

Participation à l'Union européenne et règlement juridictionnel des différends entre États membres

L'obsession du contrôle de la CJUE?

Mémoire réalisé par
Alexandra Guillaume

Promoteur
Pierre d'Argent

Année académique 2016-2017
Master en droit

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Ce mémoire est l'aboutissement de cinq merveilleuses années d'études.

J'aimerais remercier avant tout mon promoteur, monsieur Pierre d'Argent, pour son encadrement dans la réalisation d'un projet dont la thématique est en parfaite harmonie avec mes affinités.

J'adresse également mes remerciements à l'Université de Namur et à son corps professoral, pour avoir éveillé ma passion pour le droit dans le cadre d'un climat d'apprentissage quasi familial. Je compterai certains des étudiants que j'y ai rencontré parmi mes plus proches amis pour le reste de ma vie.

Je remercie également tous les autres professeurs qui ont contribué à ma formation de future juriste, en particulier ceux qui, par leur enseignement, ont su nourrir mon intérêt pour le droit européen et international.

Merci à monsieur Albert Henke, professeur à l'Université degli Studi di Milano, pour l'échange intéressant que nous avons eu au sujet de la problématique étudiée.

Je remercie également Mathilde Vandormael, étudiante-monitrice au sein du département de droit international public de l'Ulg, pour avoir pris le temps de relire ce mémoire et m'avoir fait partager ses critiques constructives.

Merci à mon amie Nina pour m'avoir soutenue, conseillée et rassurée durant mes années d'études.

Enfin, je remercie plus que quiconque ma maman, Sandrine Christiaens, et ma petite soeur, Virginie Guillaume. Un tel parcours n'aurait pas été possible sans leur soutien et leur amour.

Introduction

« Tous les juges ‘internationaux’ sont les porte-voix d’un ordre juridique unique »¹ au service duquel ils ont été chargés de veiller au respect d’un droit. Au cours des dernières décennies, les juridictions internationales n’ont cessé de se multiplier, ce qui conduit à s’interroger sur les conditions de leur cohabitation mutuelle². Si l’articulation des compétences des différents juges internationaux pour trancher les différends interétatiques est déjà difficile à gérer au niveau international, à défaut d’existence, en droit international, de système hiérarchique propre à l’organiser³, une cohabitation semble encore plus compliquée à réaliser lorsque l’on considère la relation que cette variété de juges internationaux entretiennent avec la juridiction suprême d’un autre ordre juridique, qui n’a jamais cessé de proclamer son autonomie face à l’ordre juridique international⁴, la Cour de justice de l’Union européenne.

À la lecture des traités, la CJUE est investie de la compétence de résoudre les litiges entre les États membres portant sur l’application et l’interprétation du droit de l’Union⁵. Mais, considérant la jurisprudence européenne, on constate que, pour le juge européen, ‘le droit de l’Union’ couvre également les traités internationaux conclus par l’Union, ces derniers étant par lui assimilés à des actes pris par les institutions européennes, au sens de l’article 216 § 2 TFUE⁶. Une telle position a pour effet d’étendre le pouvoir de juridiction de la Cour de Luxembourg à des domaines relevant, certes, du droit international, mais qu’elle considère intégrés dans son ordre juridique. D’où, évidemment, la possibilité d’une concurrence entre les voies de recours du droit international et la CJUE lorsqu’un différend entre deux États membres naît de la violation par l’un d’eux d’un accord international auquel l’Union est partie. Si une telle situation venait à se produire, les États membres concernés jouiraient-ils de la liberté de choisir la juridiction devant laquelle porter leur litige?

Si les États membres de l’Union conservaient leur qualité de sujet du droit des gens sous l’angle du règlement des différends internationaux, ils bénéficieraient d’une règle de liberté, en

¹ J. VERHOEVEN, « Sur les relations entre le juge communautaire et les autorités internationales », *A.F.D.I.*, 2008, p. 13.

² *Ibid.*, p. 3.

³ N. LAVRANOS, « Concurrence of jurisdiction between the ECJ and other International Courts and Tribunals », 2005, *Archive of European integration (A.E.I.)*, pp. 7-11, disponible sur <http://aei.pitt.edu> (visité la dernière fois le 9 août 2017).

⁴ J. CAZALA, « La contestation de la compétence exclusive de la Cour de justice des Communautés européennes. Etude des relations entre divers systèmes internationaux de règlement des différends », *Rev. Trim. Dr. Eur*, 2004, liv. 3, p. 505.

⁵ En vertu des dispositions combinées des articles 19 TUE (lequel remplace, en substance, l’ex-article 220 TCE) et 259 TFUE (ex-article 227 TCE); voy. les conclusions de l’Avocat général M. Poiares MADURO dans l’affaire de l’*Usine Mox*, pt. 8 (CJCE, 30 mai 2006, *Commission c. Irlande*, C-459/03, *Rec. p.* I-04635).

⁶ CJCE, 30 avril 1974, *Haegeman c. Etat belge*, aff. 181/73, *Rec. p.* 449, pts. 4-5.

vertu de l'article 33 de la Charte des Nations Unies⁷. Mais, en décidant de participer à l'Union, ils se sont engagés, en vertu de l'article 344 TFUE (ex-article 292 TCE), à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application du droit européen à un autre juge que la CJUE. Cette disposition institue, au bénéfice de la CJUE, ce que l'on a appelé un « monopole juridictionnel » pour connaître des litiges entre États membres relevant de l'ordre juridique européen⁸. En construisant notre réflexion autour de 344 TFUE, il s'agira d'examiner ce que recouvre l'exclusivité de la compétence du juge européen, en vue de déterminer ce que le fait pour un État de participer à l'Union européenne vient à changer quant aux possibilités qu'il a de saisir des juridictions internationales⁹.

Dans le premier chapitre, nous expliciterons, à titre introductif, le contexte dans lequel la problématique étudiée se pose, à savoir celui de la concurrence entre plusieurs juridictions. Le constat qu'il existe des chevauchements de compétence entre le juge européen et le juge international pour connaître des litiges entre États membres nous conduira à nous interroger sur l'existence d'éventuels mécanismes propres à coordonner leur pouvoir juridictionnel respectif, ce qui nous permettra d'introduire l'article 344 TFUE, qui a précisément cet objet¹⁰.

À l'occasion des chapitres suivants, nous examinerons comment la compétence exclusive de la CJUE en matière de droit européen se déploie, d'une part, dans l'ordre juridique de l'Union (deuxième chapitre) ; d'autre part, dans l'ordre juridique international (troisième chapitre). Nous utiliserons la jurisprudence européenne et internationale comme toile de fond de notre réflexion.

Dans un premier temps, nous nous concentrerons sur l'ordre juridique de l'Union. L'angle de vue européen s'est construit sur le prescrit de l'article 344 TFUE, que la CJUE a eu l'occasion d'appliquer pour la première fois de manière contentieuse dans l'affaire de l'*Usine Mox*¹¹, et qu'elle a invoqué plus récemment pour justifier l'incompatibilité du projet d'accord portant adhésion de l'Union européenne à la CEDH dans l'avis 2/13¹². L'analyse de ces deux

⁷ P. d'ARGENT, « Participation à l'Union européenne et règlement juridictionnel des différends entre États », Cahiers du CeDIE working papers, n° 2013/05, p.5, disponible sur <https://cdn.uclouvain.be> (visité la dernière fois le 9 août 2017).

⁸ Conclusions de l'Avocat général M. Poiares MADURO dans l'affaire de l'*Usine Mox*, pt.9 ; N. MACKEL, « article 292 (ex-article 219) », in LEGER, Ph. (dir.), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Helbing & Lichtenhahn, Dalloz/Bruylant, Paris/Bruxelles, 2000, , p. 1874.

⁹ P. d'ARGENT, « Participation à l'Union... », *op. cit.*, p. 5.

¹⁰ N. LAVRANOS, « The Mox Plant and Ijzeren Rijn disputes : Which Court is the Supreme Arbiter ? », *L.J.I.L.*, 2006, 19, p. 224.

¹¹ CJCE, 30 mai 2006, *Commission c. Irlande*, C-459/03, *Rec. p.* I-4635 (ci-après, arrêt *Mox*).

¹² CJUE, Avis 2/13 du 18 décembre 2014 (adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales) (ci-après, Avis 2/13).

jurisprudences, contentieuse et consultative, révélera la portée maximale que la disposition étudiée reçoit dans la jurisprudence européenne, à tel point que nous en viendrons à nous demander si la CJUE pourrait élargir encore son interprétation en invoquant l'article 344 TFUE comme motif d'incompatibilité de l'*Investment Court System*, prévu par l'Accord économique et commercial global UE-Canada (CETA), dans l'hypothèse où la Belgique la saisisrait de la demande d'avis qu'elle s'est engagée à introduire. Une réponse positive impliquerait que l'efficacité de l'article 344 TFUE, jusqu'à présent limitée aux relations litigieuses interétatiques, s'étendrait également aux différends qui opposent un État membre et une personne privée, en l'espèce l'investisseur étranger.

Dans un second temps, nous nous détournerons de la perspective européenne pour envisager une approche internationale de la problématique. Il s'agira de se demander comment l'article 344 TFUE, dont les effets sont pourtant limités à l'ordre juridique européen, rejaillit sur le système juridictionnel international. Nous y réfléchirons à partir des attitudes adoptées par les quatre juges internationaux qui ont été confrontés à un litige entre deux États membres dans les affaires de l'*Usine Mox* et du *Rhin de fer*. Le constat de leur divergence de vues dans la manière de gérer le monopole juridictionnel de la CJUE nous conduira à nous interroger sur l'attitude internationale à préconiser.

