

XXVIII Congrès FIDE

Thème 3: La dimension extérieure des politiques de l'UE

Rapport national

GRECE

Eleftheria Neframi

Professeur à l'Université du Luxembourg

Chapitre 1 Répartition des compétences entre l'Union européenne et les Etats membres

1.

L'arrêt *AETR*¹, à l'origine de la théorie des compétences externes implicites, consacre le critère d'affectation des règles communes, en application duquel la compétence externe implicite de l'Union est exclusive². Le point de départ pour l'appréciation de l'exclusivité de la compétence externe implicite de l'Union est l'exercice préalable de la compétence interne lui correspondant, et l'adoption des règles communes que la conclusion de l'accord international par les Etats membres pourrait affecter.

Sur le plan externe, l'effet préemptif de l'exercice de la compétence interne de l'Union dépasse l'étendue du dessaisissement des Etats membres sur le plan interne. Selon l'appréciation récente de l'effet *AETR*, l'affectation des règles communes est établie lorsque le domaine concerné par l'accord international est couvert en grande partie par les règles communes. Même si les dispositions de l'accord international portent sur une question non réglementée par les actes déjà adoptés par les institutions sur le plan interne, mais si la comparaison des dispositions de l'accord et des règles internes révèle des interférences, la Cour de justice admet l'exclusivité de la compétence externe de l'Union par le risque d'affectation des règles communes, considérant que les règles internes couvrent en grande partie le domaine concerné. En d'autres termes, le domaine est considéré comme couvert en grande partie par des règles communes s'il est avéré que, étant donné la nécessité de garantir leur application uniforme et effective, la réalisation des objectifs dans le domaine concerné nécessite l'intervention de l'Union. Dans ce cas, l'intervention peut se faire par le biais de la conclusion d'un accord international.

La jurisprudence récente de la Cour de justice illustre clairement cette approche.

¹ Arrêt de la Cour du 31 mars 1971, *Commission c/ Conseil*, 22-70, ECLI:EU:C:1971:32.

² E. Sachpekidou, *Droit européen (en grec)*, Athènes-Théssalonique, Sakkoulas, p. 246 et s. O. Spiliopoulos, *Les accords internationaux de l'Union européenne et les relations économiques externes*, (en grec), Athènes-Théssalonique, Sakkoulas, 2013, p. 22-42.

Dans l'arrêt *Commission c/ Conseil* du 4 septembre 2014, relatif à la participation de l'Union européenne et de ses États membres à une convention du Conseil de l'Europe sur la protection des droits des organismes de radiodiffusion en ce qui concerne la fixation de leurs émissions ³, l'effet *AETR* concerne la protection des droits voisins du droit d'auteur. La Commission a soutenu que, sur le plan interne, les différentes directives déjà adoptées ont institué un ensemble de droits que l'accord international envisagé vise à consolider en améliorant la protection des titulaires concernés. L'argumentation de la Commission est retenue par la Cour de justice, contrairement aux conclusions de l'Avocat Général : sur le plan externe, le dessaisissement des États membres de leur compétence dépend du critère d'affectation des règles communes, qui couvre l'existence d'un risque d'affectation, et va donc au-delà de l'étendue des règles communes.

L'avis 1/13, relatif à la compétence pour accepter l'adhésion d'États tiers à la Convention de la Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants⁴, réitère la même interprétation du critère d'affectation des règles communes, considérant le risque d'atteinte à l'application uniforme et cohérente des règles de l'Union et au bon fonctionnement du système qu'elles instituent. Après avoir comparé les dispositions de la convention avec les règles du règlement n°2201/2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, la Cour constate leur chevauchement et leur lien étroit.

Dans l'avis 3/15, concernant la compétence de l'Union pour conclure le 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 publiées⁵, la Cour de justice constate le risque d'affectation de la directive 2001/29, harmonisant certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. Elle rejette l'argument des États membres selon lequel la directive 2001/29 n'aurait pas harmonisé les exceptions et les limitations à ces droits, considérant qu'une harmonisation complète n'est pas nécessaire pour que l'Union acquière une compétence externe exclusive. Pour la Cour, la marge d'appréciation que la directive laisse aux États membres ne concerne pas leur compétence pour prévoir une protection plus importante des droits d'auteur et des droits voisins, mais plutôt leur compétence pour prévoir une exception ou une limitation auxdits droits. Or, si les États membres disposent de la faculté de mettre en œuvre une exception ou une limitation aux règles harmonisées par la directive 2001/29 en faveur des personnes affectées d'un handicap, il s'agit d'une faculté accordée par le législateur de l'Union qui est fortement encadrée par les exigences de droit de l'Union. Dans ce contexte, le traité de Marrakech prévoit une obligation d'introduire une telle exception ou limitation. Il en résulte une interférence avec la directive 2001/29

³ C-114/12, ECLI:EU:C:2014:2151.

⁴ Avis de la Cour du 14 octobre 2014, ECLI:EU:C:2014:2303.

⁵ Avis de la Cour du 14 février 2017, ECLI:EU:C:2017:114.

propre à établir que le traité de Marrakech relève du domaine d'application des règles communes. La Cour souligne que la constatation d'un risque d'affectation ne présuppose pas une concordance complète entre le domaine couvert par les engagements internationaux et celui de la réglementation de l'Union⁶.

Dans l'avis 2/15, relatif à la compétence de l'Union pour conclure l'accord de libre échange avec la République de Singapour⁷, l'effet *AETR* est examiné sous deux angles différents.

Tout d'abord, la Cour de justice précise que l'effet *AETR* ne peut concerner que les règles de droit dérivé. Plus précisément, la Cour n'adopte pas la position de la Commission, selon laquelle les dispositions de l'accord UE-Singapour, relatives aux investissements de portefeuille, exclues de la politique commerciale commune (v. infra, 16), pourraient relever de la compétence exclusive de l'Union. La Commission a en effet soutenu que les investissements de portefeuille sont un mouvement de capitaux au sens de l'article 63 TFUE et que les normes de traitement prévues au chapitre neuf de l'accord UE-Singapour sont, à tout le moins, couvertes en grande partie par les règles communes établies dans cette disposition du traité. En particulier, les normes essentielles du traitement national, du traitement juste et équitable et de la protection contre l'expropriation sont couvertes par l'interdiction énoncée à l'article 63, paragraphe 1, TFUE. Pour la Commission, l'expression « règles communes » l'effet *AETR* couvre à la fois les dispositions du traité et les règles de droit dérivé, étant donné que l'effet *AETR* repose sur la protection de l'unité du marché commun et sur l'application uniforme du droit de l'Union. Or, le Conseil a soutenu que, indépendamment de la considération des règles de droit primaire de règles communes, la Commission n'a pas démontré en quoi le domaine des investissements de portefeuille a été « couvert en grande partie » par les « règles communes » qu'elle allègue. Mais surtout, la Cour de justice, suivant le Conseil, considère que l'effet *AETR* concerne uniquement le droit dérivé et l'exercice préalable de la compétence interne de l'Union, cette exigence étant inhérente à la notion de pouvoirs implicites⁸.

En outre, dans l'avis 2/15, la Cour de justice admet l'interprétation large de l'effet *AETR* dans le domaine des transports, selon laquelle le risque d'affectation existe lorsque les engagements internationaux relèvent du domaine d'application des règles communes. La Cour rappelle que la constatation d'un tel risque ne présuppose pas une concordance complète entre le domaine couvert par les engagements internationaux et celui couvert par la réglementation de l'Union⁹. Elle constate ainsi que les règles de droit dérivé portant sur les transports maritimes, ferroviaires, par route, aériens et par voie navigable intérieure relèvent de la compétence exclusive de l'Union. Or, l'Avocat Général Sharpston a considéré que l'effet *AETR* porte sur les

⁶ Paragraphes 102-127.

⁷ Avis de la Cour du 16 mai 2017, ECLI:EU:C:2017:376.

⁸ Paragraphe 92.

⁹ Paragraphe 181.

seuls les transports ferroviaires et par route. Il est intéressant de noter que la Cour de justice a consacré le critère d'affectation des règles communes par absorption, concernant les dispositions relatives aux transports par voie navigable intérieure. Plus précisément, elle a considéré que, même si l'effet *AETR* ne permet pas de conclure à l'exclusivité de la compétence externe de l'Union, ces dispositions contiennent des engagements d'une portée extrêmement limitée, dont il n'y a pas lieu de tenir compte. « Dès lors, en l'occurrence, il convient de déterminer la nature de la compétence de l'Union en ce qui concerne les engagements contenus au chapitre 8 de l'accord envisagé dans le domaine des transports en tenant compte des engagements relatifs aux transports maritimes, ferroviaires et par route. L'Union étant (...) exclusivement compétente, en application de l'article 3, paragraphe 2, TFUE, pour approuver ces engagements, il s'ensuit (...) qu'elle est exclusivement compétente à l'égard dudit chapitre 8 dans son intégralité »¹⁰.

Nous constatons ainsi une interprétation large de l'effet *AETR* qui n'est pas partagée par la Grèce. Dans le cadre de l'avis 2/15, la Grèce s'est alignée sur la position de l'Avocat Général, considérant que l'effet *AETR* doit se fonder sur une analyse concrète de la relation existant entre l'accord international envisagé et le droit de l'Union en vigueur en tenant compte, notamment, de la nature et du contenu des règles en cause. La Grèce n'a pas soutenu l'application de l'effet *AETR* sur le droit primaire et s'est opposée à l'exclusivité de la compétence de l'Union en matière des transports, et notamment à l'application du critère d'absorption. De manière plus générale, la Grèce a une approche restrictive concernant l'exclusivité de la compétence de l'Union en matière de transports maritimes¹¹.

2.

L'effet *AETR* est exprimé dans l'article 3, paragraphe 2, TFUE. La codification de l'effet *AETR* implique que ladite disposition concerne les compétences externes implicites, qui sont exclusives si l'affectation des règles communes est établie. Les deux autres cas d'exclusivité de la compétence externe, à savoir lorsque la conclusion de l'accord est prévue dans un acte législatif interne et lorsque l'exercice de la compétence externe est nécessaire pour l'exercice de la compétence interne selon 1/76, n'ont pas donné lieu à une jurisprudence récente. Le critère d'affectation des règles communes de l'article 3, paragraphe 2, TFUE reçoit ainsi la même interprétation que l'effet *AETR* (v. supra 1).

L'article 3, paragraphe 2, TFUE consacre les critères d'exclusivité de la compétence externe de l'Union, qui peut exister comme compétence partagée. La doctrine hellénique admet la distinction entre existence et exercice de la compétence

¹⁰ Paragraphe 217.

¹¹ A. Tsadiras, "Sécurité des navires et des installations portuaires" (en grec), *Revue hellénique de droit européen (ΕΕΕνρΔ)*, n°2/2009, p. 249.

externe de l'Union¹². Selon cette distinction, l'Union peut exercer seule sa compétence externe uniquement si celle-ci a le caractère de compétence exclusive. En revanche, si l'exclusivité de la compétence externe n'est pas établie, l'Union peut conclure un accord international en tant qu'accord mixte, conjointement avec ses Etats membres. Or, l'article 216, paragraphe 1, TFUE soulève la question de savoir si l'absence d'exclusivité de la compétence externe de l'Union implique nécessairement la conclusion d'un accord mixte.

3.

L'article 216, paragraphe 1, TFUE concerne l'existence d'une compétence externe de l'Union indépendamment de sa nature de compétence exclusive. Il se réfère tant aux compétences externes explicites, qu'aux compétences externes implicites. La possibilité pour l'Union de conclure un accord international ne signifie pas pour autant que l'accord peut être conclu par l'Union seule. Lorsque l'Union dispose d'une compétence externe explicite, mais non exclusive, comme dans le domaine environnemental, l'exclusivité de sa compétence externe dépend du dessaisissement des Etats membres en fonction de l'exercice de la compétence interne, ce qui conduit à l'examen du critère d'affectation des règles communes selon l'arrêt *AETR* et l'article 3, paragraphe 2, TFUE. D'ailleurs, la conclusion de plusieurs accords environnementaux en tant qu'accords mixtes confirme que l'existence d'une compétence externe explicite n'implique pas son caractère exclusif.

L'article 216, paragraphe 1, TFUE se réfère également à la possibilité pour l'Union de conclure un accord international en vertu d'une compétence externe implicite. Il reprend de manière identique le critère d'affectation des règles communes de l'article 3, paragraphe 2, TFUE, mais de manière similaire le critère de nécessité. Plus précisément, selon l'article 216, paragraphe 1, TFUE, l'Union peut conclure un accord international lorsque la conclusion est nécessaire pour réaliser un des objectifs du traité, alors que l'article 3, paragraphe 2, TFUE, se réfère à la nécessité pour permettre à l'Union d'exercer sa compétence interne.

La question est ainsi de savoir si l'article 216, paragraphe 1, TFUE, consacre la possibilité pour l'Union de conclure seule un accord international même si sa compétence externe n'est pas exclusive, est en cas de réponse négative, quel est le rôle de cette disposition par rapport à l'article 3, paragraphe 2, TFUE (v. infra, 4).

4.

L'article 216, paragraphe 1, TFUE a une portée autonome par rapport à l'article 3, paragraphe 2, TFUE. Les deux dispositions se rencontrent toutefois lorsque la compétence externe de l'Union est exclusive. Ainsi, lorsque le critère d'affectation

¹² K. Boskovits, *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses États membres*, Athènes/Bruxelles, A. Sakkoulas/Bruylant, 1999, p. 567.

des règles communes est établi, l'article 216, paragraphe 1, TFUE est absorbé par l'article 3, paragraphe 2, TFUE. En dehors de ce cas, la question est de savoir si l'article 216, paragraphe 1, TFUE est susceptible de permettre la conclusion par l'Union seule d'un accord international est considéré ainsi comme complémentaire à l'article 3, paragraphe 2, TFUE.

