu'elle est appelée à rendre »⁸⁰. Enfin, dans ses conclusions pour l'avis 2/15, l'Avocat général Sharpston utilise à de nombreuses reprises l'article 216, paragraphe 1, TFUE lorsque les conditions d'application de l'article 3, paragraphe 2, TFUE ne sont pas réunies⁸¹. S'agissant, par exemple, du secteur des transports maritimes, des transports par voies et plans d'eau navigables et des transports aériens, l'Avocat général considère que l'obtention d'engagements réciproques de la part des États tiers est nécessaire pour atteindre les objectifs du titre VI de la troisième partie du TFUE concernant la politique des transports de l'Union et que, dès lors, une compétence externe implicite partagée existe⁸².

Dans ses conclusions présentées le 24 avril 2017 à l'occasion d'une affaire opposant l'Allemagne au Conseil, l'Avocat général Szpunar se penche quant à lui spécifiquement sur la question des critères permettant d'identifier la nécessité d'une compétence externe de l'Union au sens de l'article 216, paragraphe 1, TFUE. Après avoir rattaché le domaine matériel des règles de droit international en cause à une politique de l'Union – en l'occurrence celle des transports et, plus largement, le marché intérieur⁸³ –, l'Avocat général Szpunar considère que la nécessité doit s'interpréter largement dans le cadre de l'article 216, paragraphe 1,

79 Conclusions de l'Avocat général Mengozzi présentées le 8 septembre 2016, avis 1/15, EU:C:2016:656, point 102. V. au point 115 des mêmes conclusions, pour un raisonnement similaire en matière de protection des données personnelles.

80 *Id.*, points 98 et s. et 115 et s.

81 Conclusions de l'Avocat général Sharpston, *supra* note 20, points 243, 246, 251, 407, 456 et 502.

82 *Id.*, points 243, 246 et 251.

83 Conclusions de l'Avocat général Szpunar présentées le 24 avril 2017, *Allemagne / Conseil*, C-600/14, EU:C:2017:296, points 98-100.

TFUE⁸⁴ et laisser ainsi un large pouvoir d'appréciation aux institutions politiques de l'Union pour décider de son existence⁸⁵. Ainsi, « [...] le critère de la nécessité constitue un critère qui sert avant tout à exclure une compétence externe de l'Union dans les cas où l'action externe de l'Union ne permet pas d'atteindre les objectifs du traité FUE »⁸⁶. Autrement dit, la nécessité deviendrait ici une simple non inutilité. Dès lors que la politique de l'Union a une dimension externe – et l'on peut se demander comment cette dimension externe doit elle-même s'apprécier –, l'article 216, paragraphe 1, TFUE fonderait automatiquement l'existence d'une compétence externe non exclusive correspondante, créant ainsi un parallélisme presque systématique entre les compétences internes et les compétences externes. La position de l'Avocat général implique ainsi une extension significative de la portée de l'article 216, paragraphe 1, TFUE, au-delà, selon nous, de ce que le principe des compétences d'attribution est en mesure d'autoriser. Cette position audacieuse est certes soumise, au terme de son raisonnement, à la double limite constituée par l'obligation de motivation, d'une part, et par le respect du principe de subsidiarité, d'autre part⁸⁷. Ces limites relèvent cependant du domaine de l'exercice des compétences européennes et non de celui de leur existence.

2. L'appréciation de la nécessité

La Cour de justice ne s'est pas prononcée sur la question de la nécessité dans le cadre de l'article 216, paragraphe 1, TFUE dans les affaires relatives aux services à accès conditionnel⁸⁸, à la piraterie⁸⁹ et au projet d'accord entre le Canada et l'Union relatif au transfert des données des

84 *Id.*, point 101. À la différence, ajoute l'Avocat général, de la nécessité au sens de l'article 3, paragraphe 2, TFUE qui devrait être interprétée de manière plus restrictive puisqu'elle traite de la nature exclusive d'une compétence.

85 *Id.*, point 101. Bien qu'il s'agisse de principes relatifs à l'exercice des compétences de l'Union et non à leur existence, l'Avocat général ajoute que « [l]e critère de la nécessité pourrait même être vu comme une simple confirmation à caractère déclaratoire des principes de subsidiarité et de proportionnalité ».