Nous terminerons notre analyse en étudiant les conséquences que le monopole juridictionnel de la CJUE, tel qu'interprété par cette dernière, implique pour les juges internationaux d'une part, et pour les États membres d'autre part. Cela nous amènera, avant de conclure, à suggérer certaines solutions en vue d'éviter que les prérogatives dont, en principe, ils bénéficient en leur qualité d'organes et de sujets de droit international, ne soient trop affectées.

Aussi clair que l'article 344 TFUE puisse paraître à la première lecture, il n'en demeure pas moins que les situations de concurrence susceptibles de naître entre les juridictions internationales et la CJUE pour résoudre les litiges entre deux États membres soulèvent une série de questions complexes, tant au niveau européen qu'international. C'est ce qui a suscité notre intérêt pour le sujet et notre souhait d'y consacrer un mémoire. Nous espérons apporter une mise à jour pertinente, un état des lieux synthétique, critique et actuel de la problématique.

CHAPITRE I. LE RISQUE DE CONCURRENCE ENTRE LE JUGE EUROPÉEN ET LE JUGE INTERNATIONAL

Le nombre d'organes juridictionnels internationaux a considérablement augmenté depuis la seconde moitié du siècle dernier¹³. Aujourd'hui, le droit international met à disposition des États une large variété de juges ou d'arbitres dont ils peuvent obtenir la résolution de leurs différends, sous réserve de leur consentement préalable¹⁴. À titre d'exemples, nous pensons au Tribunal international du droit de la mer, à la Cour internationale de justice, à la Cour pénale internationale, à l'Organe de règlement des différends de l'OMC, aux deux Tribunaux pénaux internationaux (TPIY et TPIR)¹⁵. Chacune de ces juridictions est créée par un traité international spécifique et tire sa légitimité de cet acte¹⁶.

Le niveau européen est, quant à lui, le lieu d'un élargissement continu des compétences de sa juridiction, la Cour de justice de l'Union européenne. Si l'on consulte les traités, la fonction première de cette dernière est définie à l'article 19 TUE (lequel remplace en substance l'ex-article 220 TCE) qui prévoit que la CJUE « assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités »¹⁷. Mais le prescrit de cette disposition doit être entendu au regard des développements du droit européen, qui sont considérables. En effet, chaque extension des compétences externes de l'Union européenne dans un domaine qui, auparavant, était régi par le droit international par le biais de traités conclus entre États souverains (par exemple, les droits de l'homme, le commerce, l'environnement, etc.) entraîne, naturellement, un élargissement proportionnel de la compétence juridictionnelle du juge européen dans la matière qui, désormais, relève de la compétence de l'Union¹⁸. De plus, la manière dont la Cour perçoit les traités internationaux conclus par l'Union, seule ou aux côtés de ses États membres, joue également en faveur d'un élargissement de son pouvoir de juridiction. En effet, dans sa

¹³ C. SEMMELMANN, « Forum shopping between UNCLOS arbitration and EC adjudication - And the winner ... should be ... the ECJ! », *European Law Reporter*, 2006, p.236.

¹⁴ Y. SHANY, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford, Oxford university press, 2003, p. 2.

¹⁵ De nombreux auteurs de doctrine, spécialisés en droit international public, font part de leur crainte de voir cette prolifération mener à une fragmentation du droit international public, à défaut d'existence, en droit international, de système hiérarchique propre à organiser les compétences de ces différentes juridictions internationales afin de prévenir les éventuels conflits de compétence et le risque de jugements contradictoires susceptible d'en résulter. À ce propos, voy. les développements de N. LAVRANOS dans « Concurrence of jurisdiction... », *op. cit.*, pp.7-11.

¹⁶ C. SEMMELMANN, *op. cit.*, p.237.

¹⁷ Article 19 §1 TUE.

¹⁸ N. LAVRANOS, « Freedom of member states to bring disputes before another court or tribunal: Ireland condemned for bringing the MOX plant dispute before an arbitral tribunal. Grand Chamber decision of 30 May 2006, Case C-459/03, *Commission v. Ireland* », *E.C.L.R.*, 2006, Vol.2, p. 459 ; N. LAVRANOS, « On the Need to Regulate Competing Jurisdictions between International Courts and Tribunals », 2009, EUI Working Paper MWP, 2009/14, p. 9, disponible sur <http://cadmus.eui.eu> (visité la dernière fois le 9 août 2017).

jurisprudence, elle assimile les accords internationaux conclus par l'UE à des actes adoptés par les institutions européennes au sens de l'article 216 § 2 TFUE (ex-article 300, paragraphe 7 TCE) et considère, dès lors, leurs dispositions comme parties intégrantes de l'ordre juridique de l'Union à partir de leur entrée en vigueur, d'où sa compétence pour en connaître^{19 20}. Notons que ceci est vérifié même lorsque le traité en cause est un accord mixte, ces derniers ayant, aux yeux de la Cour, le même statut dans l'ordre juridique de l'Union que les accords purement européens, s'agissant des dispositions qui relèvent de la compétence de l'Union²¹. Considérant d'une part, l'extension des relations extérieures de l'Union, et d'autre part, la jurisprudence européenne s'y rapportant, on constate en effet que le juge européen est de plus en plus amené à statuer sur des questions litigieuses dont la résolution implique d'interpréter et d'appliquer le droit international conventionnel, une tâche qui, pourtant, revient en principe à un autre juge international²².

Ces premières considérations permettent de cerner le contexte juridique qui encadre notre étude et justifie, à notre sens, son intérêt. Il se caractérise par deux phénomènes concomitants: une CJUE toujours plus destinée à interpréter des aspects de droit international dès l'instant où ces derniers font partie intégrante du droit communautaire et une multiplication de juges internationaux dotés d'un pouvoir de juridiction dans des domaines relevant du droit international qui, après leur intégration dans l'ordre juridique européen, sont aussi régis par le droit de l'Union²³. Dans un tel contexte, il se peut qu'un litige entre deux États membres, né de la mauvaise application par l'un d'eux d'un accord international conclu par l'UE, seule ou aux côtés de ses États membres, soulève à la fois des questions de droit international et de droit européen et soit, de ce fait, susceptible de relever de la compétence juridictionnelle de deux juges, au service de deux ordres juridiques différents: le juge international et le juge de l'Union européenne. C'est précisément la situation envisagée par la doctrine juridique lorsqu'elle parle

¹⁹ En ce sens, CJCE, 30 avril 1974, *Haegeman c. Etat belge*, aff. 181/73, *Rec.* p. 449, pts. 4-6; CJCE, 26 octobre 1982, *Kupferberg*, aff. 104/41, *Rec.* p. 3641 pt. 13 ; CJCE, 30 septembre 1987, *Demirel*, aff. 12/86, *Rec.* p. 3719, pt. 7; CJCE, 16 juin 1998, *Hermès*, C-53/96, *Rec.* p. I-3603, pt 24-33 ; CJCE, 14 décembre 2000, affaires jointes *Dior e.a et Assco.*, C-300/98 et C-392/98, *Rec.* p. I-11307, pts. 33-39; CJCE, 13 septembre 2001, *Schieving-Nijstad*, C-89/99, *Rec.* p. I-5851, pt. 30 ; CJCE, 10 janvier 2006, *IATA et ELFAA*, C-344/04, *Rec.* p. I-403, pt. 36 ; voy. aussi J.-V. LOUIS, « L'insertion des accords dans l'ordre juridique de la communauté et le droit des États membres », in LOUIS, J.-V et DONY, M. (dir.), *Commentaires J. Megret : Le droit de la CE et de l'Union européenne. Relations extérieures*, vol. 12, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2005, p. 113.

²⁰; N. LAVRANOS, « On the Need ... », *op. cit.*, p. 9.

²¹ En ce sens, CJCE, 30 septembre 1987, *Demirel*, aff. 12/86, *Rec.* p. 3719, pt. 9 ; CJCE, 19 mars 2002, *Commission c. Irlande*, C-13/00, *Rec.*, p. I-2943, pt. 14 ; CJCE, 30 mai 2006, *Commission c. Irlande*, C-459/03, *Rec.* p. I-4635, pt. 84 ; voy. aussi J. CAZALA, *op. cit.*, p. 526.

²² N. SCHRIJVER, « Case C-459/03, Commission of the European Communities v. Ireland, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 30 May 2006, [2006] ECR I-4635 », *Com. M.L.R.*, 2010, Vol. 47, n° 3, p. 870.

²³ N. LAVRANOS, « On the Need... », *op. cit.*, p. 12.

de ‘concurrence’ ou de ‘chevauchement de compétence juridictionnelle’. Bien que le problème de la concurrence se pose en des termes similaires entre les juridictions internationales, notre analyse se focalisera sur la concurrence entre le juge européen et le juge international, laquelle est dite « horizontale », par opposition à la concurrence juridictionnelle « verticale » qui existe entre la CJUE et les juridictions nationales des États membres²⁴.

Pour qu’une véritable situation de concurrence voie le jour, deux conditions doivent *a priori* être réunies simultanément: d’une part, l’existence entre les États membres parties au différend d’une base de compétence en faveur d’une procédure internationale de règlement des différends, laquelle ne peut résulter que du consentement préalable des États concernés²⁵, et d’autre part, la nécessité de passer, au moins pour partie, par l’interprétation ou l’application des règles relevant du droit de l’Union européenne pour résoudre le litige²⁶.