Nous pouvons considérer que tel peut être le cas lorsque l'Union dispose d'une compétence externe explicite et partagée, qui pourrait acquérir l'exclusivité en application du principe de subsidiarité. En revanche, en cas de compétence externe implicite, l'article 216, paragraphe 1, TFUE devrait être considéré comme permettant la conclusion par l'Union d'un accord international seule, si les critères de l'article 3, paragraphe 2, TFUE, sont réunis, ou conjointement avec les Etats membres, en tant qu'accord mixte dans les autres cas.

En effet, la position en faveur du caractère facultatif de la mixité d'un accord international, qui pourrait se fonder sur l'article 216, paragraphe 1, TFUE, si l'on considère que l'Union peut exercer seule une compétence externe qui n'est pas exclusive, n'est pas soutenue pas la Grèce, et ne semble pas être entérinée par la Cour de justice. Dans l'avis 2/15 la Cour de justice a clairement indiqué que, lorsque l'Union n'a pas une compétence externe exclusive, l'accord envisagé ne saurait être approuvée par l'Union seule¹³. Par ailleurs, nous ne pouvons pas considérer que l'Union exerce sa compétence externe partagée avec effet préemptif pour les Etats membres lorsqu'elle conclut un accord mixte, étant donné que la Cour insiste sur le respect de la répartition des compétences lors de l'application d'un accord mixte (v. infra, chapitre 3). En outre, le Conseil et les Etats membres, y compris la Grèce, ont soutenu dans le cadre de l'avis 2/15, que l'exercice de compétences internes en matière de protection des investissements de portefeuille étrangers et l'exercice de compétences externes ayant le même objet ne devraient pas être concomitants, ce qui implique que l'exercice de la compétence externe par l'Union seule dépend de son exclusivité selon les critères de l'article 3, paragraphe 2, TFUE.

La question est alors de savoir quelle est la signification du pouvoir de conclusion d'un accord international selon l'article 216, paragraphe 1, TFUE. Nous pouvons considérer que le terme de conclusion d'un accord international n'est pas synonyme de conclusion par l'Union seule. En effet, lorsque l'Union conclut un accord mixte elle exerce sa compétence externe partagée, sans effet préemptif, ce qui permet à la Cour d'affirmer le respect de la répartition des compétences dans la mise en œuvre de l'accord mixte, mais en même temps de considérer l'accord mixte dans son ensemble comme un acte des institutions (v. infra, chapitre 3).

Chapitre 2 Questions en relation avec la négociation et la conclusion des accords internationaux (article 218 du traité FUE)

5-11.

¹³ Paragraphes 244 et 304.

La Grèce exprime le souhait d'une meilleure coopération avec la Commission et le comité spécial de l'article 218, paragraphe 3, TFUE, et d'une transparence renforcée lors de la négociation des accords internationaux. Dans le cadre des négociations de l'accord économique et commercial global (CETA) avec le Canada, les autorités helléniques ont considéré que la Commission n'a pas suffisamment soutenu la revendication grecque d'inclusion du fromage feta dans la liste des indications géographiques protégées. Dans sa déclaration interprétative¹⁴ la Grèce a noté que les résultats obtenus en ce qui concerne la protection de la feta ne constituent pas un précédent pour de futurs accords commerciaux de l'Union européenne avec des pays tiers. La Grèce s'est toutefois félicitée de la déclaration de la Commission qui a pris note finalement de ses préoccupations et s'engage à atteindre le meilleur niveau de protection possible pour les indications géographiques dans le cadre des négociations actuelles et futures avec des pays tiers.

Concernant l'application provisoire des accords internationaux, la Grèce considère qu'elle devra porter uniquement sur la partie de l'accord qui relève de la compétence exclusive de l'Union. La détermination de la partie de l'accord qui fera l'objet de l'application provisoire relève du Conseil.

La Constitution hellénique ne prévoit pas l'application provisoire des accords internationaux. Concernant l'application provisoire d'un accord mixte, pour la partie qui relève de la compétence étatique, aucune loi de ratification n'est adoptée, mais l'application provisoire peut être assurée à travers des actes réglementaires.

La Grèce est en faveur de l'association du Parlement européen à la procédure de négociation et de conclusion des accords internationaux, elle considère toutefois que dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune, l'information du Parlement européen devrait relever de la discrétion du Conseil.

Concernant la prise de position au sein des instances internationales, la Grèce est en faveur de l'application du devoir de coopération loyale, elle considère toutefois que l'obligation d'expression d'une position commune dans les cas relevant de la compétence partagée de l'Union et de ses Etats membres ne devrait être considérée comme une obligation de résultat. De manière générale, la Grèce est hostile à la perte de l'autonomie de son action internationale dans le domaine maritime, étant donné les intérêts nationaux en jeu et sa forte présence dans le secteur de la navigation maritime internationale. Cela a conduit à sa condamnation par la Cour de justice pour violation du devoir de coopération loyale, lorsqu'elle s'est exprimée individuellement au sein de l'Organisation Maritime Internationale¹⁵. Il convient de noter que la Grèce est en faveur de la recherche d'une position commune avec les

¹⁴ JO L 11 du 14.1.2017, p. 9.

¹⁵ Arrêt de la Cour du 12 février 2009, *Commission contre Grèce*, C-45/07, ECLI:EU:C:2009:81. Pour un commentaire, E. Neframi, (en grec), *Europoliteia*, 2009. E. Neframi, "Renforcement des obligations des Etats membres dans le domaine des relations extérieures", *Revue trimestrielle de droit européen*, 2009, p. 601. A. Tsadiras, "Sécurité des navires et des installations portuaires" (en grec), *Revue hellénique de droit européen (ΕΕΕνρΔ)*, n°2/2009, p. 248-249

Etats membres qui partagent les mêmes intérêts dans le domaine maritime, notamment Chypre et Malte¹⁶.

Chapitre 3 Effets juridiques des accords internationaux

12-15.

L'article 28 de la Constitution hellénique consacre la primauté du droit international sur le droit interne et prévoit la possibilité de transfert de compétences au profit d'une organisation internationale, ainsi que la possibilité de procéder à de restrictions de l'exercice de la souveraineté nationale lorsque cela est imposé par un intérêt national important, dans le respect des droits fondamentaux. Selon la déclaration interprétative insérée lors de la révision de la Constitution de 2001, l'article 28 « constitue le fondement de la participation du pays au processus d'intégration européenne ». Il est considéré que l'article 28 consacre un statut spécial au droit de l'Union européenne, par la constitutionnalisation des objectifs de l'Union, qui conduit le juge ordinaire, chargé d'un contrôle décentralisé de constitutionnalité, à concilier les exigences constitutionnelles avec les exigences européennes¹⁷.

C'est dans ce contexte constitutionnel que les juridictions et la doctrine helléniques acceptent l'intégration des engagements internationaux de l'Union dans l'ordre juridique interne. Malgré le fait que la Grèce opte souvent pour la conclusion conjointe d'un accord envisagé, par une approche réservée quant à l'exclusivité de la compétence externe de l'Union (v. supra, Chapitre 1), un accord mixte, une fois conclu, est considéré comme faisant dans son ensemble partie du droit de l'Union. L'approche conciliatrice entre les objectifs constitutionnels et ceux de l'Union a pour conséquence que la considération d'un accord mixte dans son ensemble comme source du droit de l'Union ne soulève pas de questions quant à sa compatibilité avec le principe d'attribution.

Le juge national, ainsi que la doctrine grecque, acceptent la position de la Cour, exprimée pour la première fois à l'occasion de l'interprétation de l'accord d'association avec la Grèce¹⁸, selon laquelle, les accords mixtes sont considérés, dans l'ordre juridique de l'Union, comme source dans leur ensemble du droit de l'Union, selon l'article 216, paragraphe 2, TFUE. Une telle position est fondée sur la

¹⁶ G. Samiotis, D. Grekos, « La dimension institutionnelle et les problèmes d'une forte projection des positions helléniques dans le domaine maritime au sein de l'Union européenne et de l'Organisation Maritime Internationale », *Revue hellénique de droit européen*, n°3/2014, p. 161.

¹⁷ J. Iliopoulos-Strangas, "Le rapport de l'ordre juridique grec avec l'ordre juridique européen", (en grec), *La Constitution (ToΣ)*, n°6/2000, p. 1118. A. Manitakis, "Cession de compétences à l'Union européenne et la réserve de souveraineté selon l'article 28 par. 2 et 3 de la Constitution" *Revue hellénique de droit européen*, n°4/2003, p. 741. E. Neframi, « Quelques réflexions sur le rapport entre le droit communautaire et le droit constitutionnel à la lumière de la révision de la Constitution hellénique », *Revue de la recherche juridique*, 2003, p. 1289. E. Venizelos, "Le rapport de l'ordre juridique grec avec l'ordre juridique communautaire et le droit international comme objet de la révision de la Constitution" (en grec), *La Constitution (ToΣ)*, n°3/2000, p. 499.

¹⁸ Arrêt de la Cour du 30 avril 1974, *Haegeman*, 181/73, ECLI:EU:C:1974:41.

complémentarité des compétences étatiques et de l'Union au sein d'un accord mixte, et sur l'approche pluraliste des ordres juridiques qui permet la conciliation entre la primauté du droit international et la préservation de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union¹⁹. Plus précisément, la Cour de justice a consacré le respect de la répartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres lors de la mise en œuvre d'un accord mixte, en ce sens que l'appréciation de l'effet direct des dispositions de l'accord mixte qui relèvent de la compétence des Etats membres et qui ont conduit à la mixité relève de la compétence du juge national. Toutefois, la délimitation des compétences et la détermination de ces dispositions relève de la compétence du juge de l'Union, chargé de l'interprétation de l'accord mixte dans son ensemble, en tant que source du droit de l'Union²⁰. Dans le cadre de l'affaire *Daiichi Sankyo*, issue d'un renvoi préjudiciel du Tribunal de première instance d'Athènes, le juge grec a posé à la Cour de justice la question de savoir si l'article 27 de l'accord TRIPs relève de la compétence étatique ou de la compétence de l'Union. Même si la Grèce a soutenu la position selon laquelle la Partie II de l'accord TRIPs, relative aux normes concernant l'existence, la portée et l'exercice des droits de propriété intellectuelle, parmi lesquelles figure l'article 27 dudit accord, ne relève pas de la compétence exclusive de l'Union en vertu de l'article 207 TFUE, la formulation de la question préjudicielle témoigne de l'acceptation par le juge hellénique de la compétence de la Cour de justice pour l'interprétation d'un accord mixte dans son ensemble²¹. Cela a pour conséquence la considération de la violation par l'Etat d'une disposition d'un accord mixte relevant de la compétence étatique comme une violation du droit de l'Union susceptible de fonder un recours en manquement²².

La Grèce applique les accords mixtes en tant qu'obligations issues du droit de l'Union et selon l'interprétation de la Cour de justice²³ et aucune procédure en manquement ne la concerne à cet égard jusqu'à présent. Les juridictions helléniques n'ont pas eu l'occasion de se prononcer sur l'effet direct des dispositions des accords mixtes relevant de la compétence étatique et il n'existe pas de jurisprudence nationale relative à la contestation d'accords internationaux conclus uniquement par l'Union européenne ou d'accords mixtes, sans qu'il y ait eu de renvois préjudiciels en interprétation de validité.

¹⁹ A. Pliakos, "Les rapports du droit international avec le droit de l'Union européenne: monisme, dualisme ou un espace constitutionnel ouvert" (en grec), *Nomiko Vima (Νομικό Βήμα)*, n°65/2017, p. 3.

²⁰ En ce sens: Arrêt de la Cour du 16 juin 1998, *Hermès International/FHT Marketing Choise BV*, C-53/96, ECLI:EU:C:1998:292. Arrêt de la Cour du 14 décembre 2000, *Parfums Christian Dior c/ Tuk Consultancy*, C-390&392/98, ECLI:EU:C:2001:456. Arrêt de la Cour du 11 septembre 2007, *Merck Genéricos-Produtos Farmacêuticos*, C-431/05, ECLI:EU:C:2007:496. E. Neframi, Note sous l'arrêt *Merck Genéricos-Produtos Farmacêuticos* (en grec), *Europoliteia*, 2008.

²¹ A. Dimopoulos, P. Bantsiouri, « Of TRIPs and Traps : the Interpretative Jurisdiction of the Court of Justice of the EU over Patent Law », in M. Kanellopoulou-Mpoti, E. Laskari (dir), *Liber amicorum E. Laskari*, Athènes, Nomiki Vivliothiki, 2013, p. 261.

²² V. arrêt de la Cour du 19 mars 2002, *Commission c/ Irlande*, C-13/00, ECLI:EU:C:2002:184. Arrêt de la Cour du 7 octobre 2004, *Commission c/ France*, C-239/03, ECLI:EU:C:2004:598.

²³ Par exemple, concernant l'accord TRIPs, v. arrêts 6105/2011 et 2221/2015 du tribunal de première instance d'Athènes.

Il convient de noter que, dans le cadre de l'affaire *Lessochranaske zoskupenie*²⁴, la Grèce a soutenu la position adoptée par la Cour de justice, selon laquelle, l'article 9, paragraphe 3, de la convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, accord mixte, est source d'obligation d'interprétation conforme incombant au juge national.

Concernant la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'effet direct des accords internationaux, la doctrine hellénique a critiqué la non-invocabilité des accords OMC et des rapports de l'Organe de règlement des différends à l'appui d'un recours en annulation ou d'un recours en indemnité²⁵. On notera toutefois l'absence d'analyse de la jurisprudence récente et l'absence d'intervention du gouvernement hellénique devant la Cour de justice²⁶.

Par ailleurs, il n'y a pas actuellement de recours en manquement contre la Grèce pour non-respect des engagements internationaux qui lient l'Union européenne. Le contrôle du respect des accords internationaux de l'Union se fait de manière décentralisée, par les autorités administratives compétentes selon le domaine dont relève d'accord, et, théoriquement, par le juge national en tant que contrôle de constitutionnalité diffus, concret et *a posteriori*²⁷.