86 *Id.*, point 102.

87 *Id.*, points 116-118.

88 Arrêt de la Cour du 22 octobre 2013, *Commission/Conseil*, *supra* note 10.

89 Arrêt de la Cour du 14 juin 2016, *Parlement/Conseil*, C-263/14, EU:C:2016:435.

dossiers de passagers aériens⁹⁰. Le fait qu'elle ait accepté de le faire dans l'avis relatif à l'accord de libre-échange avec Singapour et dans l'affaire *Allemagne/ Conseil* doit selon nous être souligné. En effet, dans les affaires relatives aux accords dits *ciel ouvert*, elle semblait s'en remettre – conformément aux conclusions de l'Avocat général Tizzano⁹¹ – aux procédures internes de décisions, et donc au pouvoir politique⁹². Autrement dit, si les institutions du triangle institutionnel, et en particulier le Conseil, n'avaient pas jugé l'accord international nécessaire, cette décision politique s'imposait à elle. La Cour de justice y faisait alors preuve d'une certaine retenue en refusant de juger elle-même de la nécessité de l'accord international⁹³. L'Avocat général Tizzano mettait en garde contre une telle affirmation de compétence de la part de l'organe judiciaire en affirmant qu'

« [o]n pourra débattre, éventuellement même au niveau judiciaire, du point de savoir si l'appréciation de la "nécessité" d'un accord a été concrètement exercée (ou omise) de manière légale ou non; mais on ne peut certes échapper au fait que les organes habilités à y procéder et les modalités y afférentes doivent être ceux qu'indique le traité. Autrement, nous le répétons, on risque d'introduire (ou, pire, d'attribuer à la Cour l'intention d'avoir voulu introduire) des éléments d'insécurité, voire d'arbitraire, dans la répartition des

90 Avis de la Cour du 26 juillet 2017, 1/15, *supra* note 1.

91 Conclusions de l'Avocat général Tizzano présentées le 31 janvier 2002, *Commission / Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord e.a., C-466/98 e.a.*, EU:C:2002:63, points 46-58. Au point 52 de ses conclusions l'Avocat général affirme que « [p]our notre part, il nous semble au contraire qu'il y a lieu d'induire de cette jurisprudence, mais surtout de la logique même du système, que la constatation de la "nécessité" d'un accord ne saurait faire abstraction de l'appréciation spécifique des institutions compétentes et des procédures prescrites selon le cas, et ce n'est qu'à la suite de cette évaluation concrète et en bonne et due forme que peut émerger le caractère exclusif de la compétence communautaire. Plus précisément, nous estimons que la nécessité de l'accord doit être constatée selon la procédure prescrite pour exercer la compétence interne parallèle lorsque celle-ci est déjà prévue et, si elle ne l'est pas, selon la procédure prévue à l'article 235 du traité ».

92 Arrêt de la Cour du 5 novembre 2002, *Commission/Danemark*, *supra* note 75, points 54-64.

93 R. Post, « Constructing the European Polity: ERTA and the Open Skies Judgments », in M. Poiares Maduro, L. Azoulai (dir.), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart Publishing, 2010, p. 234.

compétences entre la Communauté et les États membres, ainsi que d'altérer les procédures et les équilibres interinstitutionnels établis par le traité »⁹⁴.

En acceptant de juger elle-même de la nécessité d'un accord international pour atteindre l'objectif fixé par l'article 63 TFUE et la politique commune des transports, l'Assemblée plénière fait donc preuve d'innovation. Aussi, l'on ne peut que regretter le caractère très succinct des développements consacrés à cet approfondissement de la portée des compétences externes implicites. Dans l'avis 2/15, la Cour de justice se contente d'affirmer que la pleine liberté de circulation des capitaux est un objectif fixé par le TFUE et que seule la conclusion d'accords internationaux permet de rendre opposable une telle règle aux États tiers, qui lie déjà tous les États membres en vertu de l'article 63 TFUE. Une compétence externe est donc nécessaire pour réaliser un des objectifs fixés par les traités⁹⁵. Dans l'affaire *Allemagne/ Conseil*, la Cour se justifie davantage. Après avoir indiqué que l'établissement de règles uniformes sur le droit privé des contrats de transport ferroviaire international relevait bien d'une politique des transports de l'Union – et la Grande chambre prend soin de préciser que ceci a été admis par l'ensemble des parties⁹⁶ –, elle avance deux arguments au soutien de la nécessité de la compétence externe de l'Union. D'une part, les règles communes que l'Union peut adopter lors de la mise en œuvre de ses compétences internes en matière de transport peuvent concerner des États tiers. Il s'agit donc d'une politique européenne qui présente, presque intrinsèquement, une dimension externe⁹⁷. D'autre part, étant donné que la décision attaquée par le recours en annulation de l'Alle-