Ces situations de concurrence conduisent à s’interroger sur l’existence d’éventuels mécanismes propres à coordonner les différents pouvoirs juridictionnels en désignant, selon le cas, la juridiction – européenne ou internationale – appropriée pour trancher le différend. C’est précisément l’objet de l’article 344 TFUE. En effet, en prévoyant que la Cour de Luxembourg exerce sa mission selon le principe de la compétence exclusive, cette disposition entend résoudre les problèmes de concurrence en faveur de la juridiction européenne²⁷.

Dans le second chapitre, nous analyserons cette disposition et ses implications du point de vue de l’ordre juridique européen. Dans le troisième chapitre, nous verrons comment la compétence exclusive de la CJUE à l’égard des litiges entre États membres est perçue par les juridictions de l’ordre juridique international, la disposition du traité européen étant dépourvue d’efficacité à leurs égards.

CHAPITRE II. LA COMPÉTENCE EXCLUSIVE DE LA CJUE DANS L’ORDRE JURIDIQUE EUROPÉEN

SECTION I. L’article 344 TFUE: cadre général

§1. Présentation générale du principe de la compétence exclusive

Il est rare pour une disposition des traités fondateurs de l’UE d’être restée dans l’ombre de la jurisprudence de la CJUE et de la doctrine pendant près de cinquante ans depuis la

²⁴ *Ibid.*, p.2.

²⁵ Y. SHANY, *The Competing Jurisdictions...*, *op. cit.*, p. 2.

²⁶ P. d’ARGENT, « Participation à l’Union... », *op. cit.*, p. 8.

²⁷ N. LAVRANOS, « The Mox Plant and Ijzeren Rijn disputes... », *op. cit.*, p. 224.

fondation de l'Union européenne²⁸. Ce fut pourtant le cas de l'article 344 TFUE²⁹. Cette disposition stipule, sans autoriser d'exceptions, que « Les États membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par ceux-ci »³⁰. Par son prescrit, l'article 344 TFUE institue ce que l'on a appelé le « monopole juridictionnel » de la Cour de justice pour trancher les différends entre États membres relatifs à l'interprétation et à l'application du droit de l'Union européenne³¹.

À l'origine, cette disposition a été imaginée pour lutter contre la tendance des États à donner le dernier mot à leurs juridictions nationales en matière d'application et d'interprétation du droit communautaire³². Mais c'est d'une manière différente que nous l'envisageons dans le cadre de notre étude. À une époque où les États peuvent obtenir le règlement de leurs différends devant une variété de juridictions internationales, il s'agira plutôt de considérer l'article 344 TFUE comme une arme efficace à disposition de la CJUE, lui permettant de prévenir les situations de mise à l'écart de sa compétence s'agissant des litiges relevant de l'ordre juridique de l'Union européenne³³. À notre estime, c'est d'ailleurs la prolifération des juridictions internationales susceptibles d'entrer en concurrence avec la CJUE et le risque de les voir interpréter et appliquer le droit de l'UE qui sont, très certainement, à l'origine de la pertinence que la disposition a acquise ces dernières années à la fois en jurisprudence et dans les articles doctrinaux qui la commentent.

²⁸ N. LAVRANOS, « Freedom ... », *op. cit.*, p.456.

²⁹ N. LAVRANOS, « Freedom ... », *op. cit.*, p.456, avant la première véritable application contentieuse de l'article 344 TFUE par la CJUE dans l'arrêt *Mox* du 30 mai 2006, la Cour n'avait eu qu'à quelques reprises l'occasion d'en apprécier la portée et, toujours, dans le cadre de sa compétence consultative, voy. CJCE, Avis 1/91 du 14 décembre 1991 (accord sur la création de l'Espace économique européen), *Rec.* p. I-6079, pt. 35 ; CJCE, Avis 1/00 du 18 avril 2002 (accord sur la création d'un espace aérien européen commun), *Rec.* p. I-3493, pt. 17 ; CJUE, Avis 1/09 du 8 mars 2011 (juridiction du brevet européen et du brevet communautaire), *Rec.* p. I-01137, pt. 63. L'article 344 TFUE (ex-article 219) avait aussi été invoqué devant la Cour de justice à l'occasion de la demande d'avis introduite par la Commission au sujet du projet d'accord relatif à l'institution d'un Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure comme motif d'incompatibilité, mais la Cour ne s'y est pas expressément référée dans l'avis qu'elle a émis, bien qu'elle ait quand même conclu à l'incompatibilité du projet d'accord avec le traité CEE, voy. CJCE, Avis 1/76 du 26 avril 1977 (fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure), *Rec.* 1977, p. 741, pts. 17-22.

³⁰ Article 344 TFUE.

³¹ N. MACKEL, « article 292 (ex-article 219) », in LEGER, Ph. (dir.), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Helbing & Lichtenhahn, Dalloz/Bruylant, Paris/Bruxelles, 2000, p. 1874 ; conclusions de l'Avocat général M. Poiares MADURO dans l'affaire de l'*Usine Mox*, pt. 9.

³² J. CAZALA, *op. cit.*, pp. 521-522 ; voy. par exemple, BverfGE 37, 271, *Solange I*, R.T.D.E., 1975, p.316, dans cet arrêt la Cour Constitutionnelle allemande affirme qu'aussi longtemps que le respect général des droits fondamentaux à l'échelon communautaire ne sera pas garanti par la CJCE, la Haute juridiction allemande exercera elle-même un contrôle du droit communautaire.

³³ J. CAZALA, *op. cit.*, pp. 505 et 522.

Pour mettre en oeuvre la compétence exclusive de la CJUE dans l'ordre juridique de l'Union, le constituant communautaire a décidé de mettre à charge des États membres une obligation de ne pas faire, le libellé de l'article 344 TFUE interdisant aux États membres de soumettre pour décision des questions d'interprétation ou d'application du droit de l'Union à tout autre mode de règlement que ceux prévus par les traités³⁴. Au fond, c'est un devoir de loyauté au système judiciaire européen que les États membres ont accepté d'assumer lorsqu'ils se sont engagés à régler leurs différends au moyen des procédures mises à leur disposition par les traités³⁵.

Dans la jurisprudence européenne, le monopole du règlement des différends portant sur l'interprétation et l'application du droit européen détenu par la CJUE reçoit une interprétation stricte. Nous le déduisons notamment de la position adoptée par le juge européen à l'occasion de l'exercice de sa compétence consultative en vue d'apprécier la compatibilité avec le droit de l'Union de divers systèmes de contrôle juridictionnel mis en place dans des projets d'accord internationaux³⁶. Bien que ne faisant pas tous explicitement référence à l'article 344 TFUE, les avis 1/76, 1/91, 1/92, 1/00, 1/09 et, plus récemment, l'avis 2/13, véhiculent, parmi d'autres, une telle interprétation³⁷. Nous reviendrons plus en profondeur sur l'interprétation que l'article 344 reçoit du juge européen.

Dans les lignes qui suivent, nous examinerons brièvement les contours de l'article 344 TFUE. Nous nous intéresserons à ses notions, ses conditions, aux objectifs qu'il poursuit, ainsi qu'aux conséquences de son non respect.

§2. Notions

Commençons par analyser les notions pivots de la disposition.

³⁴ A. BARAV, « article 219 », in V. CONSTANTINESCO, J.-P. JAQUE, R. KOVAR et D. SIMON (dir.), *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Economica, 1992, p. 1375 ; P. d'ARGENT, « De la fragmentation à la cohésion systémique: la sentence arbitrale du 24 mai 2005 relative au 'Rhin de fer' », in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 1122.

³⁵ Conclusions de l'Avocat général M. Poiares MADURO dans l'affaire de l'*Usine Mox*, pt. 10. Dans l'affaire de l'*Usine Mox* et dans son avis 2/13, la CJUE a considéré que l'article 344 TFUE devait être compris comme une manifestation spécifique du devoir plus général de loyauté qui s'impose aux États membres en vertu de l'article 4 § 3 TUE, voy. arrêt *Mox*, pt. 169 et Avis 2/13, pt. 202.

³⁶ D. SIMON, « Les juridictions régionales concourent-elles au renforcement ou à l'émiettement du droit international ? », in O. DELAS, R. COTE, F. CREPEAU et P. LEPRECHT (dir.) *Les juridictions internationales: complémentarité ou concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 64.

³⁷ Voy. CJCE, Avis 1/76 du 26 avril 1977, *Rec.* 1977, p. 741 pts. 17-22 ; CJCE, Avis 1/91 du 14 décembre 1991, *Rec.* p. I-6079, pt. 35 ; à propos de l'Avis 1/91 voy. aussi D. SIMON et A. RIGAUX, « L'avis de la Cour de justice sur le projet d'accord CEE/AELE portant création de l'Espace économique européen (EEE) », *Europe*, 1992, chron. 2 ; CJCE, Avis 1/92 du 10 avril 1992 (second accord sur la création de l'Espace économique européen), *Rec.* p. I-2821 ; CJCE, Avis 1/00 du 18 avril 2002, *Rec.* p. I-3493, pt. 17 ; CJUE, Avis 1/09 du 8 mars 2011, *Rec.* p. I-01137, pt. 63 ; CJUE, Avis 2/13 du 18 décembre 2014, pts. 201-214.

La notion de *différend* doit, semble-t-il, être interprétée largement pour englober tout désaccord, divergence de vue entre États membres à propos de l'application ou de l'interprétation du droit de l'Union³⁸.

Les modes de règlement autres que ceux prévus par les traités visent non seulement le règlement arbitral ou judiciaire international, mais également tout autre procédé de résolution des litiges³⁹. En effet, l'exclusivité doit être envisagée de façon générale, par opposition à toute instance extérieure au système juridique européen.