On notera enfin que concernant la déclaration UE-Turquie du 18 mars 2016, publiée sous la forme du communiqué de presse n° 144/16²⁸, en matière de gestion de l'immigration irrégulière en Grèce (v. infra, chapitre 5), la doctrine a exprimé la position selon laquelle ladite déclaration, interprétée de manière téléologique, devrait être considérée comme un accord international liant les institutions et les Etats membres, et, par conséquent comme susceptible de contrôle juridictionnel, contrairement à la position du Tribunal de l'Union²⁹.

Chapitre 4 Commerce et protection des investissements

²⁴ Arrêt de la Cour du 8 mars 2011, C-240/09, ECLI:EU:C:2011:125.

²⁵ A. Papaschalis, "L'OMC et l'accord TRIPs devant la Cour de justice : à l'occasion de l'arrêt du 14 décembre 2000, aff. jtes C-300/98 et C-392/98" (en grec), *Revue hellénique de droit européen (EEEupΔ)* n°3/2001, p. 583. V. Skouris (dir), *Interprétation des traités sur l'Union européenne et de la Communauté européenne* (en grec), Athènes- Komotini, Sakkoulas, 2003, p. 1658 et s. O. Spiliopoulos, "Le cadre de l'exercice de la politique commerciale extérieure de la Communauté européenne sous la lumière de la jurisprudence communautaire" (en grec), *Revue hellénique de droit européen (EEEupΔ)*, n°1/2003, p. 59.

²⁶ Arrêt de la Cour du 13 janvier 2015, Conseil, Parlement européen et Commission c/ Vereiniging Milieudefensie, C-401/12 P à C-403/12P, ECLI:EU:C:2015:4. Arrêt de la Cour du 13 janvier 2015, Conseil et Commission c/ Stichting Natuur, C-404/12P) C-405/12 P, ECLI:EU:C:2015:5.

²⁷ C. Yannakopoulos, « L'influence du droit de l'Union européenne sur le système de contrôle de constitutionnalité des lois : les paradigmes français et grec », *Revue française de droit constitutionnel*, n°3/2012, p. 537.

²⁸ <http://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>.

²⁹ V. Ordonnances du Tribunal du 28 février 2017, *NE, NG et NM c. Conseil européen*, T-192/16, T-193/16, T-257/16, ECLI:EU:T:2017:128; ECLI:EU:T:2017:129, ECLI:EU:T:2017:130. V. D. Gampa, « La déclaration UE-Turquie concernant la crise migratoire » (en grec), *Revue hellénique de droit européen (EEEupΔ)*, n°1-2 /2017, p. 135-137.

16.

La Grèce avait suivi la tendance d'extension du champ d'application de la politique commerciale aux accords commerciaux sur les services et la propriété intellectuelle depuis les révisions de l'ancien article 113/133 CE par les traités d'Amsterdam et de Nice. Toutefois, les autorités helléniques avaient insisté sur l'exclusion des domaines des investissements et des transports de la portée de la politique commerciale³⁰. Avec la réforme du traité de Lisbonne, la politique commerciale commune couvre les investissements étrangers directs, alors que la politique des transports est exclue du champ d'application de l'article 207 TFUE³¹.

Concernant la compétence de l'Union dans le domaine des investissements étrangers directs, la doctrine avait analysé les insuffisances des dispositions relatives à la libre circulation des capitaux (articles 63-65 TFUE) comme base juridique d'une compétence de l'Union³². Avec la réforme de la politique commerciale commune l'ambiguïté, découlant aussi de l'interférence de l'article 49, paragraphe 2, TFUE, relatif à la liberté d'établissement, est levée, au moins pour ce qui concerne la base juridique de la compétence. L'Union dispose désormais d'une compétence externe explicite et exclusive pour conclure des accords internationaux en matière d'investissements étrangers directs.

Il était déjà établi dans la doctrine, et confirmé par la Cour de justice dans l'avis 2/15, relatif à la compétence de l'Union pour conclure l'accord de libre échange avec la République de Singapour³³, que l'extension de la politique commerciale commune aux investissements étrangers directs ne couvrait pas les investissements autres que directs, ou investissements dits « de portefeuille ». Ces derniers peuvent, aux termes de la Cour, « avoir lieu sous la forme d'acquisitions de titres de société dans l'intention de réaliser un placement financier sans intention d'influer sur la gestion et le contrôle de l'entreprise »³⁴ et relèvent ainsi des dispositions du traité relatives à la libre circulation des capitaux.

Toutefois, l'extension de la politique commerciale commune aux investissements étrangers directs ne lève pas toute ambiguïté quant à sa portée. La Grèce fait partie des Etats membres qui ont considéré, avec le Conseil, dans le cadre de l'avis 2/15, que la réforme couvre les accords internationaux relatifs à l'admission des investissements et non pas les dispositions relatives à leur protection. Il a été ainsi soutenu que la protection des investisseurs contre les expropriations relève de la

³⁰ R. Giannopoulos, "Politique commerciale commune", in V. Skouris (dir.) *Commentaire du traité sur l'Union européenne et du traité établissant la Communauté européenne*, (en grec), Athènes, Sakkoulas, 2003, p. 979 et s. O. Spiliopoulos, "Article 113 TCE. La base juridique de la politique commerciale de la Communauté" (en grec), *Nomiko Vima*, 2002, p. 906 et s.

³¹ G. Kalavros, T. Georgopoulos, *Le droit de l'Union européenne* (en grec), Athènes, Nomiki Vivliothiki, 2010, p. 296 et s. O. Spiliopoulos, *Les accords internationaux de l'Union européenne et les relations économiques externes*, (en grec), Athènes-Thessalonique, Sakkoulas, 2013, p.42-61.

³² A. Dimopoulos, *EU Foreign Investment Law*, Oxford University Press, 2011, p. 76 et s.

³³ Avis de la Cour du 16 mai 2017, ECLI:EU:C:2017:376.

³⁴ Avis 2/15, paragraphe 227.

compétence des Etats membres, étant donné que, selon l'article 345 TFUE, les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres.

Le rapport entre l'article 345 TFUE et l'article 207 TFUE a fait l'objet d'une analyse approfondie partant de la limite de l'extension de la portée de la politique commerciale commune, exprimée dans le paragraphe 6 de l'article 207 TFUE, qui stipule que l'exercice de compétence de politique commerciale commune n'entraîne pas une harmonisation des dispositions législatives ou réglementaires des Etats membres dans la mesure où les traités excluent une telle harmonisation. Il a été soutenu par la doctrine³⁵ que l'article 345 TFUE devrait être interprété strictement, en ce sens qu'il concerne la compétence des Etats membres pour décider des nationalisations ou privatisations, mais n'a pas pour effet de soustraire les régimes de propriété existant dans les États membres aux règles fondamentales des traités, dont, notamment, à celles de non-discrimination, à celles concernant la liberté d'établissement et la liberté des mouvements de capitaux³⁶. En ce sens, les conditions d'expropriation peuvent faire l'objet de mesures d'harmonisation sur la base des articles 114 et 115 TFUE et, par conséquent, la limite de l'article 207, paragraphe 6, TFUE est neutralisée. Il en résulte que l'article 345 TFUE n'exclut pas la compétence de l'Union pour réglementer la protection des investissements contre l'expropriation. Comme l'Avocat Général Sharpston l'a remarqué dans ses conclusions dans le cadre de la procédure de l'avis 2/15, l'Union ne peut pas conclure un accord international qui priverait les États membres de leur droit d'exproprier, mais peut convenir avec un pays tiers qu'aucune partie à l'accord ne peut nationaliser ou exproprier les investissements effectués par des investisseurs de l'autre partie, sauf lorsque certaines conditions sont remplies. Un tel accord n'harmonise pas les conditions d'expropriation dans l'Union et peut relever de l'article 207 TFUE³⁷. Cette position a été confirmée par la Cour de justice dans l'avis 2/15, qui n'a pas considéré l'article 345 TFUE comme un obstacle à l'inclusion des dispositions de l'accord UE-Singapour relatives à la protection des investissements étrangers directs au champ d'application de la politique commerciale commune³⁸.

Indépendamment de la réserve de compétence étatique dans l'article 345 TFUE, le gouvernement hellénique a contesté l'application de l'article 207 TFUE aux dispositions relatives à la protection des investissements contre l'expropriation également en raison de la notion de politique commerciale. Il a ainsi été soutenu dans le cadre de l'avis 2/15 que la régulation des investissements étrangers directs ne poursuit pas nécessairement des objectifs commerciaux et, en ce sens, l'article 207 TFUE couvre seulement les règles relatives à l'admission. Or, la Cour de justice a rappelé qu'un acte de l'Union relève de la politique commerciale commune « s'il

³⁵ A. Dimopoulos, *EU Foreign Investment Law*, op. cit., p. 108 et s.

³⁶ V. par exemple, et concernant la compatibilité d'une loi nationale sur les privatisations avec l'article 63 TFUE, arrêt de la Cour du 4 juin 2002, *Commission c/ Portugal*, C-367/98, ECLI:EU:C:2002:326.

³⁷ Paragraphe 341 des conclusions.

³⁸ Avis 2/15, paragraphe 107.

porte spécifiquement sur les échanges internationaux en ce qu'il est essentiellement destiné à promouvoir, à faciliter ou à régir ces échanges et a des effets directs et immédiats sur ceux-ci »³⁹. La politique commerciale commune comprend ainsi, outre les mesures qui rendent possible ou améliorent l'entrée d'investissements étrangers directs dans le pays d'accueil, les mesures qui protègent de tels investissements dans la mesure où la disponibilité de cette protection a des effets directs et immédiats sur la décision d'effectuer l'investissement étranger direct et sur la jouissance des bénéfices de cet investissement. Par ailleurs, « l'article 207, paragraphe 1, TFUE se réfère de manière générale aux actes de l'Union en matière d'« investissements étrangers directs », sans distinguer selon qu'il s'agit d'actes ayant pour objet l'admission ou la protection desdits investissements »⁴⁰.

La Grèce a soutenu une position stricte quant à la portée de l'article 207 TFUE pour ce qui concerne l'exclusion des transports de son champ d'application. Dans le cadre de l'avis 2/15, cette position a été présentée par l'Avocat Général, qui a considéré que l'exclusion des transports du champ d'application de la politique commerciale selon le paragraphe 5 de l'article 207 TFUE comprend tous les services fournis dans le cadre du secteur des transports. Il a été notamment soutenu, au nom de la cohérence de l'action extérieure de l'Union, que l'exclusion de la politique commerciale commune des accords internationaux dans le domaine des transports couvre les services de transport en tant que tels (transport des marchandises ou des personnes par air, par route, par voie ferrée, par mer ou par voies et plans d'eau navigables), mais également les services qui sont intrinsèquement et indissociablement liés à de tels services, c'est-à-dire des services qui sont à la fois spécialement liés au service de transport et qui leur sont subordonnés⁴¹. Selon cette approche, seuls les services qui ne sont pas intrinsèquement et indissociablement liés aux services de transport, tels que les services de dédouanement, ne relèvent pas de l'exception énoncée à l'article 207, paragraphe 5, TFUE. Or, la Cour a considéré dans l'avis 2/15 que les services de réparation et de maintenance d'aéronefs au cours desquels l'aéronef est retiré du service, la vente ou la commercialisation de services de transport aérien ainsi que les services liés aux systèmes informatisés de réservation, ne sont pas intrinsèquement liés aux services de transport. Il s'agit de services commerciaux qui relèvent ainsi de la politique commerciale commune et qui ne sont pas couverts par l'exception du paragraphe 5 de l'article 207 TFUE⁴².

De manière générale, la Grèce suit une approche stricte du champ d'application de la politique commerciale commune. Le gouvernement hellénique considère également que les droits moraux doivent être exclus du champ d'application de la politique commerciale, en ce qu'ils constituent des aspects non commerciaux de la

³⁹ Arrêt de la Cour du 18 juillet 2013, *Daiichi Sankyo et Sanofi-Aventis Deutschland*, C-414/11, ECLI:EU:C:2013:520, paragraphe 51.

⁴⁰ Avis 2/15, paragraphe 87.

⁴¹ Paragraphe 217 des conclusions.

⁴² Avis 2/15, paragraphes 64-68.

propriété intellectuelle. En outre, même si la finalité commerciale de l'accord TRIPs est incontestable, le gouvernement hellénique a considéré que l'accord dans son ensemble a un objet plus vaste que les seuls «aspects de la propriété intellectuelle» visés à l'article 207 TFUE. Selon cette approche, des dispositions telles que les articles 27 et 70 de l'accord TRIPs, qui déterminent le cadre de la protection des brevets, visent davantage le droit matériel des brevets que les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle.

Ce dernier argument a été avancé dans le cadre de l'affaire *Daiichi Sankyo*, concernant la question préjudicielle du tribunal de première instance hellénique quant à l'interprétation et l'effet direct de ces dispositions de l'accord TRIPs. L'affaire *Daiichi Sankyo* a donné à la Cour de justice l'occasion de se prononcer sur la portée de la réforme de la politique commerciale commune depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne⁴³. La Cour a constaté l'évolution significative du droit primaire, qui implique un revirement de jurisprudence par rapport à l'arrêt *Merck Genéricos*, lorsqu'elle avait considéré que les dispositions de l'accord TRIPs relatives à la protection des brevets relevaient de la compétence partagée de l'Union et de ses Etats membres⁴⁴. Sous le régime du traité de Lisbonne, la politique commerciale commune doit être lue dans la perspective de l'approche globale des objectifs de l'action extérieure de l'Union, consacrée dans l'article 21 TUE et visant à l'affirmation de l'Union comme acteur international global. Au-delà de la finalité commerciale d'une disposition précise, la Cour examine la finalité de l'accord dans son ensemble. Elle constate que les normes de l'accord TRIPs présentent un lien spécifique avec les échanges internationaux, comme ledit accord fait partie intégrante du régime de l'OMC et constitue l'un des accords multilatéraux principaux sur lesquels ce régime est fondé⁴⁵. Ayant démontré la spécificité du lien de l'accord dans son ensemble avec les échanges internationaux, la Cour rejette l'argument des Etats membres, dont la Grèce, qui ont soutenu que les dispositions de la Partie II de l'accord TRIPs, relative aux normes concernant l'existence, la portée et l'exercice des droits de propriété intellectuelle, parmi lesquelles figure l'article 27 dudit accord, relèvent du domaine du marché intérieur en vertu, notamment, des articles 114 TFUE et 118 TFUE. La Cour de justice a souligné que l'objectif premier de l'accord TRIPs est de renforcer et d'harmoniser la protection de la propriété intellectuelle à l'échelle mondiale⁴⁶. Par conséquent, l'ensemble des dispositions l'accord présentent un lien spécifique avec les échanges commerciaux internationaux⁴⁷.