94 Conclusions de l'Avocat général Tizzano, *supra* note 92, point 53.

95 Avis de la Cour du 16 mai 2017, 2/15, *supra* note 1, points 239-242. Cela étant, la compétence externe implicite non exclusive qu'établit la Cour porte sur la protection des investissements de portefeuille. Or, il n'eût pas été inintéressant que la Cour justifie son choix de faire du titre IV de la troisième partie du TFUE le fondement interne d'une telle compétence externe. En effet, sauf à avoir une conception très extensive de la nécessité, il n'est pas évident que des engagements de protection des investissements de portefeuille soient nécessaire pour réaliser l'objectif de libre circulation des capitaux.

96 Arrêt de la Cour du 5 décembre 2017, *Allemagne / Conseil*, *supra* note 5, point 56.

97 *Id.*, point 59. Faisant notamment référence aux points 26 et 27 de son arrêt AETR, la Cour de justice affirme que l'article 91, paragraphe 1, a, TFUE, relatif aux transports internationaux exécutés au départ ou à destination du territoire d'un État membre, ou traversant le territoire d'un ou de plusieurs États membres, « [...] concerne également, pour la partie du trajet située sur le territoire de l'Union, les transports en provenance ou à destination des États tiers[...] [...] suppose donc que

magne participe à l'élaboration de normes harmonisées au niveau international, normes qui peuvent avoir un impact direct sur la définition de la politique de l'Union et sur les règles applicables dans le marché intérieur⁹⁸, une prise de position de l'Union peut être considérée comme nécessaire⁹⁹. Un double constat s'impose donc à la suite de l'évocation de ces deux exemples : d'une part, la Cour de justice est bel et bien en mesure de décider par elle-même de l'existence d'une compétence de l'Union sur la base de la seule interprétation des objectifs fixés par le droit primaire. D'autre part, le critère de la nécessité est apprécié de manière très souple par la Cour qui procède ici davantage par affirmation que par démonstration.

La détermination de l'existence d'une compétence externe implicite non exclusive est ainsi facilitée. Elle peut en outre échapper au contrôle des institutions politiques et, *in fine*, des États membres. Ce qui ne veut cependant pas dire que ceux-ci perdent toute maîtrise de ces compétences externes implicites non exclusives. Une dernière remarque doit en effet être faite sur ce point. Que la Cour de justice reconnaisse l'existence d'une compétence externe implicite non exclusive en jugeant, elle-même, de la nécessité pour l'Union de conclure un accord international ne signifie pas que l'Union puisse ensuite automatiquement exercer cette compétence. Cela ne signifie *a priori* qu'une seule chose : l'Union dispose d'une compétence externe implicite non exclusive et l'accord international n'a pas à être obligatoirement conclu sous forme mixte. En revanche, le choix

la compétence de l'Union s'étende à des relations relevant du droit international, [et] implique, dès lors, dans le domaine visé, la nécessité d'accords avec les États tiers intéressés ».

98 Dans le cadre de ses développements consacrés à l'obligation de motivation, la Cour indique à ce sujet que « [...] le Conseil a suffisamment motivé la décision attaquée au regard du critère de nécessité prévu par le deuxième cas de figure visé à l'article 216, paragraphe 1, TFUE, eu égard également au fait que la motivation requise par ce deuxième cas de figure est différente de celle requise par l'article 3, paragraphe 2, TFUE. En effet, les première et troisième phrases du considérant 11 de la décision attaquée, lues en combinaison avec les motifs, [...], de l'énoncé des positions établies au nom de l'Union sur les points 4, 5, 7 et 12 de l'ordre du jour de la 25^e session de la commission de révision de l'OTIF dans l'annexe de ladite décision mettent en évidence la nécessité de veiller à ce que soit assurée la cohérence entre les règles du droit international en matière de transport international ferroviaire et le droit de l'Union et, partant, la nécessité d'une action externe de l'Union à cette fin ». *Id.*, points 87-88.