En faisant référence à *l'interprétation ou à l'application des traités*, la disposition ne vise pas seulement les dispositions des traités à strictement parler, mais plus largement tout le droit de l'Union européenne, qu'il soit d'origine interne ou externe⁴⁰. Les actes de droit dérivé pris en application des traités, les protocoles qui leur sont annexés, les traités modificatifs, les traités d'adhésion ainsi que les traités internationaux conclus par l'Union et faisant partie intégrante du droit de l'Union européenne sont, par conséquent, également concernés⁴¹. Nous pouvons déjà constater que, visiblement, c'est la nature du droit applicable (en tout ou en partie) au différend qui détermine la compétence d'un juge, de même que le caractère exclusif de sa compétence⁴².

§3. Objet

L'objet de l'article 344 TFUE est d'assurer une interprétation et une application uniformes, cohérentes et correctes du droit de l'Union européenne⁴³ et ce, aux fins de servir un objectif plus fondamental encore aux yeux de la Cour de Luxembourg: celui de préserver l'autonomie de l'ordre juridique européen tel qu'il est établi par les traités fondateurs⁴⁴. Pour le juge européen, la préservation de l'autonomie de son ordre juridique suppose nécessairement de l'investir d'une compétence exclusive pour interpréter et appliquer le droit que cet ordre

³⁸ A. BARAV, *op. cit.*, p. 1375.

³⁹ N. MACKEL, *op. cit.*, p. 1874 ; A. BARAV, *op. cit.*, p. 1376 ; Y. KERBRAT et Ph. MADDALON, « Affaire de l'Usine Mox: la CJUE rejette l'arbitrage pour le règlement des différends entre Etats membres », *Rev. Trim. Dr. Eur*, 2007, p. 176.

⁴⁰ Ph. MANIN, *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, Paris, Pedone, 2004, n°629, p. 317.

⁴¹ N. MACKEL, *op. cit.*, p. 1874 ; A. BARAV, *op. cit.*, p. 1375.

⁴² P. d'ARGENT, « Participation à l'Union... », *op. cit.*, p. 10.

⁴³ Voy. CJCE, 16 juin 1998, *Hermès*, C-53/96, *Rec. p.* I-3603, pts 32 et 33, la Cour justifie l'extension de son pouvoir de juridiction au traité international en insistant sur la nécessité d'assurer l'unité et la cohérence du droit communautaire dans tous les Etats membres.

⁴⁴ Conclusions de l'Avocat général M. Poiares MADURO dans l'affaire de l'*Usine Mox*, pt. 10; Y. KERBRAT et Ph. MADDALON, *op. cit.*, p. 174 ; N. LAVRANOS, « The Mox Plant and Ijzeren Rijn disputes... », *op. cit.*, p. 234 ; N. LAVRANOS, « Freedom... », *op. cit.*, p.464 ; J. BOULOUIS, « Le droit des communautés européennes dans ses rapports avec le droit international général », *R.C.A.D.I.*, 1992, IV, p. 43 ; pour davantage de développements sur l'autonomie de l'ordre juridique communautaire, voy. D. SIMON, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », in *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, Colloque de Bordeaux, S.F.D.I., Paris, Pédone, 2000, pp.207-249.

prévoit. L'idée de la disposition est donc bien de prévenir tout risque qu'un *for* autre que la Cour « se prononce sur la portée d'obligations s'imposant aux États membres en vertu du droit communautaire »⁴⁵. Le contraire serait préjudiciable pour l'ordre juridique européen⁴⁶. En effet, autoriser les États membres à régler leurs différends relatifs au droit européen devant le juge de leur choix et donc, le cas échéant, devant un juge différent du juge communautaire augmenterait considérablement les risques d'incohérence et de fragmentation du droit européen, ce qui nuirait à son efficacité et, en conséquence, affaiblirait l'Union⁴⁷. C'est pourquoi, l'ordre juridique de l'Union européenne ne peut admettre en son sein d'autres modes internationaux de règlement des différends interétatiques entre les États membres, fermant de ce fait la porte à toute forme de collaboration entre des juridictions appartenant à deux ordres juridiques différents, international et européen⁴⁸. Visiblement, même en ce qui concerne le règlement des différends, c'est encore au nom de la préservation de son autonomie que l'ordre juridique européen préfère, comme à son habitude, mettre à l'écart 'l'international' dans les rapports entre États membres⁴⁹.

§4. Conditions

Pour qu'un litige puisse relever du champ d'application de l'article 344 TFUE, différentes conditions semblent devoir être réunies: il doit s'agir d'un litige entre deux États membres de l'Union européenne; le différend doit être susceptible de relever de l'un des modes de règlement prévus par les traités; la résolution du litige doit requérir l'application ou l'interprétation du droit de l'Union; un désaccord doit exister entre les parties quant à l'interprétation ou à l'application de ce droit et l'organe juridictionnel que les parties envisagent de saisir doit pouvoir être qualifié *de mode de règlement d'un différend* au sens de la disposition étudiée^{50 51}. C'est seulement dans le respect de ces conditions que l'article 344 TFUE devient efficace, empêchant toute autre juridiction internationale de trancher le différend qui divise les deux États membres⁵². Nous verrons que la Cour de Luxembourg considère que ces exigences sont rencontrées parfois même à l'égard de différends qui portent sur des matières ne relevant pas nécessairement de la compétence externe exclusive de l'Union, dès l'instant où la résolution du litige passe (aussi) par l'application ou l'interprétation du droit européen et qu'il existe une

⁴⁵ Arrêt *Mox*, pt. 177 ; J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 8.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 8.

⁴⁷ N. LAVRANOS, « The Mox Plant and Ijzeren Rijn disputes... », *op. cit.*, p. 234 ; Y. SHANY, *The Competing Jurisdictions...*, *op. cit.*, p. 181 ; J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 8.

⁴⁸ Y. KERBRAT et Ph. MADDALON, *op. cit.*, pp. 177 et 180.

⁴⁹ J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 20.

⁵⁰ Arrêt *Mox*, pt. 129.

⁵¹ P. d'ARGENT, « De la fragmentation... », *op. cit.*, p. 1125 ; E. NEFRAMI, *op. cit.*, p. 704.

⁵² P. d'ARGENT, « De la fragmentation... », *op. cit.*, p. 1125.

contestation à ce sujet⁵³. Ce faisant, elle étend parfois l'exclusivité de sa compétence à des aspects du litige qui relèvent du droit international public et qui pourraient, dès lors, être réglés en recourant à un mode international de règlement de différend⁵⁴. C'est précisément ce qui risque de donner lieu à des situations de chevauchements de compétences de la CJUE d'une part, et d'autres juridictions internationales d'autre part, problématique au coeur de notre analyse.

§5. Sanction

L'État membre qui manque à l'obligation qui lui est imposée par l'article 344 TFUE, de même qu'à toute autre obligation mise à sa charge par le droit européen, prend le risque de faire l'objet d'un recours en manquement, organisé aux articles 258, 259 et 260 TFUE (ex-articles 226, 227 et 228 TCE)⁵⁵. À notre connaissance, la procédure n'a été mise en œuvre qu'une seule fois pour non respect de la compétence exclusive de la CJUE, à l'encontre de l'Irlande dans l'affaire de l'*Usine Mox* qui sera exposée dans la section II du présent chapitre.

Cette disposition qui, donnant priorité à un traité et au système juridictionnel qu'il établit sur les autres traités internationaux, pourrait sembler *a priori* assez banale, se voit reconnaître une portée maximale dans la jurisprudence de la Cour de justice⁵⁶. C'est ce que la suite de notre étude entend mettre en évidence à travers l'analyse de deux décisions de la Cour de Luxembourg: l'arrêt rendu dans l'affaire de l'*Usine Mox* et, plus récemment, l'avis 2/13 relatif au projet d'accord concernant l'adhésion de l'UE à la CEDH.

SECTION II. La jurisprudence de la CJUE

§1. L'arrêt *Mox*: première décision contentieuse relative à 344 TFUE

Dans les années 2000, la problématique de la concurrence horizontale entre la CJUE d'une part, et les autres juridictions internationales d'autre part, s'est posée dans le litige relatif à l'*Usine Mox* qui opposait l'Irlande et le Royaume-Uni. Le différend entre les deux États membres fut l'occasion pour la Cour de Luxembourg, pour la première fois depuis l'adoption des traités fondateurs de l'Union, de déterminer explicitement la portée de sa compétence exclusive en appliquant l'article 344 TFUE de manière contentieuse⁵⁷. Le 30 mai 2006, la Cour

⁵³ P. d'ARGENT, « De la fragmentation... », *op. cit.*, p. 1126 ; voy. *infra* l'analyse du raisonnement de la CJUE dans l'affaire de l'*Usine Mox*, dans la section II, §1, de notre étude.

⁵⁴ Arrêt *Mox*, pt. 135.

⁵⁵ J. CAZALA, *op.cit.*, p. 527.

⁵⁶ J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 5.