Malgré le lien établi par la Cour de justice entre l'objectif d'une disposition et l'objectif de l'accord international dont il relève, la Grèce, comme d'autres Etats

⁴³ Arrêt de la Cour du 18 juillet 2013, *Daiichi Sankyo Co. Ltd*, C-414/11, ECLI:EU:C:2013:520.

⁴⁴ Arrêt de la Cour du 11 septembre 2007, *Merck Genéricos – Produtos Farmacêuticos*, C-431/05, ECLI:EU:C:2007:496.

⁴⁵ *Daiichi Sankyo*, paragraphe 53.

⁴⁶ *Ibid.*, paragraphe 58.

⁴⁷ Paragraphes 49 -52.

membres, continue à défendre l'approche basée sur la finalité commerciale des dispositions des accords internationaux au cas par cas. Dans le cadre de l'avis 2/15, il a été soutenu que le chapitre 11 de l'accord UE-Singapour, qui contient des engagements en matière de propriété intellectuelle, couvre également des aspects non commerciaux de la propriété intellectuelle au motif que son article 11.4 renvoie, au sujet du droit d'auteur et des droits voisins, à des conventions multilatérales qui comportent une disposition relative aux droits moraux. La Cour de justice a rejeté cet argument, considérant que cette disposition est absorbée par la finalité commerciale du chapitre 11 dans son ensemble⁴⁸.

En revanche, la Cour de justice a donné raison à la Grèce et autres Etats membres et au Conseil dans le cadre de l'avis 3/15, concernant la compétence de l'Union pour conclure le 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 publiées⁴⁹. Si quelques dispositions de ce traité instituent certaines obligations relatives à l'échange transfrontalier d'exemplaires en format accessible, le traité de Marrakech a pour finalité d'améliorer la condition des personnes bénéficiaires en facilitant, par divers moyens, l'accès de ces personnes aux œuvres publiées et non de promouvoir, de faciliter ou de régir le commerce international des exemplaires en format accessible. On notera toutefois que la Cour, même si elle a exclu l'application de l'article 207 TFUE en l'espèce, s'est précisément fondée sur l'appréciation des objectifs de l'accord envisagé dans son ensemble.

17.

La République hellénique considère que les accords bilatéraux d'investissement, conclus avec les Etats tiers cessent d'exister lorsque l'Union exerce sa compétence et conclut un accord en la matière. Comme la Cour l'a souligné dans l'avis 2/15, la compétence exclusive de l'Union en matière d'investissements étrangers directs couvre la compétence pour approuver une disposition qui stipule que les engagements en matière d'investissements directs contenus dans des accords bilatéraux antérieurement conclus entre des Etats membres de l'Union et un Etat tiers doivent, dès l'entrée en vigueur de l'accord conclu par l'Union, être considérés comme étant remplacés par celui-ci⁵⁰. Cette position est acceptée en Grèce⁵¹, qui est en faveur d'une approche définie au niveau de l'Union.

Une question qui est particulièrement discutée auprès des administrations helléniques concerne la compatibilité avec le droit de l'Union des clauses d'arbitrage dans les accords bilatéraux d'investissement internes, conclus entre Etats membres

⁴⁸ Avis 2/15, paragraphe 127.

⁴⁹ Avis de la Cour du 14 février 2017, ECLI:EU:C:2017:114.

⁵⁰ Avis de la Cour du 16 mai 2017, ECLI:EU:C:2017:376, paragraphe 249.

⁵¹ M. Perakis, « L'accord du 18 mars 2016 entre l'Union européenne et la Turquie : une première évaluation juridique et pratique » (en grec), *Revue trimestrielle de droit européen (ΕΕΕρρΔ)*, n°2/2016, p. 149.

de l'Union. La question est actuellement traitée dans le contexte de l'affaire *ACHMEA*⁵², concernant la demande d'annulation devant les juridictions allemandes d'une sentence arbitrale rendu par un tribunal arbitral constitué conformément au traité bilatéral d'investissement conclu en 1991 entre les Pays Bas et l'ancienne République fédérale tchèque et slovaque, et applicable à l'égard de la Slovaquie. Le gouvernement hellénique, dans ses observations écrites, s'est positionné en faveur de l'incompatibilité du mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et Etat avec les articles 18, paragraphe 1, 267 et 344 TFUE. Plus précisément, la Grèce, déjà défenderesse dans des procédures d'arbitrage d'investissement internes à l'Union⁵³, a d'abord soutenu que l'article 344 TFUE, qui prévoit l'exclusivité de la compétence de la Cour de justice pour les différends entre Etats membres, concerne également les différends entre un investisseur et un État membre, comme c'était le cas en l'espèce, et non seulement les différends entre Etats membres. Par conséquent, le consentement des parties à l'inclusion d'une clause de soumission d'un différend à l'arbitrage ne suffit pas pour pallier l'incompatibilité d'une telle clause avec l'article 344 TFUE. Le gouvernement hellénique rappelle la condamnation de l'Irlande, dans l'affaire *Mox Planck*, pour violation de l'article 344 TFUE en combinaison avec l'obligation de coopération loyale prévue dans l'article 4, paragraphe 3, TFUE⁵⁴. L'incompatibilité de la clause d'arbitrage avec l'article 344 TFUE a été le principal argument du gouvernement hellénique dans ses observations dans l'affaire *ACHMEA*.

De manière subsidiaire, le gouvernement hellénique s'est également référé à la méconnaissance des articles 267 TFUE et 18 TFUE. Plus précisément, la Grèce a avancé que les juridictions nationales ont de possibilités très limitées ou inexistantes pour effectuer un contrôle de la sentence arbitrale au regard du droit de l'Union et de saisir, de ce fait, la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel en interprétation, notamment lorsque les traités bilatéraux renvoient aux règles de l'arbitrage international. Enfin, la Grèce a soutenu que la clause d'arbitrage est contraire à l'article 18 TFUE et à l'article 63 TFUE, en ce qu'elle méconnaît le principe de non-discrimination dans le cadre de la libre circulation des capitaux, en permettant aux investisseurs européens d'invoquer leur citoyenneté européenne et d'avoir accès privilégié au mécanisme d'arbitrage.

Les arguments de la Grèce n'ont pas été retenus par l'Avocat Général Wathelet dans ses conclusions présentées le 19 septembre 2017⁵⁵. L'Avocat Général se place tout d'abord sur le terrain de la non-discrimination, sous un angle différent que celui du gouvernement hellénique en l'espèce, mais qui exprime les préoccupations de la Grèce dans le débat sur les clauses arbitrales des accords d'investissement internes.

⁵² C-284/16.

⁵³ *Poštová banka, a.s. et Istrokapital SE c/ République hellénique* (affaire CIRDI no ARB/13/8). *Cyprus Popular Bank Public Co. Ltd c/ République hellénique* (affaire CIRDI no ARB/14/16).

⁵⁴ Arrêt de la Cour du 30 mai 2006, *Commission c/ Irlande*, C-450/03, ECLI:EU:C:2006:345.

⁵⁵ ECLI:EU:C:2017:699.

Plus précisément, l'Avocat Général traite de l'argument du traitement préférentiel dont bénéficient les investisseurs du Royaume des Pays-Bas qui ont investi en République slovaque, alors que les investisseurs des États membres qui n'ont pas conclu un traité bilatéral avec la République slovaque ne bénéficient pas de ce traitement. L'Avocat Général considère que le droit de l'Union n'interdit une discrimination, par un État membre, d'un ressortissant d'un autre État membre que au regard du traitement que le premier État membre accorde à ses propres ressortissants. En revanche, les discriminations à rebours et les avantages accordés aux ressortissants d'un autre État membre ne sont pas visés et ne sont pas incompatibles avec le droit de l'Union. Il propose ainsi à la Cour de considérer que le droit de recours à l'arbitrage international à l'encontre de la République slovaque ne constitue pas une discrimination fondée sur la nationalité interdite par l'article 18 TFUE⁵⁶.

Toutefois, les administrations et fonctionnaires grecs considèrent qu'il s'agit d'un traitement discriminatoire, inhérent au maintien en vigueur des traités bilatéraux d'investissement parmi les États membres. Cette situation est différente de celle évoquée dans l'avis 2/15, où la Cour de justice a en effet considéré que la disposition de l'accord de libre-échange avec la République de Singapour qui instaure l'arbitrage international comme mécanisme de règlement des différends « ne saurait revêtir un caractère purement auxiliaire »⁵⁷. Dans un traité d'investissement conclu par l'Union le droit des investisseurs de recourir à l'arbitrage international est une disposition essentielle puisqu'elle est en soi une garantie indispensable qui incite et protège les investissements. Or, dans un traité d'investissement entre États membres le droit des investisseurs de recourir à l'arbitrage international ne s'applique qu'aux investisseurs ressortissants des États parties au traité. De cette façon, une discrimination au sein de l'Union est établie. Cependant, les autorités grecques sont d'avis que la dénonciation individuelle des traités bilatéraux internes ne saurait pallier les inconvénients d'une telle situation. En effet, un État membre peut mettre fin à un des traités bilatéraux et maintenir d'autres, de manière à ce que ses propres investisseurs continuent à bénéficier des traités conclus avec des États membres qui formerait un groupe avec l'État en question. Par conséquent, la seule solution envisageable pour la Grèce est l'adoption d'une procédure coordonnée au niveau de l'Union.

18.

Les accords de libre-échange « nouvelle génération » reprennent le régime de règlement des différends entre investisseurs et États, qui a fonctionné dans le cadre des accords bilatéraux d'investissement conclus par les États membres, et concerne les différends opposant un ressortissant d'une partie à l'accord à l'autre partie en

⁵⁶ Paragraphe 82 des conclusions.

⁵⁷ Avis 2/15, précité, paragraphe 292.

raison d'un traitement ayant occasionné une perte ou un préjudice. Ils comportent également de dispositions relatives au règlement des différends entre parties, portant sur les divergences concernant l'interprétation et l'application des dispositions de l'accord.

Toutefois, l'Union, sur proposition de la Commission, est en train de négocier avec ses partenaires la mise en place d'une future juridiction multilatérale en matière d'investissements, qui remplacerait les systèmes juridictionnels bilatéraux des investissements. L'accord commercial signé entre l'Union et le Canada (AECG/CETA) et celui conclu entre l'Union et le Viêt Nam comportent tous les deux une référence à la mise en place d'une juridiction multilatérale permanente en matière d'investissements. En outre, l'Union européenne inclut des références similaires dans toutes ses négociations en cours concernant les investissements.

La Grèce ne s'est pas différenciée de la position du Conseil qui soutient la Commission dans sa volonté d'œuvrer en vue de l'établissement d'une Cour multilatérale d'investissement. La Grèce est, de manière générale, en faveur de l'eupéanisation du règlement des différends en matière d'investissements et soutient la révision du statut du CIRDI (ICSID) afin de permettre la participation de l'Union.

Cependant, les mécanismes de règlement des différends en matière d'investissements soulèvent la question du respect de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union. Dans la perspective de mise en place d'une juridiction multilatérale dans le cadre de la CETA, la Cour de justice est saisie par la Belgique pour un avis consultatif en vertu de l'article 218, paragraphe 11, TFUE. La question de l'autonomie est également soulevée dans le cadre des systèmes juridictionnels bilatéraux.

Le régime de règlement des différends entre investisseurs et Etats peut toucher la question de l'autonomie dans la mesure où les Etats membres pourront être parties au différend, que l'accord d'investissement soit conclu comme un accord mixte ou par l'Union seule, et il sera ainsi nécessaire de déterminer la répartition de la responsabilité entre l'Union et ses Etats membres. Or, le règlement n°912/2014 (v. infra, question 19) répond à cette préoccupation. La compétence de la Cour de justice pour interpréter le droit de l'Union n'est pas en question⁵⁸, cependant, dans le cadre de l'affaire *ACHMEA*, qui concerne le régime de règlement des différends entre investisseurs et Etats dans le cadre des accords bilatéraux conclus entre Etats membres (v. supra, question n°17), le recours à l'arbitrage est vu sous l'angle de sa compatibilité avec le mécanisme de renvoi préjudiciel et, partant, avec le principe d'autonomie. L'Avocat Général Wathelet considère toutefois que le contrôle que les juridictions étatiques peuvent exercer sur les sentences rendues par les tribunaux arbitraux garantit le fonctionnement du mécanisme de renvoi préjudiciel et, ainsi, le

⁵⁸ A. Dimopoulos, « The Compatibility of Future EU Investment Agreements with EU Law », *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 39, n°4/2012, p. 447, spec. 468-469.

respect de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union⁵⁹. Il convient de noter à cet égard que le gouvernement hellénique, dans ses observations dans le cadre de l'affaire *ACHMEA*, n'a pas soulevé la question du respect de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union. Il a en revanche contesté la compatibilité du recours à l'arbitrage avec l'article 267 TFUE, en raison du pouvoir de contrôle limité des tribunaux nationaux en fonction du règlement d'arbitrage appliqué, sans ériger le mécanisme de renvoi préjudiciel en composante du principe d'autonomie. De manière générale, nous pouvons observer que la doctrine hellénique ne lie pas l'impact des engagements internationaux sur le fonctionnement du renvoi préjudiciel au principe d'autonomie⁶⁰.