99 *Id.*, point 60.

d'exercer une telle compétence est en définitive une décision politique que maîtrise le Conseil, dans le respect toutefois de l'obligation de motivation des actes produisant des effets juridiques¹⁰⁰. Cette position, pourtant assez largement admise¹⁰¹, avait toutefois été remise en cause par la Cour de justice dans l'avis 2/15. En affirmant que l'Union ne peut pas approuver seule la section A du chapitre 9 de l'accord de libre-échange avec Singapour parce que sa compétence en matière d'investissements de portefeuille est partagée¹⁰², l'Assemblée plénière de la Cour de justice imposait la mixité dès lors que l'Union n'était pas exclusivement compétente pour l'ensemble des dispositions de l'accord. Par cette affirmation, la Cour de justice alignait les effets juridiques des compétences partagées sur ceux des compétences retenues par les États membres en exigeant, dans les deux cas, la mixité des engagements internationaux de l'Union. Il est en effet frappant de constater que la Cour de justice parvient à la même conclusion au sujet des compétences de l'Union en matière de règlement des différends entre investisseurs et États alors que la compétence qui fait défaut à l'Union dans cette seconde hypothèse relève selon toute vraisemblance des compétences que retiennent les États membres¹⁰³. Une telle confusion, regrettable dans le cadre d'un avis dont l'unique objet était de clarifier la répartition des compétences entre l'Union et les États membres, a semble-t-il été rectifiée. La Cour de justice est revenue sur sa position en s'expliquant, de manière incidente, dans son arrêt rendu en Grande cham-

100 Article 296 TFUE. Voir : Arrêt de la Cour du 5 décembre 2017, *Allemagne / Conseil*, *supra* note 5, points 79-80.

101 Conclusions de l'Avocat général Wahl, présentées le 8 septembre 2016, avis 3/15, EU:C:2016:657, points 119-123; Conclusions de l'Avocat général Sharpston, *supra* note 20, points 73-75. V. aussi : L. Ankersmit, « Opinion 2/15 and the Future of Mixity and ISDS », *European Law Blog*, 18 mai 2017; F. Castillo de la Torre, *supra* note 28, p. 180; F. Erlbacher, *supra* note 18, p. 35; D. Kleimann, G. Kubek, « The Singapore Opinion or the End of Mixity as We Know It », *Verfassungsblog – On Matters Constitutional*, 23 mai 2017; D. Thym, « Mixity after Opinion 2/15: Judicial Confusion over Shared Competences », *Verfassungsblog – On matters Constitutional*, 31 mai 2017.

102 Avis de la Cour du 16 mai 2017, 2/15, *supra* note 1, point 244.

103 *Id.*, points 292-293 : « [...] un tel régime [de règlement des différends], qui soustrait des différends à la compétence juridictionnelle des États membres, ne saurait revêtir un caractère purement auxiliaire [...] et ne saurait, dès lors, être instauré sans le consentement de ceux-ci. Il en résulte que l'approbation de la section B du chapitre 9 de l'accord envisagé relève non pas de la compétence exclusive de l'Union, mais d'une compétence partagée entre l'Union et les États membres ».

bre le 5 décembre 2017 dans l'affaire *Allemagne/ Conseil*. Elle y justifie en effet sa prise de position dans l'avis 2/15 en indiquant s'être « [...] bornée à prendre acte de l'impossibilité, mise en avant par le Conseil au cours de la procédure relative à cet avis, de recueillir en son sein la majorité requise pour que l'Union puisse exercer seule la compétence externe qu'elle partage avec les États membres en la matière »¹⁰⁴. Si cette mise au point peut rassurer en ce qu'elle rétablit la distinction (doctrinale) entre mixité obligatoire et mixité facultative¹⁰⁵, la démarche empruntée par la Cour est en revanche plus originale.

104 Arrêt de la Cour du 5 décembre 2017, *Allemagne/ Conseil*, *supra* note 5, point 68.

105 V. le chapitre de Merijn Chamon dans cet ouvrage.