⁵⁷ N. SCHRIJVER, *op. cit.*, p. 863, l'arrêt *Mox* est la première décision contentieuse relative à 344 TFUE. Avant l'arrêt *Mox*, c'est dans le cadre de sa compétence consultative que la Cour de justice avait été amenée à se prononcer sur la portée de l'article 344 TFUE.

condamna l'Irlande en manquement dans un arrêt que l'on peut qualifier de décision de principe quant au mode de règlement des différends entre États membres. En effet, au-delà de la solution qu'il apporte au litige au principal, cet arrêt nous éclaire sur la position du juge européen à propos de l'effet de l'article 344 TFUE sur les situations de concurrence qui sont susceptibles de naître entre sa juridiction et celle du juge international pour trancher un litige entre deux États membres. La décision de la Cour de justice, déjà maintes fois commentée en doctrine, est riche d'enseignements pour notre étude. Dans un premier temps, nous reviendrons brièvement sur les éléments factuels à l'origine du litige au principal, en citant les différents juges internationaux qui ont été appelés à en connaître⁵⁸. Ensuite, après avoir identifié le problème juridique au coeur du différend, analysé le raisonnement de la Cour et la solution juridique qui en découle, nous ferons la synthèse des enseignements qui se dégagent de sa décision.

A. Faits

La société British Nuclear Fuels Limited (BNFL) exploitait plusieurs usines sur le site de Sellafield, situé sur la côte occidentale de l'Angleterre, à moins de 200 kilomètres de l'Irlande⁵⁹. Depuis de nombreuses années, ce complexe nucléaire inquiétait les pouvoirs publics irlandais. Dans les années 1990, la BNFL pris la décision de construire sur le site une usine de production d'un combustible pour réacteur nucléaire dénommé "MOX"⁶⁰, ce qui, combiné avec les précédentes inquiétudes irlandaises, suscita le vif mécontentement des autorités du pays⁶¹. Ce mécontentement pris finalement la forme d'une contestation par l'Irlande de la légalité de la construction de l'Usine Mox dans des conditions qu'elle estimait incompatibles, tant avec les dispositions de la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du nord-est (ci-après, Convention OSPAR)⁶², qu'avec celles de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (ci-après, CNUSDM)⁶³, et dont elle craignait qu'il en résulte des conséquences catastrophiques pour l'environnement⁶⁴.

⁵⁸ Pour davantage de précisions factuelles, voy. l'arrêt *Mox*, pt 20-29.

⁵⁹ Arrêt *Mox*, pt. 20 ; Y. KERBRAT et Ph. MADDALON, *op. cit.*, p. 166.

⁶⁰ L'activité de l'Usine Mox, comme le relève la CJCE dans l'arrêt commenté, « consiste dans le recyclage du plutonium provenant de combustibles nucléaires irradiés, opéré en mélangeant le dioxyde de plutonium avec du dioxyde d'uranium appauvri ». Le produit qui en résulte, le « MOX » (« *mixed oxide fuel* », en français « combustible d'oxydes mixtes ») est « destiné à être utilisé en tant que source d'énergie dans les centrales nucléaires », voy. arrêt *Mox*, pt. 21.

⁶¹ Y. KERBRAT et Ph. MADDALON, *op. cit.*, p. 166.

⁶² Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du nord-est, signée à Paris le 22 septembre 1992, disponible sur <http://www.ospar.org> (visité la dernière fois le 9 août 2017) (ci-après, Convention OSPAR).

⁶³ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, conclue à Montego Bay le 10 décembre 1982, disponible sur <http://www.un.org> (visité la dernière fois le 9 août 2017) (ci-après, CNUSDM).

⁶⁴ J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p 5.

Différentes procédures de règlement des différends ont été engagées par l'Irlande en vue de le faire reconnaître. Au total, avant la saisine de la CJUE, trois juridictions internationales ont été successivement saisies du litige qui opposait les deux États membres.

L'Irlande a d'abord transmis au Royaume-Uni, le 15 juin 2001, une demande de constitution d'un Tribunal arbitral en application de l'article 32 de la Convention OSPAR. Elle soutenait que le Royaume-Uni avait manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 9 de la dite Convention⁶⁵. Le Tribunal arbitral a été constitué, effectivement saisi du différend et il a statué définitivement sur la question litigieuse en décidant de rejeter la demande de l'Irlande, déclarée non fondée⁶⁶. Peu de temps après l'introduction de cette première procédure, le 25 octobre 2001, l'Irlande a engagé une seconde procédure arbitrale en vertu de l'article 287 de la CNUSDM, devant le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII de la même Convention. Elle reprochait au Royaume-Uni la violation de diverses dispositions du traité relatives à la préservation de l'environnement marin⁶⁷. En attendant la constitution du Tribunal arbitral du droit de la mer, intervenue finalement en février 2002, l'Irlande a également introduit une demande de mesures conservatoires devant le Tribunal international du droit de la mer au titre de l'article 290, paragraphe 5, de la CNUSDM⁶⁸.

Le 15 mai 2003, la Commission européenne a engagé une procédure en manquement à l'encontre de l'Irlande sur le fondement de l'article 226 TCE (devenu l'article 258 TFUE). Elle considère qu'en saisissant le Tribunal arbitral du droit de la mer du litige l'opposant à un autre État membre, l'Irlande a manqué à ses obligations au titre des articles 10 et 292 TCE (actuellement les articles 4, paragraphe 3, TUE et 344 TFUE) et de leur pendants dans le Traité Euratom, à savoir les articles 192 et 193 EA⁶⁹. N'étant satisfaite du résultat ni de la mise en demeure, ni de l'avis motivé, émis à l'intention de l'Irlande, la Commission a finalement saisi la CJCE le 30 octobre 2003⁷⁰. Curieusement, l'engagement de la première procédure devant le

⁶⁵ L'article 9 oblige les parties à faire en sorte que toute personne puisse accéder aux informations qu'elles possèdent sur l'environnement marin.

⁶⁶ OSPAR Arbitral Tribunal, *Mox Plant Case (Ireland v. United Kingdom)*, Final Award, 2 July 2003, pt. 185 (v), disponible en version anglaise sur <https://www.pcacases.com> (visité la dernière fois le 9 août 2017) (ci-après, OSPAR Arbitral Tribunal, *Mox Plant Case*)

⁶⁷ Arrêt *Mox*, pt. 35 ; F. MARIATTE, « Accords mixtes et arbitrage: première sanction du 'devoir de loyauté au système judiciaire' communautaire », *Europe*, 2006, Comm. 207, p. 13.

⁶⁸ L'article 290 §5 CNUSDM prévoit « qu'en attendant la constitution d'un tribunal arbitral saisi d'un différend en vertu de la présente section, [...] le Tribunal international du droit de la mer [...] peut preecrire, modifier ou rapporter des mesures conservatoires conformément au présent article s'il considère, *prima facie*, que le tribunal devant être constitué aurait compétence et s'il estime que l'urgence de la situation l'exige ». L'Irlande souhaitait obtenir, à titre de mesure conservatoire, la suspension de l'autorisation de mise en service de l'Usine Mox, voy. arrêt *Mox*, pt. 38 ; Y. KERBRAT et Ph. MADDALON, *op. cit.*, p. 166.

⁶⁹ Arrêt *Mox*, pts. 55 et 56 ; Y. KERBRAT et Ph. MADDALON, *op. cit.*, p. 167.

⁷⁰ Arrêt *Mox*, pt. 57.

Tribunal arbitral OSPAR n'a pas été visé par le recours en manquement, alors qu'il ressort clairement de la décision de conclusion du Conseil que certaines dispositions de la Convention OSPAR relèvent de la compétence de la Communauté et, par voie de conséquence, de la compétence de la CJCE⁷¹.

La Commission soulève trois griefs à l'encontre de l'Irlande. Premièrement, elle lui reproche d'avoir méconnu la compétence exclusive de la CJCE pour statuer sur tout différend relatif à l'interprétation et à l'application du droit communautaire, telle qu'elle est prévue à l'article 292 TCE (devenu l'article 344 TFUE), en saisissant le Tribunal arbitral du droit de la mer du différend qui l'opposait au Royaume-Uni⁷². Dans son deuxième grief, elle considère qu'en soumettant au Tribunal arbitral un différend dont la solution implique d'interpréter et d'appliquer des instruments de droit communautaire, l'Irlande a violé l'article 292 TCE, ainsi que l'article 193 EA pour ce qui concerne les instruments invoqués qui relèvent du Traité CEEA⁷³. Enfin, la Commission considère que l'Irlande, par ses agissements, s'est également rendue coupable d'une violation du devoir de coopération loyale, lequel découle de l'article 10 TCE (devenu l'article 4 §3 TUE)⁷⁴.

B. Problème juridique et décision de la Cour

Le problème juridique au coeur de l'affaire commentée a trait au droit de l'Irlande de saisir un Tribunal arbitral, ou le Tribunal international du droit de la mer, du litige qui l'oppose au Royaume-Uni, dont les griefs se fondent sur la violation de deux Conventions internationales auxquelles l'Union est partie: la Convention OSPAR et la CNUSDM⁷⁵. Le droit européen permet-il à l'Irlande de saisir un juge international du différend qui l'oppose à un autre État membre ou l'Irlande était-elle obligée de le porter devant la Cour de Luxembourg? En d'autres termes, à quelle juridiction - européenne ou internationale - revient la compétence de résoudre le litige qui oppose les deux États membres lorsque l'un d'eux reproche à l'autre d'avoir violé un traité international auquel l'UE est partie?

⁷¹ La décision du Conseil précise que « la Communauté a adopté des mesures dans le domaine couvert par la convention », voy. Décision du Conseil 98/249/EC du 7 octobre 1997 relative à la conclusion par la Communauté de la convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est, *J.O.C.E.*, L 104, 3 avril 1998, p. 1-1. Une explication pourrait être l'absence de coopération avec la Commission dont l'Irlande a fait preuve dans le cadre de la procédure devant le Tribunal arbitral du droit de la mer. Alors qu'elle avait accepté de fournir à la Commission certaines informations relatives à la procédure introduite devant le Tribunal arbitral OSPAR, elle a refusé de le faire s'agissant de la procédure devant le Tribunal arbitral du droit de la mer, voy. N. SCHRIJVER, *op.cit.*, p.877.