La Cour de justice de l'Union ne s'est pas prononcé, dans l'avis 2/15, sur la compatibilité du régime de règlement des différends entre un investisseur et un Etat membre avec le principe d'autonomie. Elle a mis à l'écart la question de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union également pour ce qui concerne le régime de règlement des différends entre parties. La Cour a considéré que la demande d'avis sur l'accord de libre-échange entre l'Union et la République de Singapour ne concernait pas la compatibilité de l'accord avec le droit de l'Union, mais uniquement la question de compétence⁶¹. Elle a ainsi constaté que les dispositions relatives au régime de règlement des différends entre parties constituent de dispositions institutionnelles qui sont absorbées par les dispositions substantielles, en ce sens qu'elles ne donnent pas lieu à l'examen de la répartition des compétences. La Cour a rappelé que « la compétence de l'Union pour contracter des engagements internationaux inclut celle d'assortir ces engagements de dispositions institutionnelles. Leur présence dans l'accord n'a pas d'incidence sur la nature de la compétence pour conclure celui-ci »⁶². En revanche, le régime de règlement des différends entre investisseurs et États est susceptible de soustraire des différends à la compétence des juridictions des États membres ou de l'Union. La Cour considère dans l'avis 2/15 que les dispositions relatives à un tel régime ne sauraient être considérées comme auxiliaires, ce qui implique qu'elles ne sont pas absorbées par la compétence pour conclure les dispositions de fond⁶³. De telles dispositions constituent au contraire une base autonome de compétence, et la Cour considère qu'elles ne peuvent être conclus par l'Union seule, mais requièrent le consentement des Etats membres. Nous pouvons noter à cet égard qu'il s'agit d'une approche non-substantielle de la notion de compétence partagée, qui ne peut être expliquée qu'au regard de son lien avec le principe d'autonomie. Le régime de règlement des différends entre investisseurs et États étant susceptible d'affecter les principes

⁵⁹ Conclusions de l'AG, ECLI:EU:C:2017:699 paragraphes 239-249.

⁶⁰ V. par exemple, V. Pergantis, « L'adhésion de l'Union européenne à la CEDH : L'avis 2/13 de la Cour de justice de l'Union européenne » (en grec), *Revue hellénique de droit européen (EEEvpA)*, n° 1/2016, p. 27-37, not. p. 32.

⁶¹ Avis 2/15, précité, paragraphes 300-301.

⁶² Paragraphe 276.

⁶³ Paragraphe 292.

fondamentaux de mise en œuvre du droit de l'Union et, partant, le principe d'autonomie, les dispositions à sa base ne sauraient échapper à la compétence des Etats membres, maîtres des traités.

19.

Le règlement des différends entre investisseurs et Etats, dans le cadre des accords de libre échange de nouvelle génération, soulève la question de la répartition de la responsabilité financière entre l'Union et ses Etats membres. Cette question est régie par le règlement n°912/2014⁶⁴, qui définit la responsabilité financière comme l'obligation de payer une somme d'argent allouée par un tribunal arbitral ou convenue dans le cadre d'un accord transactionnel, y compris les frais résultant de l'arbitrage⁶⁵. La Grèce se rallie sur le principe à la base dudit règlement, à savoir l'engagement de la responsabilité financière de l'auteur du fait illicite. Toutefois, l'allocation de la responsabilité financière est dissociée de la responsabilité sur le plan international et la détermination de la partie défenderesse, ce qui soulève de questions de sécurité juridique et de compatibilité avec les règles du droit international⁶⁶.

Plus précisément, selon le considérant 3 du règlement n°912/2014 « la responsabilité au niveau international d'un traitement faisant l'objet d'une procédure de règlement des différends est déterminée sur la base de la répartition des compétences entre l'Union et les Etats membres. En conséquence, l'Union devra, en principe, assurer la défense en cas de plainte fondée sur la violation de règles inscrites dans un accord relevant de sa compétence exclusive, que le traitement en question ait été accordé par l'Union elle-même ou par un Etat membre ». Or, concernant la répartition de la responsabilité financière, les principes spécifiques consacrés dans le règlement consistent dans la liaison entre l'attribution de la responsabilité et l'imputation du fait illicite. Ainsi, selon l'article 3 du règlement n°912/2014, premièrement, l'Union porte la responsabilité financière de tout traitement accordé par ses institutions, organes ou organismes, deuxièmement, les Etats membres assument la responsabilité financière de tout traitement qu'ils ont accordé et, troisièmement, l'Union doit assumer la responsabilité financière du traitement accordé par les Etats membres lorsque celui-ci était requis par le droit de l'Union. Dans ce dernier cas, il s'agit, selon le règlement, du « traitement pour lequel l'Etat membre concerné n'aurait pu éviter la violation alléguée de l'accord qu'en ne tenant pas compte d'une obligation lui incombant en vertu du droit de l'Union, comme dans les cas où il ne dispose d'aucun pouvoir discrétionnaire ni d'aucune

⁶⁴ Règlement (UE) n° 912/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 établissant un cadre pour la gestion de la responsabilité financière liée aux tribunaux de règlement des différends entre investisseurs et Etats mis en place par les accords internationaux auxquels l'Union européenne est partie, JO L 257 du 28 août 2014, p. 121.

⁶⁵ Art. 2 g) du règlement n°912/2014.

⁶⁶ A. Dimopoulos, « The Involvement of the EU in Investor-State Dispute Settlement: A Question of Responsibilities », *Common Market Law Review*, vol. 51, n° 6, 2014, p. 1671-1720, spec. 1677 et s.

marge d'appréciation quant au résultat à atteindre »⁶⁷. Enfin, lorsque l'État membre était requis d'agir pour remédier à une situation d'incompatibilité avec le droit de l'Union, il reste le responsable financier. Il en résulte que, même si l'accord international est conclu par la seule Union, et n'a pas le caractère d'accord mixte, et même s'il relève de sa compétence exclusive, l'Union ne doit pas assumer la violation émanant des États membres, à moins que le traitement accordé par un État membre ait été requis par le droit de l'Union.

Nous constatons ainsi que l'imputabilité est fonction des interactions normatives au sein de l'Union et c'est la raison pour laquelle la délimitation de la responsabilité financière est une question interne à l'Union, régie par le règlement n°912/2004. Un des principes spécifiques qui s'expriment dans le règlement est celui de la protection de l'investisseur indépendamment de l'éventuel désaccord entre l'Union et les États membres, qui peut conduire à la contestation de la décision de la Commission par l'État membre concerné.

Toutefois, le régime instauré par le règlement n°912/2014 s'inscrit dans le cadre des principes qui régissent l'action extérieure de l'Union, à savoir la coopération loyale et l'unité de représentation internationale. Cela implique que la désignation de la partie défenderesse par l'ensemble européen ne s'aligne pas forcément sur la répartition de la responsabilité financière. Ainsi, l'Union peut être partie défenderesse lorsque l'État membre est l'auteur du fait illicite, dans les cas prévus à l'article 9 du règlement n°912/2014. Plus précisément, un État notifie à la Commission qu'il ne souhaite pas agir comme partie défenderesse, ou la Commission peut décider que l'Union doit agir en qualité de partie défenderesse, « lorsqu'un traitement semblable est mis en cause dans une plainte connexe introduite à l'encontre de l'Union auprès de l'OMC, lorsqu'un panel arbitral a été constitué et que la plainte concerne le même point de droit spécifique et lorsqu'il est nécessaire d'assurer une argumentation cohérente dans l'affaire portée devant l'OMC ». La mise en œuvre de cette possibilité pour l'Union, d'être partie défenderesse lorsque l'État membre est l'auteur du fait illicite, implique un devoir de coopération étroite entre la Commission et l'État membre concerné. De même, l'obligation de coopération étroite concerne le cas où la partie défenderesse serait un État membre.

La Grèce ne s'oppose pas à la désignation de l'Union, représentée par la Commission, comme partie défenderesse, mais remarque l'absence de consécration des modalités de la coopération étroite dans le règlement⁶⁸. Les autorités helléniques sont toutefois de l'avis que si le traitement est clairement imputable à l'État, la représentation par la Commission devra rester exceptionnelle. Mais la Grèce accorde une importance particulière au respect du principe de coopération loyale également

⁶⁷ Art. 2 l) du règlement n°912/2014.

⁶⁸ G. Karipsiadis, « Les investissements étrangers directs après Lisbonne et le droit dérivé de l'Union : une présentation sommaire » (en grec), *Revue hellénique de droit européen (EEEupΔ)*, n°1/2014, p. 32.

au cas où elle serait partie défenderesse⁶⁹. Par ailleurs, le principe de désignation de la partie défenderesse par l'Union européenne est accepté dans la doctrine hellénique⁷⁰, qui ne l'analyse pas particulièrement sous l'angle du principe d'autonomie auquel porterait atteinte la détermination de la partie défenderesse par l'instance de règlement des différends.

La doctrine grecque soulève également l'incertitude liée à la problématique de l'engagement de la responsabilité de l'Etat membre au cas où l'accord conclu par l'Union ne serait pas un accord mixte, et où l'Etat ne serait pas partie contractante⁷¹. En revanche, il est soutenu que si l'accord de libre-échange de nouvelle génération a le caractère d'accord mixte, il devrait consacrer la responsabilité conjointe et solidaire de l'Union et de ses Etats membres, comme il résulte du régime des accords mixtes⁷².

Enfin, la Grèce a réussi à faire annexer aux accords de libre-échange de nouvelle génération une réserve selon laquelle l'Etat est dispensé de sa responsabilité internationale dans le cas où le préjudice proviendrait des conséquences de la restructuration de la dette publique.

20.

L'exigence de conduite de la politique commerciale commune dans le cadre des principes et objectifs de l'action extérieure de l'Union européenne, selon l'article 207 TFUE, doit être lue à la lumière de l'article 21 TUE, qui exprime l'approche globale des objectifs de l'action extérieure de l'Union. Le rapport entre les deux dispositions a été pour la première fois précisé dans l'avis 2/15 de la Cour de justice concernant l'accord de libre-échange entre l'Union et Singapour, accord de nouvelle génération⁷³.

En effet, comme la Cour le rappelle, un accord de libre-échange « nouvelle génération » est un accord de commerce qui comprend, outre les éléments classiques d'un accord commercial, d'autres aspects pertinents, indispensables pour les échanges commerciaux⁷⁴. En l'espèce, l'accord UE-Singapour vise à renforcer les relations économiques, commerciales et en matière d'investissements conformément à l'objectif de développement durable. Selon le chapitre 13 de l'accord, les composantes du développement durable consistent dans la protection des travailleurs et de l'environnement. La question s'est ainsi posée de savoir si les

⁶⁹ A. Dimopoulos, « The Involvement of the EU in Investor-State Dispute Settlement: A Question of Responsibilities », *op. cit.*, p. 1680.

⁷⁰ G. Karipsiadis, « Les investissements étrangers directs après Lisbonne et le droit dérivé de l'Union : une présentation sommaire » (en grec), *op. cit.*, p. 31.

⁷¹ A. Dimopoulos, « The Involvement of the EU in Investor-State Dispute Settlement: A Question of Responsibilities », *op. cit.*, p. 1688 et s.

⁷² A. Dimopoulos, *op. cit.*. Sur la responsabilité conjointe et solidaire de l'Union et de ses Etats membres dans le cadre des accords mixtes, v. I. Drossos, *Ordre constitutionnel hellénique et Communautés européennes dans les relations internationales* (en grec), Athènes, Sakkoulas, 1987, p. 167 et s., 242 et s. E. Neframi, *Recherches sur les accords mixtes de la Communauté européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 524 et s.

⁷³ Avis de la Cour du 16 mai 2017, ECLI:EU:C:2017:376.

⁷⁴ Paragraphe 140.

dispositions relatives au développement durable relèvent des bases juridiques y correspondant ou si elles font partie des objectifs des relations commerciales entre l'Union et la République de Singapour.

Il convient tout d'abord de rappeler que, jusqu'à l'avis 2/15, la coexistence de l'objectif commercial avec d'autres objectifs donnait lieu au contentieux de la base juridique⁷⁵. Selon la théorie du centre de gravité, ou d'absorption, le choix de la base juridique d'une mesure unilatérale ou d'un accord international se fait selon l'objectif prépondérant. La base juridique à laquelle correspond l'objectif prépondérant absorbe ainsi les bases juridiques auxquelles correspondent les objectifs secondaires. Or, dans les accords « nouvelle génération », l'objectif commercial n'a pas à être pondéré avec les autres objectifs, comme, par nature, lesdits accords peuvent se fonder sur une pluralité de bases juridiques.

Cependant, dans l'avis 2/15, la Cour de justice n'a pas considéré les dispositions de l'accord UE-Singapour relatifs au développement durable comme l'expression d'objectifs et, donc, de bases juridiques autonomes. Elle a considéré en revanche l'extension du domaine de la politique commerciale commune, qui absorbe les objectifs de développement durable⁷⁶.

Il convient de noter à cet égard que l'extension de la portée de la politique commerciale commune ne résulte pas de l'analyse de l'objectif commercial. En effet, selon la définition de la politique commerciale, retenue depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, tout accord qui vise essentiellement à promouvoir, faciliter ou régir les échanges et il a donc des effets directs et immédiats sur le commerce, relève du champ d'application de la politique commerciale commune⁷⁷. On aurait pu considérer en ce sens que le fait que les normes internationales en matière environnementale et de protection des travailleurs, auxquelles renvoie le chapitre 13 de l'accord UE-Singapour, conditionnent les échanges (en permettant à l'autre partie d'adopter des sanctions commerciales en cas de non-respect de pareilles conditions ou en subordonnant l'octroi d'un avantage commercial spécifique au respect des normes en matière de travail et d'environnement), implique leur qualification de normes commerciales, ayant des effets directs et immédiats sur le commerce international. La Cour de justice a déjà considéré que l'objectif de coopération au développement est assez large pour inclure d'autres objectifs, liés à d'autres politiques, comme la migration, les transports et l'environnement⁷⁸. De la même façon, elle aurait pu considérer que l'objectif commercial est assez large pour inclure

⁷⁵ Stanislas Adam, 'The Legal Basis of International Agreements of the European Union in the Post-Lisbon Era' in Inge Govaere, Erwan Lannon, Peter Van Elswege, Stanislas Adam (eds) *The European Union in the World; Essays in Honor of Marc Maresceau* (Martinus Nijhoff 2014) 78.