⁷² Arrêt *Mox*, pt. 60.

⁷³ *Ibid.*, pt. 140.

⁷⁴ *Ibid.*, pt. 158 ; F. CHALTIEL, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Institution et ordre juridique communautaire », *Journ. dr. intern.*, 2007, p.608.

⁷⁵ J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p 5.

Au moyen d'un raisonnement qui, au-delà du prescrit de l'article 344 TFUE, repose parfois sur des « fondements juridiques douteux »⁷⁶, la CJUE, dans son arrêt du 30 mai 2006, répond à cette dernière question en se prononçant clairement en faveur de son propre pouvoir de juridiction. Elle donne raison à la Commission et condamne l'Irlande du chef de la violation des articles 10 et 292 TCE et des dispositions similaires du Traité Euratom⁷⁷. L'Avocat général était arrivé à la même solution dans les conclusions qu'il a présentées en date du 18 janvier 2006⁷⁸.

C. Raisonnement

À présent, nous allons examiner le raisonnement qui a permis à la Cour d'arriver à une telle conclusion. Il nous serait impossible, de par l'étendue limitée de notre travail, d'envisager l'analyse complète de l'arrêt. Par conséquent, notre étude se focalisera sur les griefs relatifs à la violation de l'article 344 TFUE, disposition qui nous intéresse. Nous n'approfondirons pas davantage celui fondé sur le manquement de l'Irlande au devoir de coopération loyale.

Dans son arrêt, la Cour tient un raisonnement en deux étapes. Elle commence par démontrer que les points de droit à l'origine du différend relève du droit communautaire, pour ensuite affirmer sa compétence exclusive pour le résoudre⁷⁹. On peut aisément comprendre cette construction puisque que ça n'est que si le litige relève effectivement de la compétence de la Communauté que la compétence exclusive de la Cour de justice est enclenchée⁸⁰.

a) *Un différend relatif à l'interprétation et à l'application du droit communautaire*

La Cour commence par constater que la CNUSDM, dont l'Irlande reproche le non respect au Royaume-Uni, a été signée par la Communauté et approuvée par une décision du Conseil⁸¹. Les dispositions qui y figurent font, dès lors, partie intégrante de l'ordre juridique communautaire⁸². Elle précise, ensuite, le caractère mixte de la Convention internationale en cause⁸³. Pour rappel, un accord mixte est un traité international dont l'objet relève à la fois des compétences de l'Union (devenues) exclusives et des compétences étatiques (exclusives ou

⁷⁶ Selon les termes utilisés par J. CAZALA, dans un article dans lequel il entend contester la compétence exclusive de la Cour de justice au profit d'organes extérieurs à l'ordre juridique de l'Union, J. CAZALA, *op.cit.*, pp. 505 et 516.

⁷⁷ Dispositif de l'arrêt *Mox*.

⁷⁸ Conclusions de l'Avocat général M. Poiares MADURO dans l'affaire de l'*Usine Mox*.

⁷⁹ La structure de l'analyse est empruntée à Y. KERBRAT et Ph. MADDALON, *op.cit.*, pp. 168-174.

⁸⁰ N. LAVRANOS, « On the Need... », *op. cit.*, p. 16.

⁸¹ Décision du Conseil 98/392/CE du 23 mars 1998 concernant la conclusion par la Communauté de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 sur le droit de la mer et Accord du 28 juillet 1994 sur la mise en œuvre de la partie XI, *J.O.C.E.*, 1998, L 179/1 (ci-après, décision du Conseil 98/392/CE).

⁸² Arrêt *Mox*, pt. 82 ; CJCE, 10 janvier 2006, *IATA et ELFAA*, C-344/04, *Rec.* p. I-403, pt. 36.

⁸³ Arrêt *Mox*, pt. 83 ; Décision du Conseil 98/392/CE.

partagées entre l'UE et les États membres) ou d'une compétence externe explicitement partagée⁸⁴. Sa conclusion avec le(s) tiers cocontractant(s) nécessite, dès lors, la participation des États membres, qui seront également parties au traité au côté de l'Union. Après s'être prononcée sur la mixité du traité international en cause, la Cour rappelle qu'il est de jurisprudence constante « que les accords mixtes ont le même statut dans l'ordre juridique communautaire que les accords purement communautaires, s'agissant des dispositions qui relèvent de la compétence de la Communauté »⁸⁵. Pour apprécier le manquement éventuel de l'Irlande à sa compétence exclusive, la Cour devait donc examiner, à titre liminaire, si les dispositions de l'accord mixte invoquées par l'Irlande devant le Tribunal arbitral relevaient de la compétence de la Communauté et, par conséquent, constituaient des engagements communautaires au sens de l'article 300, paragraphe 7 TCE (devenu l'article 216 § 2 TFUE)⁸⁶. Si tel s'avérait être le cas, les normes conventionnelles en cause auraient le statut de normes communautaires et l'ensemble du différend relèverait, dès lors, de sa compétence⁸⁷.

En l'espèce, les dispositions invoquées portaient principalement sur la protection du milieu marin⁸⁸. La compétence de la Communauté dans ce domaine est prévue aux articles 174, paragraphe 1, et 175, paragraphe 1, du TCE (devenus les articles 191 et 192 TFUE). Ensemble, ces dispositions attribuent une compétence externe explicite à la Communauté en matière de protection de l'environnement⁸⁹. Cette compétence n'est toutefois pas exclusive mais bien, en principe, partagée entre la Communauté et ses États membres⁹⁰. D'où la nécessité pour la Cour de vérifier si un transfert de compétence en faveur de la Communauté avait eu lieu dans les matières concernées par la procédure devant le Tribunal arbitral du droit de la mer. Pour déterminer si tel avait été le cas, la Cour devait « vérifier si et dans quelle mesure la Communauté, en devenant partie à la Convention, [avait] choisi d'exercer sa compétence externe en matière de protection de l'environnement »⁹¹. À ce propos, il convient de relever que la particularité de l'affaire de l'*Usine Mox* tient au fait que la Communauté, lors de son

⁸⁴ P. d'ARGENT, « Droit des relations internationales de l'Union européenne », Notes de Cours, Université catholique de Louvain-la-Neuve, 2016-2017, p. 1 de la partie « Conclusion des traités par l'UE ». Le traité mixte est à distinguer du traité dit de « compétence exclusive », dont l'objet relève uniquement de la compétence exclusive de l'Union. Ce dernier est, dès lors, conclu par l'Union seule sans ses États membres. Pour des développements supplémentaires sur la mixité, E. NEFRAMI, *Les accords mixtes de la Communauté européenne: aspects communautaires et internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

⁸⁵ Arrêt *Mox*, pt. 84 ; CJCE, 19 mars 2002, *Commission c. Irlande*, C-13/00, *Rec.*, p. I-2943, pt. 14.

⁸⁶ Y. KERBRAT et Ph. MADDALON, *op. cit.*, p. 168.

⁸⁷ J. CAZALA, *op. cit.*, p. 512.

⁸⁸ Y. KERBRAT et Ph. MADDALON, *op. cit.*, p. 168.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 168 ; voy. CJCE, Avis 2/00 du 6 décembre 2001, *Rec.* I-9713, pt. 44.

⁹⁰ Arrêt *Mox*, pts. 90-92 ; CJCE, Avis 2/00 du 6 décembre 2001, *Rec.* I-9713, pt. 47.

⁹¹ Arrêt *Mox*, pt. 96.

approbation de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, a assorti son engagement d'une déclaration des compétences que les États membres lui ont transférées dans les domaines touchés par la Convention⁹². Cette déclaration de compétences a principalement pour objet de rendre la répartition intracommunautaire des compétences entre la Communauté et ses États membres opposable aux États tiers parties au traité international⁹³.

Du point de vue de l'Irlande, il n'y avait pas eu de transfert de compétences à la Communauté dans les matières dont relèvent les dispositions de la CNUSDM sur lesquelles elle fondait sa demande. Elle défendait l'idée que la déclaration de compétences exigerait, pour tout transfert de compétences partagées, que lesdites compétences soient devenues exclusives dans le chef de la Communauté suite à un effet d'affectation, au sens du principe consacré par la Cour dans son célèbre arrêt *AETR*⁹⁴. En d'autres termes, le défendeur devant la CJUE arguait que le transfert de compétences partagées au profit de la Communauté était subordonné à l'adoption, au niveau interne, de règles communes de droit communautaire susceptibles d'être affectées par les engagements conventionnels contractés par les États membres au niveau international⁹⁵.

Dans un premier temps, la Cour écarte cet argument⁹⁶. Pourtant, dans un second temps, elle affirme que la déclaration de compétence a créé un « contexte spécifique », propre à la Convention de Montego Bay, dans le cadre duquel le transfert de compétences partagées à la Communauté est subordonné, dans les matières dont relèvent les dispositions litigieuses de la Convention, à l'existence de règles communautaires dérivées, sans qu'il soit toutefois nécessaire que celles-ci soient affectées⁹⁷. Il devait donc exister des règles communautaires communes dans les matières concernées par le litige porté devant le Tribunal arbitral pour pouvoir considérer qu'un transfert de compétences avait eu lieu en faveur de la Communauté. Pour décider que tel est le cas en l'espèce, la Cour se contente de constater que « les matières couvertes par les dispositions de la Convention invoquées par l'Irlande devant le tribunal arbitral sont très largement règlementées par des actes communautaires »⁹⁸. Ce constat lui permet de considérer que les compétences communautaires partagées en cause sont

⁹² CNUSDM, annexe IX, article 2; Y. KERBRAT et Ph. MADDALON, *op. cit.*, p. 168.

⁹³ Arrêt *Mox*, pt. 99 ; Y. KERBRAT et Ph. MADDALON, *op. cit.*, p. 168.

⁹⁴ Arrêt *Mox*, pts. 66-70 ; CJCE, 31 mars 1971, *AETR*, aff. 22/70, *Rec.* p. 263, pt. 17.

⁹⁵ Arrêt *Mox*, pt. 69.

⁹⁶ *Ibid.*, pt. 105.

⁹⁷ *Ibid.*, pts. 106 et 108 ; Y. KERBRAT et Ph. MADDALON, *op. cit.*, p. 169.

⁹⁸ Arrêt *Mox*, pt. 110 (nous soulignons), la Cour vérifie quand même son affirmation en faisant référence à la directive 85/337/CEE du Conseil du 27 juin 1985 (*J.O.C.E.*, L 175, 5 Juill. 1985, p. 40) et à la directive 90/313/CEE du Conseil du 7 juin 1990 (*J.O.C.E.*, L 158, 23 juin 1990, p. 56).

effectivement devenues des compétences transférées au sens de la Convention de Montego Bay⁹⁹, préalable nécessaire à la constatation de l'infraction de l'Irlande à ses obligations communautaires.

b) Un différend relevant de la compétence exclusive de la Cour

En vue d'apprécier la licéité du comportement de l'Irlande, la Cour devait encore vérifier si l'exclusivité de sa compétence pour connaître du différend entre les deux États membres était activée en l'espèce¹⁰⁰. En cas de réponse positive, le caractère exclusif de sa propre compétence s'opposerait à ce qu'un autre juge international, le Tribunal arbitral du droit de la mer en l'espèce, soit saisi du différend¹⁰¹.

Le prescrit de l'article 344 TFUE cantonne le monopole juridictionnel de la CJUE aux différends relatifs à l'interprétation ou à l'application des traités. Mais, comme il a été précisé précédemment, aux yeux de la Cour, la disposition ne vise pas uniquement le droit primaire mais bien tout le droit européen, y compris le droit international « communautarisé »¹⁰². Cette réalité à l'esprit, la Cour considère que le litige porté devant le Tribunal arbitral a effectivement trait à l'interprétation du droit communautaire dès lors qu'une partie significative du différend repose sur des dispositions de la Convention qui font partie intégrante de l'ordre juridique communautaire¹⁰³. Dans la mesure où la Cour est compétente pour connaître des litiges relatifs à l'interprétation et à l'application de ces dernières, de même que pour en apprécier le respect, elle est effectivement compétente pour statuer sur le litige en cause¹⁰⁴.

Il restait alors à la Cour à vérifier l'exclusivité de sa compétence¹⁰⁵. Pour ce faire, elle fonde son raisonnement sur l'article 344 TFUE et interprète la disposition en se référant à son objectif, qui est de préserver l'autonomie du système juridique communautaire¹⁰⁶. La Cour se réfère également à l'article 282 CNUSDM¹⁰⁷. Cet article prévoit une clause spécifique

⁹⁹ Arrêt *Mox*, pt. 120.

¹⁰⁰ Y. KERBRAT et Ph. MADDALON, *op. cit.*, p. 170.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 170 ; Arrêt *Mox*, pt. 122.

¹⁰² Selon l'expression utilisée par N. LAVRANOS lorsqu'il se réfère aux dispositions des traités internationaux qui sont considérées par la CJUE comme des parties intégrantes de l'ordre juridique européen, voy. N. LAVRANOS « On the Need... », *op. cit.*, p. 9 qui se réfère à N. LAVRANOS, *Decisions of International Organizations in the European and Domestic legal orders of selected EU Member States*, Groningen, Europa Law Publishing, 2004, Chapter 4, et aux conclusions de l'Avocat général J. KOKOTT dans l'affaire *Intertanko e.a.*, (CJCE, 2 juin 2008, *Intertanko e.a.*, C-308/06, Rec. p. I-04057).

¹⁰³ Arrêt *Mox*, pt. 120 (nous soulignons).

¹⁰⁴ *Ibid.*, pt. 121 ; en ce sens, voy. aussi les arrêts *Commission/Irlande*, pt. 20 et *Commission/France*, pt. 31 précités.

¹⁰⁵ Arrêt *Mox*, pt. 122.

¹⁰⁶ *Ibid.*, pt. 123, ce faisant, on peut considérer que la Cour a recouru à la méthode de l'interprétation dite « téléologique ».

¹⁰⁷ *Ibid.*, pt. 125. En vertu de l'article 282 CNUSDM, « lorsque les États Parties qui sont parties à un différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention sont convenus, dans le cadre d'un accord général,

d'articulation des procédures de règlement des différends, qualifiée en doctrine de « clause de déconnexion juridictionnelle », en ce qu'elle renvoie au droit communautaire et permet la non-application du système de règlement des différends de la Convention dans les rapports entre États membres¹⁰⁸. La CJUE y fait référence pour souligner que cette disposition, en faisant primer le régime de règlement des différends que comporte le traité CE sur celui que prévoit la CNUSDM, permet elle aussi de prévenir les risques d'atteinte à sa compétence exclusive de façon à préserver de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire¹⁰⁹. À notre estime, elle semble vouloir faire référence à l'article 282 CNUSDM sans pour autant fonder exclusivement son raisonnement sur cette disposition. C'est certainement parce qu'elle craint que la solution dégagée dans l'affaire de l'*Usine Mox*, qui met en cause les rapports entre le Traité de Rome et la CNUSDM, soit relative, tous les accords mixtes conclus par la communauté ne contenant pas de disposition équivalente à l'article 282 CNUSDM¹¹⁰. De toute façon, l'article 344 étant auto-suffisant à l'égard des États membres¹¹¹ et ses conditions d'application étant rencontrées en l'espèce, l'article 282 CNUSDM n'était pas un élément essentiel à la décision de la CJUE en faveur de son propre pouvoir de juridiction¹¹². L'article de la Convention internationale n'en reste pas moins intéressant pour une étude sur le phénomène de la concurrence entre plusieurs juridictions puisqu'il permet de constater qu'il est possible que le juge international, en cas de compétence concurrente du juge européen, doive parfois renoncer à sa compétence en vertu même de l'accord international qui la lui confère¹¹³.

Finalement, l'ensemble des considérations exposées ci-dessus permet à la Cour de conclure que le différend en cause se situe bel et bien dans le champ d'application de l'article 292 TCE (devenu l'article 344 TFUE)¹¹⁴. Dès lors, l'Irlande a effectivement méconnu le caractère exclusif de la compétence du juge européen en saisissant le Tribunal arbitral du

régional ou bilatéral ou de toute autre manière, qu'un tel différend sera soumis, à la demande d'une des parties, à une procédure aboutissant à une décision obligatoire, cette procédure s'applique au lieu de celles prévues dans la présente partie, à moins que les parties en litige n'en conviennent autrement ».

¹⁰⁸ E. NEFRAMI, « La mixité éclairée dans l'arrêt Commission contre Irlande du 30 mai 2006 (affaire Mox) : une double infraction, un triple apport », *R.D.U.E.*, 2007, p. 705 ; C. ECONOMIDES et A. KOLLIPOULOS, « La clause de déconnexion en faveur du droit communautaire : une pratique critiquable », *R.G.D.I.P.*, 2006, pp. 273-302.

¹⁰⁹ L'article 282 CNUSDM donne seulement priorité aux régimes de règlement des différends qui prévoient des procédures aboutissant à des décisions obligatoires, ce qui est le cas du régime de droit communautaire, voy. arrêt *Mox*, pt. 125.

¹¹⁰ Y. KERBRAT et Ph. MADDALON, *op. cit.*, p. 171.

¹¹¹ En ce sens que cet article est rédigé expressément à l'intention des États membres, leur imposant comment réagir lorsqu'ils ont à leur disposition plusieurs procédures juridictionnelles pour résoudre un litige qui concerne (en partie) le droit européen, voy. S. Ø. JOHANSEN, « The Reinterpretation of TFEU Article 344 in Opinion 2/13 and its Potential Consequences », 16 *German Law Journal*, 2015, p. 174.

¹¹² S. Ø. JOHANSEN, *op. cit.*, p. 174.

¹¹³ P. d'ARGENT, « Participation à l'Union... », *op. cit.*, p. 8.

¹¹⁴ Arrêt *Mox*, pt. 121.

différend qui l'opposait au Royaume-Uni¹¹⁵, ce que les articles 220 et 292 TCE (devenus les articles 19 TUE et 344 TFUE) lui interdisaient de faire¹¹⁶. Selon la CJUE, ce constat n'est pas susceptible d'être remis en cause par le fait que les reproches adressés au Royaume-Uni avaient également trait à certaines obligations des pouvoirs publics britanniques en matière de risques liés au terrorisme¹¹⁷. D'ailleurs, elle considère qu'il n'est même pas nécessaire de vérifier si cette partie du différend relève également du droit communautaire, dès lors « qu'une partie significative du différend qui oppose l'Irlande au Royaume-Uni porte sur l'interprétation ou l'application du droit communautaire »¹¹⁸.