⁷⁶ Paragraphe 141.

⁷⁷ Arrêts du 18 juillet 2013, Daiichi Sankyo et Sanofi-Aventis Deutschland, C-414/11, EU:C:2013:520, points 51 et 52 et jurisprudence citée, et du 22 octobre 2013, Commission/Conseil, C-137/12, EU:C:2013:675, paragraphes 57 et 58.

⁷⁸ Arrêt du 11 juin 2014, Commission/Conseil, C-377/12, EU:C:2014:1903, paragraphes 38 et 49.

des objectifs de développement durable, vu aussi le caractère transversal de ces derniers.

Or, la Cour de justice, dans l'avis 2/15 a justifié l'absorption des objectifs de développement durable par l'objectif commercial par l'article 207 TFUE et l'exigence de conduite de la politique commerciale dans le cadre des principes et objectifs de l'action extérieure de l'Union. Par conséquent, les objectifs de protection de l'environnement et des droits sociaux sont intégrés dans l'objectif commercial. L'article 207 TFUE complète ainsi l'article 21 TUE, en ce qu'il précise les effets de l'approche globale des objectifs listés⁷⁹. La conséquence de cette approche dans l'avis 2/15 est que les dispositions de l'accord UE-Singapour relatives au développement durable ne donnent pas lieu à l'existence d'une compétence autre que la compétence exclusive en matière de politique commerciale⁸⁰.

La Grèce, comme la plupart des Etats membres et le Conseil n'ont pas soutenu cette position mais ont proposé de considérer des dispositions relatives au développement durable comme relevant de bases juridiques autonomes. Cette position a été exprimée par l'Avocat Général Sharpston, qui a notamment souligné que, bien que le chapitre 13 de l'accord UE-Singapour présente un lien avec le commerce, il régit également des aspects du travail et de la protection de l'environnement qui n'ont aucun lien avec le commerce et qu'il vise à promouvoir le travail et la protection de l'environnement⁸¹. Pour l'Avocat Général, et le gouvernement hellénique, l'absorption des objectifs liés au développement durable par l'objectif commercial correspond à une extension de la compétence exclusive de l'Union vers les domaines de compétence partagée, contrairement au principe d'attribution. Or, la Cour de justice a souligné que l'Union n'exerce aucune compétence pour réglementer les niveaux de protection sociale et environnementale et, ainsi, les dispositions en questions expriment un objectif commercial⁸².

21.

V. supra, Chapitre 2.

Chapitre 5

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

22.

La compétence externe de l'Union dans le domaine de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, compétence partagée, peut devenir exclusive selon les critères codifiés

⁷⁹ Paragraphe 143.

⁸⁰ Paragraphe 163.

⁸¹ Conclusions présentées le 21 décembre 2016, ECLI:EU:C:2016:992, paragraphe 475.

⁸² Avis 2/15, paragraphe 164.

dans l'article 3, paragraphe 2, TFUE, dont celui d'affectation des règles communes, ou effet *AETR*. L'application de ce critère dans le domaine des visas de court séjour a conduit à établir l'exclusivité de la compétence externe de l'Union. L'Union a en effet conclu des accords bilatéraux sur les conditions de délivrance des visas, en vertu de sa compétence externe implicite, issue de l'exercice de sa compétence interne ayant conduit à une harmonisation complète.

Cependant, le protocole n°23 annexé au traité de Lisbonne (qui reprend le protocole annexé au traité d'Amsterdam), concernant les mesures relatives au franchissement des frontières extérieures, précise que l'article 77, paragraphe 2 b), TFUE ne préjuge pas la compétence des Etats membres de négocier ou de conclure des accords avec des pays tiers, pour autant que lesdits accords respectent le droit de l'Union et les autres accords internationaux pertinents. La question est de savoir si ce protocole doit être interprété en ce sens que l'effet de préemption est exclu.

Or, l'interprétation du protocole n°23 dans le sens que la compétence externe de l'Union n'a pas vocation à devenir exclusive se heurterait à l'objectif d'établissement d'une politique commune en matière de franchissement des frontières extérieures. En outre, exclure la compétence externe de l'Union en matière de franchissement des frontières serait en contradiction avec l'activité croissante de l'Agence Frontex, qui conclut des accords « de travail » (working arrangements) avec des pays tiers. Enfin, le règlement « code frontières Schengen »⁸³ prévoit dans son annexe I que « les États membres peuvent conclure ou maintenir des accords bilatéraux avec des pays tiers voisins concernant l'établissement de points de passage frontaliers communs ».

Il peut être ainsi soutenu que le protocole n°23 confirme l'effet de préemption au lieu de le réfuter : lorsque l'Union exerce sa compétence interne et aboutit à une harmonisation complète, les Etats membres sont dessaisis de leur compétence et ne peuvent conclure ou maintenir des accords internationaux que sur autorisation. De surcroît, le protocole n°23 prévoit que les accords que les Etats membres négocient ou concluent doivent respecter le droit de l'Union. Par conséquent, le protocole souligne le fait que l'exclusivité de la compétence externe de l'Union ne soit pas issue du traité, mais dépend de son exercice sur le plan interne. Certes, la portée du protocole n°23 ne se limite pas à confirmer l'effet *AETR*. Son annexion aux traités pourrait clarifier le rapport entre l'article 3, paragraphe 2, TFUE et l'article 216, paragraphe 1, TFUE (v. supra question 4). Précisément, il pourrait signifier que l'exercice de la compétence externe de l'Union, même nécessaire au regard de ses objectifs (selon l'article 216, paragraphe 1, TFUE), est subordonné aux critères d'exclusivité de l'article 3, paragraphe 2, TFUE. Selon une telle approche, en l'absence d'harmonisation sur le plan interne, la compétence externe des Etats membres est préservée. Cela est d'autant plus important que les mesures relatives au franchissement des frontières extérieures ont un caractère procédural ou technique, et la coopération avec les Etats tiers est indispensable. Or, la coopération technique

⁸³ Règlement n° 610/2013 du 26 juin 2013, JO L 182 du 29 juin 2013, p. 1.

par le biais d'accords internationaux ne suffit pas pour établir un critère de nécessité susceptible de dessaisir les Etats membres de leur compétence externe selon l'article 3, paragraphe 2, TFUE.

On notera que la Grèce n'a pas conclu et n'a pas en vigueur des accords internationaux de franchissement des frontières.

23.

La doctrine hellénique accorde une importance particulière à la protection des droits fondamentaux dans le cadre de la politique d'asile et d'immigration⁸⁴. Cependant, la Grèce, en raison de sa position géographique, est particulièrement touchée par la situation récente de crise en Méditerranée et connaît un afflux sans précédent des migrants, dont des demandeurs de protection internationale. Il faut, certes, noter que le régime d'asile de la Grèce a été jugé, tant par la Cour de justice de l'Union, dans l'arrêt *N.S.*⁸⁵, que par la Cour européenne des droits de l'homme, dans les arrêts *M.S.S. c. Belgique et Grèce*⁸⁶ et *Sharifi c. Italie et Grèce*⁸⁷, non-conforme aux exigences de protection des droits fondamentaux, en raison des défaillances systématiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile. Il est bien connu que la constatation de telles défaillances a conduit la Cour de justice à admettre une dérogation à l'application des critères de détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile selon le règlement n°343/2003 du 18 février 2013⁸⁸, modifié par le règlement n°604/2013 du 26 juin 2013⁸⁹. De telles défaillances constituent des motifs sérieux et avérés de croire que le demandeur d'asile court un risque réel d'être soumis à des traitements inhumains ou dégradants, contraires aux dispositions de la Charte et de la Convention européenne des droits de l'homme⁹⁰. Toutefois, dans l'arrêt *République slovaque et Hongrie c/ Conseil*⁹¹, la Cour de justice a considéré que la Grèce, comme l'Italie, se trouve dans une situation d'urgence, en raison de l'afflux de migrants au cours de l'année 2015, qui a conduit le Conseil à adopter la décision (UE) 2015/1601, du 22 septembre 2015, instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce⁹². La décision introduit, sur la base du principe de solidarité consacré dans

⁸⁴ Pour une critique de la directive-retour, v. P. Stangos, « Droits de l'homme et politique d'immigration : une relation problématique dans ses dimensions européenne et national (hellénique) », (en grec), in *Le droit public en évolution, Mélanges en l'honneur du Professeur P. Pararas*, Athènes-Komotini, Sakkoulas, 2012, p. 945-986, not. p. 975 et s.

⁸⁵ Arrêt de la Cour du 21 décembre 2011, *N.S.*, aff. jtes C-411/10 et C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865.

⁸⁶ Arrêt de la CourEDH du 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, requête n°30696/09.

⁸⁷ Arrêt de la CourEDH du 21 octobre 2014, requête n° 16643/09.

⁸⁸ Règlement Dublin II, JO L 50 du 25 février 2003, p. 1.

⁸⁹ Règlement Dublin III, JO L 180, du 29 juin 2013, p. 31.

⁹⁰ Ch. Synodinos, « Règlement judiciaire européen commun des problèmes des demandeurs d'asile » (en grec), *Revue hellénique des droits de l'homme*, n°55/2012, p. 703-726.

⁹¹ Arrêt de la Cour du 6 septembre 2017, aff. jtes C-643/15 et C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631.

⁹² JO L 248 du 29 septembre 2015, p. 80.

l'article 80 TFUE, un mécanisme contraignant de relocalisation depuis l'Italie et la Grèce. La Slovaquie et la Hongrie ont demandé l'annulation de la décision en invoquant, entre autres, des moyens tirés d'une violation des principes de nécessité et de proportionnalité. La Cour a rejeté l'ensemble des moyens d'annulation, considérant qu'il était essentiel de faire preuve de solidarité à l'égard de la Grèce et de l'Italie et de compléter les mesures prises jusqu'alors par des mesures provisoires. Il est significatif que la Cour a retenu l'argument du gouvernement hellénique, selon lequel les déficiences structurelles constatées en termes de manque de capacité d'hébergement et de traitement des demandes n'affectent pas la constatation factuelle d'une situation d'urgence. La Cour de justice note en effet que « l'ampleur de l'afflux de migrants auquel étaient confrontés les régimes d'asile grec et italien au cours de l'année 2015 était telle qu'elle aurait perturbé tout régime d'asile, y compris un régime ne connaissant pas de faiblesses structurelles »⁹³.

Dans ce contexte exceptionnel de crise, l'efficacité du mécanisme de relocalisation concernant les personnes ayant un besoin manifeste de protection internationale dépend de la volonté des autres Etats membres de l'Union, la Commission ayant constaté dans ses rapports une gestion efficace de la part de la Grèce⁹⁴. Mais la Grèce est surtout particulièrement concernée par l'accord entre l'Union européenne et la Turquie, qui interfère avec le deuxième mécanisme de solidarité au bénéfice de pays tiers, celui de réinstallation. C'est dans ce contexte que la question de l'application du concept de pays tiers sûr se pose.

Plus précisément, il est bien connu que la déclaration UE-Turquie du 18 mars 2016, publiée sous la forme du communiqué de presse n° 144/16⁹⁵, établit un lien entre le mécanisme de réinstallation en faveur de la Turquie et la gestion de l'immigration irrégulière en Grèce. Conformément à la déclaration UE-Turquie, dont la nature juridique est contestée⁹⁶, la Turquie s'engage à réadmettre les migrants retenus dans les « hotspots » grecs et arrivant depuis ses côtes, ne demandant pas l'asile ou dont la demande d'asile a été jugée infondée ou irrecevable, en contrepartie de soutien financier, d'une perspective d'assouplissement de la politique de visas et du fonctionnement du mécanisme de réinstallation des demandeurs d'asile qui se trouvent sur son territoire. Dans ce contexte, l'application de l'accord entre l'Union et la Turquie interfère avec la pratique de la Grèce quant au concept de pays tiers sûr,

⁹³ Paragraphe 128.

⁹⁴ V. le quatorzième rapport sur la relocalisation et la réinstallation, du 26 juillet 2017, COM(2017) 405 final.

⁹⁵ <http://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>.

⁹⁶ La déclaration a fait l'objet d'un recours en annulation devant le Tribunal de l'Union, qui a considéré, par trois ordonnances, qu'il n'était pas compétent pour connaître du recours, étant donné que la déclaration ne pouvait pas être considérée comme un acte adopté par le Conseil européen, ni par une autre institution, organe ou organisme de l'Union. V. Ordonnances du Tribunal du 28 février 2017, *NF, NG et NM c. Conseil européen*, T-192/16, T-193/16, T-257/16, ECLI:EU:T:2017:128; ECLI:EU:T:2017:129, ECLI:EU:T:2017:130. V. M. -D. Marouda, V. Saranti, *Droit des réfugiés*, (en grec), Athènes, Nomiki Vivliothiki, 2016, p. 222 et s. M. Perakis, « L'accord du 18 mars 2016 entre l'Union européenne et la Turquie : une première évaluation juridique et pratique » (en grec), *Revue trimestrielle de droit européen (EEEvpa)*, n°2/2016, pp. 145-153.

au sens de la directive 2013/32/UE du 26 juin 2013⁹⁷. En effet, l'article 60 de la loi 4375/2016 qui transpose la directive 2013/32/UE entérine la procédure prévue dans la déclaration UE-Turquie, ce qui soulève la question de savoir si la mise en œuvre de la déclaration constitue une reconnaissance implicite de la Turquie comme pays tiers sûr⁹⁸.

Or, la Grèce est liée par l'obligation de renforcer les garanties procédurales de l'examen des demandes d'asile, notamment après sa condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme⁹⁹, et d'adapter son système aux exigences de la directive 2013/32/UE. Ladite directive a été transposée par les lois 4375/2016 et 4399/2016, qui ont mis en place une nouvelle autorité de recours, auprès du ministère de la politique migratoire, qui comprend des commissions indépendantes d'appel¹⁰⁰. Les autorités helléniques doivent ainsi examiner au cas par cas si la Turquie est un pays tiers sûr à l'égard du demandeur d'asile, étant donné que le concept de pays tiers sûr est, entre autres, fonction du lien de connexion qui doit exister entre le demandeur et le pays tiers concerné, sur la base duquel il serait raisonnable que le demandeur se rende dans ce pays.

Le concept de pays tiers sûr, dont l'application conduit au rejet pour irrecevabilité de la demande d'asile, est analysé dans la littérature juridique nationale en dehors du contexte de la déclaration UE-Turquie et bien avant la crise actuelle¹⁰¹. Il convient de noter que la Grèce, exerçant la discrétion que le législateur de l'Union lui a laissée, n'a pas établi de liste de pays tiers sûrs et n'applique pas le concept de pays tiers super-sûr, concernant un pays tiers européen, l'article 39 de la directive 2013/32/UE, n'étant pas transposé dans l'ordre interne.

C'est toutefois dans le contexte actuel de crise que son application revêt une importance particulière, notamment à l'égard de la Turquie et prenant en considération la déclaration UE-Turquie. L'interprétation de l'article 54 de la loi 4375/2016, qui transpose les dispositions des articles 33 et 38 de la directive 2013/13/UE, se pose à l'égard de demandeurs d'asile syriens venant de la Turquie. La considération de la Turquie comme pays tiers sûr est critiquée par Amnesty

⁹⁷ Directive relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale, JO L180 du 29 juin 2013, p. 60.

⁹⁸ M. -D. Marouda, V. Saranti, *Droit des réfugiés*, (en grec), Athènes, Nomiki Vivliothiki, 2016, p. 234.

⁹⁹ Les décrets présidentiels n° 113/2013 et 167/2014 ont modifié la procédure de recours contre les rejets des demandes d'asile. Concernant les garanties procédurales au sein des anciennes commissions de recours v. E. Poularakis, « Les commissions de recours sur les demandes de protection internationale. Un nouveau modèle de règlement de différends administratifs ? » (en grec), *Dioikitiki Diki (Διδικ)*, n°2/2015, p. 174-186.

¹⁰⁰ M. -D. Marouda, V. Saranti, *Droit des réfugiés*, (en grec), Athènes, Nomiki Vivliothiki, 2016, p. 161 et s. La composition de ces commissions comprend deux juges et une personne nommée par le Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés ou par la Commission nationale des droits humains. Le Conseil d'Etat grec a jugé une telle composition conforme aux exigences constitutionnelles (Symvoulío Epikrateias, (ΣτΕ), ass. arrêt n°1237/2017.

¹⁰¹ E. Sachpekidou, « Jurisprudence récente de la Cour de justice de l'UE relative à l'asile et les réfugiés », (en grec), *Armenopoulos*, n°69/2015, p. 390.

international¹⁰², par la doctrine¹⁰³ et par la Commission nationale grecque des droits de l'homme (ΕΕΔΑ)¹⁰⁴, étant donné que la Turquie limite aux réfugiés européens l'application de la Convention de Genève.

Avant l'établissement des commissions indépendantes d'appel, l'ancienne commission de recours avait annulé les décisions d'irrecevabilité de premier ressort, considérant que la Turquie n'était pas un pays tiers sûr, en raison de l'absence de possibilité, dans ce pays, de solliciter la reconnaissance du statut de réfugié, et, si ce statut est accordé, de bénéficier d'une protection conformément à la Convention de Genève¹⁰⁵. De même, dans sa première décision du 19 mai 2016, la nouvelle commission indépendante d'appel a annulé la décision du premier ressort, et a considéré qu'en l'espèce le séjour du demandeur en Turquie de quelques mois en vue de réunir la somme nécessaire pour lui permettre de continuer son voyage ne témoigne pas d'un lien de connexion sur la base duquel il serait raisonnable que le demandeur se rende dans ce pays. Dans la même décision, la commission indépendante d'appel a constaté les difficultés quant à la reconnaissance du statut de réfugié en Turquie¹⁰⁶.

Cependant, dans deux affaires récentes concernant les demandeurs d'asile syriens venant de la Turquie, les commissions indépendantes d'appel ont admis l'application du concept de pays tiers sûr, considérant qu'il est suffisant que le demandeur d'asile bénéficie d'une protection analogue à celle issue de l'application de la Convention de Genève et qu'il existe un lien de connexion raisonnable avec le pays tiers concerné. Ces décisions ont fait l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat grec (Symvoulio Epikrateias), appelé à interpréter le lien de connexion qui doit exister entre le demandeur et le pays tiers afin que celui-ci puisse être considéré comme pays tiers sûr.

Selon l'opinion de la chambre qui a renvoyé les affaires en assemblée plénière¹⁰⁷, le lien de connexion raisonnable doit être apprécié en fonction des circonstances concrètes qui concernent le demandeur d'asile, telles la durée de son séjour ou le voisinage du pays tiers de passage avec son pays d'origine. Toutefois, un des conseillers a exprimé la position selon laquelle l'article 56 de la loi n°4375/2016 transposant l'article 38 de la directive 2013/32/UE doit être interprété en ce sens que le lien de connexion raisonnable est établi lorsque le pays tiers concerné constitue pour le demandeur d'asile un pays « accueillant », dans le sens où les conceptions et mœurs morales, sociaux et culturels du pays de transit s'alignent sur la conscience

¹⁰² <https://www.amnesty.org/fr/countries/europe-and-central-asia/greece/report-greece/>.

¹⁰³ M. Perakis, « L'accord du 18 mars 2016 entre l'Union européenne et la Turquie : une première évaluation juridique et pratique » (en grec), *Revue trimestrielle de droit européen (ΕΕΕνρΔ)*, n°2/2016, pp. 145-153, not. 150.

¹⁰⁴ Rapport publié dans *Revue du droit des migrations* (en grec), n°2-3/2015, p. 161.

¹⁰⁵ Décision n°29994/17.5.2016.

¹⁰⁶ M. Perakis, op. cit. p. 151.

¹⁰⁷ Symvoulio Epikrateias (ΣτΕ), arrêts n°445/2017 et n°446/2017.

culturelle et sociale du réfugié et, par conséquent celui-ci est convaincu de l'existence du lien de connexion.

La juridiction administrative suprême a rendu ses décisions en assemblée plénière le 22 septembre 2017¹⁰⁸. Le Conseil d'Etat a jugé que la réserve géographique à l'application de la Convention de Genève n'exclut pas la considération de la Turquie comme un pays tiers sûr, étant donné qu'il n'existe aucun risque d'atteintes graves aux droits fondamentaux des demandeurs d'asile. Le Conseil d'Etat a souligné que la Turquie respecte le principe de non-refoulement et qu'elle offre une protection analogue à celle issue de l'application de la Convention de Genève. En outre, le Conseil d'Etat a admis l'existence d'un lien de connexion raisonnable fondé sur la durée du séjour en Turquie (un mois et demi), le voisinage au pays d'origine ou le fait que d'autres habitants du village du demandeur en Syrie demeurent en Turquie. Enfin, le Conseil d'Etat a considéré que l'article 38 de la directive 2013/32/UE ne laisse place à aucun doute raisonnable quant à son interprétation, ce qui dispense la juridiction suprême de son obligation de renvoi préjudiciel.

Il convient toutefois de noter qu'une opinion dissidente a été exprimée tant quant à la protection offerte par la Turquie et à l'établissement du lien de connexion, que quant à l'obligation de renvoi préjudiciel selon l'article 267 TFUE. Il est significatif que dix conseillers d'Etat et les deux vice-présidents considèrent que l'existence d'une opinion dissidente quant à l'interprétation des critères de pays tiers sûr à l'égard de la Turquie et quant aux critères d'établissement du lien de connexion est la preuve de l'existence de doutes quant à l'interprétation de l'article 38 de la directive 2013/32/UE, ce qui ne permet pas à la jurisprudence *CILFIT* de trouver application en l'espèce et constitue une violation de l'article 267 TFUE susceptible de conduire à l'engagement de la responsabilité de l'Etat selon l'arrêt *Köbler*¹⁰⁹.

Les décisions de l'assemblée du Conseil d'Etat ont été immédiatement critiquées dans la presse grecque et par Amnesty International¹¹⁰. Elles soulèvent la question de savoir dans quelle mesure la considération de la Turquie comme pays tiers sûr est liée à la déclaration UE-Turquie, à laquelle se réfèrent les deux décisions. Il est soutenu que le concept de pays tiers sûr devrait recevoir une appréciation autonome, conformément aux critères de la directive 2013/32/UE et cela indépendamment tant de l'intérêt de l'application de la déclaration UE-Turquie, que de l'appréciation de l'Etat de droit en Turquie¹¹¹. En effet, malgré la considération de la Turquie comme un pays tiers sûr par la Grèce, le bénéfice des contreparties de la déclaration UE-Turquie est conditionné par le respect par ce pays des droits de l'homme et du principe démocratique. Dans cet état d'incertitude et d'éventuel conflit entre les exigences de la directive 2013/32/UE et l'efficacité de la gestion de la crise

¹⁰⁸ Symvoulío Epikrateias (ΣτΕ), ass. arrêt n°2347/2017 et arrêt n° 2348/2017.

¹⁰⁹ Arrêt de la Cour du 8 avril 2003, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513.

¹¹⁰ <https://www.amnesty.org/fr/latest/news/2017/09/greece-court-decisions-pave-way-for-first-forcible-returns-of-asylum-seekers-under-eu-turkey-deal/>.

¹¹¹ M. Perakis, op. cit. p. 151.

migratoire à travers la coopération avec la Turquie, la précision des critères de qualification d'un pays tiers de sûr par une décision préjudicielle de la Cour de justice aurait été indispensable.

24.

Le contrôle extraterritorial de l'immigration n'est pas un objectif explicite de la politique migratoire de l'Union. D'une part, selon l'article 67 TFUE, les Etats membres ont assigné à l'Union l'objectif de mettre en place un espace de liberté, de sécurité et de justice au profit de ses citoyens, d'autre part, la gestion des migrations ne figure pas parmi les objectifs d'action extérieure de l'Union énumérés dans l'article 21 TUE et précisés dans le cadre des différentes compétences et instruments d'action extérieure dans la cinquième partie du Traité FUE. Ainsi, la gestion extraterritoriale de l'immigration constitue l'aspect externe de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, qui sert un objectif interne à travers l'action sur le plan international. Or, l'action internationale en tant qu'aspect externe de la politique migratoire n'est pas isolée, mais s'intègre dans le cadre d'autres politiques externes, servant, elles, un objectif d'action extérieure, notamment la coopération au développement. Il s'agit de l'approche globale des questions migratoires sur le plan international, qui font de la politique migratoire une composante des politiques externes, conformément au principe de cohérence horizontale entre les politiques externes de l'Union et l'aspect externe de ses politiques internes (article 21, paragraphe 3, TUE).

L'approche globale de la question des migrations s'inscrit dans le cadre de partenariats pour la mobilité, qui constituent un cadre politique de coopération sur les questions migratoires à travers l'implication des partenaires et l'action dans différents domaines¹¹². Ainsi, la coopération avec les pays tiers sur les questions migratoires constitue un volet des accords d'association ou de coopération conclus par l'Union et ses Etats membres, qui comportent une clause sur la gestion conjointe des flux migratoires ainsi que sur la réadmission obligatoire en cas d'immigration illégale.

La Grèce est favorable au maintien de telles clauses, comme l'article 13 de l'accord de Cotonou¹¹³, ainsi qu'à leur révision en vue du renforcement de la coopération en matière de réadmission par le biais de clauses obligatoires, qui n'auront pas besoin de conclusion d'accords bilatéraux de réadmission.

L'intégration des questions relatives à la gestion des migrations dans les instruments de politique de coopération au développement ou des instruments plus larges de la politique de voisinage, permet d'accentuer le renforcement des capacités

¹¹² P. Koutrakos, "The External Dimension of the AFSJ and Other EU External Policies", in M. Cremona, J. Monar, S. Poli (dir), *The External Dimension of the European Union's Area of Freedom, Security and Justice*, Bruxelles, P. Lang, 2011, p. 139 et s.

¹¹³ JO L 317 du 15 décembre 2000, p. 3.

locales, y compris pour le contrôle aux frontières, l'asile, la lutte contre le trafic de migrants et les efforts de réintégration. L'Union peut ainsi s'attaquer aux causes profondes des migrations irrégulières et des déplacements forcés de populations.

Par conséquent, dans le cadre de l'Approche globale de la question des migrations et de la mobilité, la gestion des flux migratoires est un objectif absorbé par l'objectif de la coopération au développement ou autres objectifs externes.

Cependant, dans un contexte de crise migratoire aux dimensions internationales, l'Approche globale est également adoptée sur le plan universel, dans le cadre des Nations unies. La déclaration de New York, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 13 septembre 2016¹¹⁴ exprime la position selon laquelle le problème global des migrations nécessite une approche globale et des solutions globales. Par exemple, la mise en place d'un programme de réinstallation au niveau mondial soutenu par les Nations unies pour permettre la réinstallation rapide et efficace des réfugiés dans des pays sûrs pourrait être envisagée. Dans un tel contexte, l'Union a besoin de s'affirmer comme acteur international en matière de contrôle de l'immigration.

Or, une telle affirmation n'est pas favorisée par l'intégration de l'aspect externe de la politique migratoire dans le cadre des politiques externes, telle la coopération au développement. L'Union doit se doter d'un objectif externe autonome de contrôle de l'immigration qui lui permet d'être influente sur le plan international. L'aspect externe de la politique d'immigration permet ainsi à l'Union d'afficher un objectif d'action extérieure dans ce domaine, même si l'objectif assigné dans les traités s'inscrit dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

Le nouveau concept de coopération axé sur les résultats, à savoir le nouveau cadre de partenariat avec les pays tiers dans le cadre de l'Agenda européen en matière de migration¹¹⁵ exprime l'« externalisation » de l'objectif de gestion des migrations, en permettant à l'Union d'afficher un véritable objectif d'action internationale dans ce domaine. A la différence de l'Approche globale de la question des migrations et de la mobilité, le nouveau cadre de partenariat avec les pays tiers a pour objectif principal la gestion efficace de l'immigration et instrumentalise l'objectif de coopération au développement à cet effet. En ce sens, nous pouvons considérer que le nouveau cadre de partenariat vise à remplacer l'approche globale, en inversant l'objectif principal affiché sur le plan international.

La question qui se pose est de savoir si une telle approche respecte pleinement le principe d'attribution des compétences.

Il convient tout d'abord de noter qu'il ne s'agit pas de doter l'Union de nouveaux moyens. Les pactes forment en effet un cadre politique aux fins d'une coopération

¹¹⁴ A/71/L.1.

¹¹⁵ Communications de la Commission du 7 juin 2016, COM(2016) 385 final, et du 18 octobre 2016, COM(2016) 700 final. Conclusions du Conseil européen du 20/21 octobre 2016, SN 77/16.

continue et opérationnelle par la mobilisation des instruments existants, tels les accords de réadmission ou la lutte contre les causes profondes de la migration à travers la coopération au développement, qui servira l'objectif de politique migratoire. Dans ce cadre, les pactes présentent l'avantage d'être adaptés à la situation spécifique de chaque pays partenaire. En effet, pour chaque pays partenaire, de mesures incitatives positives et négatives seront élaborées, dont l'utilisation devrait se fonder sur le principe clair selon lequel la relation globale entre l'Union et ce pays sera guidée notamment par la capacité et la volonté de celui-ci de coopérer en matière de gestion des migrations.

Cependant, l'efficacité de la nouvelle approche dépend de la coordination entre l'Union et ses Etats membres et de l'unité de leur action internationale. La Commission souligne dans ses communications, qu'un mécanisme de coordination entre les institutions de l'Union et les États membres doit être mis en place. Cela implique d'exploiter pleinement, au profit de l'Union et des États membres concernés, les relations particulières que les États membres peuvent avoir nouées avec des pays tiers.

Il ne s'agit pas toutefois de dessaisissement des Etats membres de leur propre compétence. Selon la Commission, il s'agit d'un changement dans la manière dont l'Union, conjointement avec ses Etats membres, gère ses relations en matière de migration. Nous pouvons considérer que, selon le principe de coopération loyale de l'article 4, paragraphe 3, TUE, les Etats membres devront s'abstenir d'entraver la réalisation des objectifs de l'Union, ce qui implique l'unité de l'action internationale. Quant à l'« externalisation » de l'objectif poursuivi, nous pouvons considérer que l'approche globale des objectifs d'action extérieure, exprimée dans l'article 21 TUE, qui comporte les aspects externes des autres politiques, justifie une telle démarche. Bien que la Grèce n'ait pas conclu de pactes bilatéraux ou multilatéraux avec les pays africains, qui sont prioritaires pour le lancement des pactes de l'Union, nous pouvons considérer qu'elle s'alignera sur ses obligations de loyauté en faveur de l'efficacité de l'externalisation de la politique migratoire de l'Union. Nous pouvons toutefois noter, que dans le contexte de crise actuelle, la Grèce met en question la considération de certains pays comme prioritaires, mettant au second plan les pays de l'Asie comme le Bangladesh. Elle salue toutefois la déclaration entre l'Union et la Turquie (v. supra question 23), laquelle, bien qu'elle ne s'inscrive pas dans le nouveau cadre de partenariat, témoigne de l'articulation de la gestion des migration de part et d'autre de la mer Égée, par l'instauration d'un degré de coopération sans précédent entre l'UE et un partenaire extérieur.

25.

L'article 79, paragraphe 3, TFUE attribue à l'Union une compétence externe explicite pour conclure des accords de réadmission¹¹⁶. Avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, les accords de réadmission soit étaient conclus sur la base de la compétence externe implicite de l'Union, soit les clauses de réadmission étaient incluses dans les accords de coopération avec les pays tiers¹¹⁷. Cette compétence externe explicite est partagée, selon l'article 4, paragraphe 2, TFUE et, par conséquent, son exclusivité est fonction des critères de l'article 3, paragraphe 2, TFUE. En application de cette disposition la conclusion d'un accord de réadmission par l'Union seule devrait être possible si sa conclusion est susceptible d'affecter les règles communes ou si elle est nécessaire pour permettre à l'Union d'exercer sa compétence interne. Dans un de ces cas, les Etats membres sont dessaisis de leur compétence de conclure des accords de réadmission. Toutefois, il résulte du considérant 36 du règlement 2016/1624 et de la pratique, que les Etats membres maintiennent leur compétence en la matière.

Au regard des dispositions du traité, le maintien de la compétence étatique peut s'expliquer par la distinction entre l'article 3, paragraphe 2, TFUE et l'article 216, paragraphe 1, TFUE. Selon cette dernière disposition l'Union peut conclure un accord international, même lorsque sa compétence externe n'est pas exclusive, si cela est prévu dans les traités (comme cela est le cas depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne), ou si cela est nécessaire au vu de la réalisation d'un objectif de l'Union (ce qui justifie l'exercice d'une compétence externe implicite, avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne). L'article 216, paragraphe 1, TFUE régit ainsi l'exercice de la compétence de l'Union sur le plan externe indépendamment de son exclusivité (v. supra Chapitre 1). En outre, au vu de l'objet et le contenu des accords de réadmission, leur interaction avec les règles internes reste limitée, de manière à ne pas pouvoir établir l'exclusivité de la compétence de l'Union sur les critères de l'article 3, paragraphe 2, TFUE.

La question est toutefois de savoir si la compétence de l'Union devient exclusive après la conclusion d'un accord de réadmission, en vertu du critère d'affectation des règles communes et, précisément, au regard des règles de l'accord conclu.

La pratique montre à cet égard que l'effet de préemption est déterminé par l'accord même conclu par l'Union. Si la conclusion d'un accord de réadmission par l'Union n'est pas dictée par l'affectation des règles communes, ni par le critère de nécessité, de manière à laisser la compétence des Etats membres intacte tant que l'Union ne décide pas de l'exercer à l'égard d'un Etat tiers, l'exercice de la

¹¹⁶ "L'Union peut conclure avec des pays tiers des accords visant la réadmission, dans les pays d'origine ou de provenance, de ressortissants de pays tiers qui ne remplissent pas ou qui ne remplissent plus les conditions d'entrée, de présence ou de séjour sur le territoire de l'un des Etats membres".

¹¹⁷ M. Papakonstandis, *Les politiques de l'Union européenne : externe, agricole, migratoire*, (en grec), Athènes-Thessalonique, Sakkoulas, 2016, p. 297 et s. La Cour de justice a considéré en effet que les dispositions relatives à la réadmission des migrants irréguliers contribuent également à la poursuite des objectifs de la coopération au développement et ne nécessitent pas le recours à d'autres bases juridiques. V. arrêt de la Cour du 11 juin 2014, *Commission c Conseil*, C-377/12, ECLI:EU:C:2014:1903.

compétence de l'Union conduit à l'adoption de règles qui seraient affectées par le maintien de la compétence des Etats membres. Or, les termes de l'accord peuvent prévenir le conflit en excluant la compétence étatique ou, au contraire, autoriser la coexistence des normes, selon une approche géographique au cas par cas.

Ainsi, les accords de réadmission conclus par l'Union prévoient l'élaboration des protocoles d'application entre les Etats membres et l'Etat tiers cocontractant, sur certaines questions, comme la désignation des autorités compétentes ou les modalités de retour selon une procédure accélérée. Selon les clauses d'autres accords de réadmission, les Etats membres sont dessaisis de leur compétence dans la mesure où les questions sont traitées par l'accord conclu par l'Union¹¹⁸ où dans la mesure où les dispositions de l'accord conclu par les Etats membres sont incompatibles avec celles de l'accord conclu par l'Union¹¹⁹.

La Grèce a signé les protocoles d'application des accords de réadmission conclus par l'Union¹²⁰ et a des accords bilatéraux de réadmission avec la Bosnie-Herzégovine¹²¹ et la Turquie. Concernant l'accord avec la Turquie, il s'agit du protocole mettant en œuvre la clause de réadmission de l'article 8 de l'accord de coopération policière entre la Grèce et la Turquie¹²². Dans tous les cas, la position dominante auprès des autorités compétentes grecques consiste dans la reconnaissance de l'effet préemptif de la conclusion par l'Union d'un accord de réadmission avec un Etat tiers.

La Grèce n'a pas conclu de nouveaux accords de réadmission après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, mais applique les accords conclus par l'Union. A cet égard, les autorités grecques remarquent le bon fonctionnement de l'accord conclu entre l'Union et la Géorgie et déplorent les failles dans l'application de l'accord de réadmission UE-Pakistan, soulignant notamment l'absence de coopération de la part des autorités pakistanaises qui n'éditent pas les documents de voyage nécessaires pour faciliter la réadmission¹²³.

Concernant les accords de réadmission conclus déjà entre la Grèce et un pays tiers, il est considéré que ceux-ci sont remplacés par l'accord conclu par l'Union¹²⁴. Pour la doctrine hellénique, la conclusion de l'accord entre l'Union et le pays tiers

¹¹⁸ V. par exemple, l'accord de réadmission UE-Russie, JO L 129 du 17 mai 2007.

¹¹⁹ V. par exemple, l'accord de réadmission UE-Pakistan, JO, L 287, du 4 novembre 2010.

¹²⁰ Le protocole d'application de l'accord de réadmission UE-Russie est ratifié par la loi 4466/2017. La Grèce a signé, mais pas encore ratifié, les protocoles d'application des accords de réadmission UE-Serbie (le 11 septembre 2013), UE-Moldavie (le 28 mars 2014)

¹²¹ Loi 3547/2007, JO A 67 du 20 mars 2007.

¹²² Loi 3030/2002, JO A 63 du 15 juillet 2002

¹²³ Rapport de l'Institut des Relations Internationales de l'Université Panteion d'Athènes, pour le Ministère des Affaires Intérieures, 2014. V. http://emn.ypes.gr/images/docs/EMN_FOCUSED_STUDIES/EMN_STUDIES_2014/12b_greece_emn_national_report_return_reintegration_el.pdf (en grec).

¹²⁴ Le protocole d'application de l'accord de réadmission UE-Bosnie-Herzégovine est en cours d'élaboration.

exprime le consentement tant du pays tiers que de la Grèce de mettre fin à leur accord bilatéral, qui sera remplacé par le nouveau avec l'Union¹²⁵.

Il convient toutefois de noter le cas particulier du protocole mettant en œuvre la clause de réadmission de l'article 8 de l'accord de coopération policière entre la Grèce et la Turquie. Ce protocole, entré en vigueur le 5 août 2002, continue à s'appliquer pendant une période transitoire de 3 ans, à partir de l'entrée en vigueur de l'accord de réadmission entre l'Union européenne et la Turquie, le 1^{er} octobre 2014¹²⁶. Or, à partir du 1^{er} octobre 2017, l'accord de réadmission UE-Turquie se substitue au protocole bilatéral conclu entre la Grèce et la Turquie.

Pendant la durée d'application du protocole bilatéral Grèce-Turquie la procédure qui y est prévue s'applique aux cas de retour des migrants irréguliers, suivant le rejet de leurs recours contre les décisions des commissions d'appel par les juridictions administratives. La déclaration UE-Turquie est ainsi mise en application selon le protocole de réadmission. Dans ce cadre, l'article 60 de la loi 4375/2016, transposant la directive 2013/32/UE (supra, n°23) et modifié par l'article 86 de la loi 4399/2016¹²⁷, met en place une procédure accélérée de rapatriement des migrants irréguliers lorsque ceux-ci proviennent d'un pays d'origine sûr, comme il est prévu par l'article 31, paragraphe 8, de ladite directive. Le Conseil d'Etat hellénique, dans ses décisions du 22 septembre 2017¹²⁸ (supra, n°23), a considéré que la procédure accélérée selon l'article 31 de la directive 2013/32/UE est une *lex specialis* qui déroge aux garanties procédurales prévues par les dispositions d'autres textes de l'Union (comme la directive 2001/55/CE¹²⁹). Par conséquent, sa mise en application ne nécessite pas l'adoption d'une décision ministérielle préalable, ni une décision du Conseil qui constate l'afflux massif de personnes. Cela est le sens l'article 80 de la loi 4375/2016, par dérogation à l'article 60 de la même loi, dispositions qui donnent la possibilité aux groupes vulnérables de ne pas être inclus dans cette procédure accélérée, suivant un examen individuel au sein duquel la charge de preuve incombe au requérant. Le Conseil d'Etat hellénique a en outre confirmé la légalité de l'implication du Bureau européen d'appui en matière d'asile (BEAA ou EASO) dans la procédure d'entretien individuel et a considéré comme conforme à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux et le droit à une protection juridictionnelle effective l'absence d'entretien individuel en deuxième ressort sous condition d'accès à la transcription de l'entretien en première instance, à moins que l'autorité compétente l'estime nécessaire.

¹²⁵ M. Perakis, « L'accord du 18 mars 2016 entre l'Union européenne et la Turquie : une première évaluation juridique et pratique » (en grec), *Revue trimestrielle de droit européen (ΕΕΕρρΔ)*, n°2/2016, p. 149.

¹²⁶ JO L 134 du 7 mai 2014, p. 3.

¹²⁷ JO A 117 du 22 juin 2016.

¹²⁸ Symvoulío Epikrateias (ΣΤΕ), ass. arrêt n°2347/2017 et arrêt n° 2348/2017, paragraphes 30-34.

¹²⁹ Directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, JO L 212 du 7 août 2001, p. 12.