La Cour confirme également le deuxième grief soulevé par la Commission en décidant que l'Irlande, en soumettant des instruments de droit communautaire – les directives 85/337, 90/313 s'agissant du TCE et les directives 80/836, 92/3 et 96/29 pour ce qui concerne le Traité CEEA - au Tribunal arbitral en vue de leur interprétation et de leur application, dans l'intention de faire constater une violation desdites dispositions dans le chef du Royaume-Uni, a violé l'exclusivité de la compétence de la CJUE pour trancher les litiges relatifs à l'interprétation et à l'application des dispositions du droit communautaire, laquelle s'impose aux États membres, respectivement, en vertu des articles 292 TCE (devenu l'article 344 TFUE) et 193 Traité CEEA¹¹⁹.

En ce qui concerne l'appréciation du troisième grief, nous nous limiterons à relever que la CJUE a considéré que l'obligation de recourir au système juridictionnel communautaire et de respecter la compétence exclusive de la CJUE qui en constitue la figure fondamentale, telle qu'elle est imposée aux États membres en vertu de l'article 344 TFUE, constitue une manifestation spécifique de leur devoir plus général de loyauté, lequel découle de l'article 10 TCE (devenu l'article 4 §3 TUE)¹²⁰. L'Avocat général Maduro l'avait lui aussi souligné¹²¹. Notons que, dans le cadre des accords mixtes, on parle plus précisément d'un devoir de coopération, expression du devoir de loyauté propre à la mixité¹²². Le devoir de coopération entre les États membres et les institutions communautaires requière notamment des premiers qu'ils informent et consultent les secondes (en particulier, la Commission) avant de porter un

¹¹⁵ *Ibid.*, pt. 139.

¹¹⁶ *Ibid.*, pt. 133.

¹¹⁷ *Ibid.*, pt. 134.

¹¹⁸ *Ibid.*, pt. 135.

¹¹⁹ *Ibid.*, pts. 151 et 152.

¹²⁰ *Ibid.*, pt. 169.

¹²¹ Conclusions de l'Avocat général M. Poiares MADURO dans l'affaire de l'*Usine Mox*, *op. cit.*, pt. 9.

¹²² E. NEFRAMI, « La mixité éclairée... », *op. cit.*, p. 708 ; à propos de l'obligation de coopération, voy. notamment la Délibération 1/78, pts. 34-36 et les avis 2/91, pt. 36 et 1/94, pt. 108 s'y référant.

litige devant un organe juridictionnel autre que la Cour¹²³, ce que l'Irlande n'avait pas fait avant de saisir le Tribunal arbitral du droit de la mer.

D. Enseignements

L'affaire relative à l'*Usine Mox* a donné lieu à la première condamnation d'un État membre pour non respect de la compétence exclusive de la Cour de justice. Dans ses précédents avis consultatifs 1/91, 1/00 et 1/09 déjà mentionnés *supra*, la Cour n'avait fait qu'apprécier la perspective de la mise en place d'un organe extérieur à l'ordre juridique européen au regard de son monopole juridictionnel¹²⁴. Dans l'affaire *Mox*, un tel organe existait déjà et avait été effectivement saisi par un État membre. C'est ainsi que, dans l'arrêt commenté, l'infraction a pu être constatée¹²⁵. À notre connaissance, il n'y a pas eu d'autre arrêt dans le même sens depuis lors.

La décision de la CJUE du 30 mai 2006 est riche d'enseignements pour une étude sur le contentieux interétatique. Les conséquences qu'elle implique concernent aussi bien l'ordre juridique européen qu'international. Fondamentalement, cet arrêt a été l'occasion pour la Cour de se prononcer sur la portée de sa compétence exclusive et sur la place qu'elle réserve à l'idée d'une collaboration entre elle et d'autres juges internationaux pour régler les relations litigieuses entre États membres¹²⁶.

Dans l'arrêt commenté, la CJUE résout très clairement le problème de l'articulation entre sa propre compétence et celle des diverses juridictions internationales en se reconnaissant un très large domaine de compétence exclusive pour statuer sur les différends entre États membres¹²⁷. En effet, du point de vue de la Cour, l'exclusivité de sa compétence juridictionnelle pour connaître d'un litige entre deux États membres concernant l'interprétation ou l'application des dispositions d'un accord mixte est établie et s'impose aux États membres dès l'instant où une partie significative du différend porte sur l'interprétation ou l'application de dispositions qui se situent dans le champ d'application du droit communautaire¹²⁸. Mais la Cour de Luxembourg ne précise aucun seuil à partir duquel on pourrait considérer que la proportion des dispositions communautaires en cause dans un litige est suffisante pour couvrir une partie significative du différend et, partant, établir son monopole juridictionnel¹²⁹. Puisqu'il est fort

¹²³ N. LAVRANOS, « On the Need ... », *op. cit.*, p. 18.

¹²⁴ E. NEFRAMI, « La mixité éclairée ... », *op. cit.*, p. 704.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 704.

¹²⁶ J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 2.

¹²⁷ Y. KERBRAT et Ph. MADDALON, *op. cit.*, p. 167.

¹²⁸ Arrêt *Mox*, pt. 135 (nous soulignons).

¹²⁹ Y. KERBRAT et Ph. MADDALON, *op. cit.*, p. 175.

probable que les litiges entre deux États membres relatifs à l'application ou l'interprétation d'un accord mixte portent toujours, bien que de façon plus ou moins importante, sur des règles qui relèvent de la compétence de l'UE, cette formule pourrait consacrer le principe de la compétence exclusive de la CJUE à l'égard de (presque) tout le contentieux entre États membres relatifs à des accords mixtes¹³⁰. Ce constat nous donne à penser que l'interprétation faite par la Cour de la notion de *différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités*, au sens de l'article 344 TFUE, est extrêmement large, certainement même excessive... Si l'on considère le contexte spécifique de la CNUSDM, une telle interprétation a pour conséquence de priver les États membres de la possibilité de saisir les organes juridictionnels prévus par ladite Convention internationale pour résoudre leurs relations litigieuses réciproques dès l'instant où une partie importante du différend porte sur des dispositions de la CNUSDM qui relèvent du champ d'application du droit de l'UE¹³¹. Autant dire que s'agissant d'une catégorie abondante de litiges susceptibles de naître de la violation de la CNUSDM, les *forums* juridictionnels à disposition des États membres sont nettement moins nombreux que ceux dont bénéficient les autres États parties au traité international, ce qui est malheureux¹³². De l'avis du Professeur de droit international M. Verhoeven, que nous partageons, « il serait plus raisonnable de considérer que n'est un différend sur le droit communautaire au sens de [l'article 344 TFUE] que celui dont l'objet exclusif, ou du moins principal, porte directement sur l'interprétation ou l'application de celui-ci »¹³³. Les litiges dont l'objet premier a trait au droit international public, même entre deux États membres, devraient en premier lieu être soumis aux procédures juridictionnelles de règlement des différends prévues par le droit international¹³⁴.

Dans la conception qu'elle se fait de l'exclusivité de sa compétence, la Cour ne se contente pas de donner une portée maximale à la notion de différend au sens de l'article 344 TFUE. Bien au contraire, elle va encore plus loin en décidant que l'appréciation de l'étendue de sa compétence relève uniquement de sa propre interprétation¹³⁵. En effet, dans l'arrêt commenté, la CJUE affirme que, lorsqu'il existe un doute sur la nature communautaire de certaines dispositions de l'accord international, c'est à elle que revient la mission d'identifier les éléments du différend qui relèvent de la compétence de l'Union et de renvoyer, ensuite, le cas échéant, au juge international, les parties du litige qui ont trait au droit international public

¹³⁰ *Ibid.*, p. 175.

¹³¹ N. SCHRIJVER., *op. cit.*, p. 875.

¹³² *Ibid.*, p. 876.

¹³³ J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 7.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 7.

¹³⁵ Arrêt *Mox*, pt. 135 ; E. NEFRAMI, E., « La mixité éclairée ... », *op.cit.*, p. 700.

et qui, dès lors, échappent à son pouvoir de juridiction¹³⁶. En d'autres termes, en vertu d'une application rigoureuse de la jurisprudence de la Cour, lorsque les États membres ont un doute sur le point de savoir si le litige auquel ils sont parties présente des aspects de droit communautaire, ces derniers ne sont autorisés, ni à le décider eux-mêmes, ni à laisser à un organe juridictionnel international autre que la CJUE le soin de le déterminer¹³⁷. Ils sont, au contraire, obligés d'obtenir une réponse préalable de la Cour de Luxembourg sur ce point avant de recourir à tout autre système de règlement des différends¹³⁸. Il semble que, si le juge européen accepte qu'un litige entre deux États membres puisse être divisible¹³⁹, ce dernier se reconnaît un deuxième monopole pour procéder à une telle division¹⁴⁰.

Si l'on se penche sur la motivation du juge européen, on constate que la Cour applique à ses relations extérieures le principe de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire, développé depuis son célèbre arrêt *Van Gend en Loos*¹⁴¹. C'est le souci de préserver un ordre juridique communautaire autonome qui justifie, selon elle, la large interprétation qu'elle fait de son monopole juridictionnel¹⁴², sa compétence exclusive en étant une condition absolument nécessaire¹⁴³. Selon nous, le raisonnement de la Cour manque toutefois de précision. Si l'on peut accepter que la Cour se fasse gardienne de l'autonomie du système juridique européen, encore faut-il qu'elle explique en quoi cette autonomie serait atteinte, en l'espèce, par le comportement de l'Irlande. Mais, dans son arrêt de 2006, la Cour se limite à soulever la nécessité de préserver l'autonomie du système juridique communautaire, tout en se référant à sa jurisprudence antérieure¹⁴⁴. Autant dire que la Cour est peu bavarde s'agissant des

¹³⁶ Y. KERBRAT et Ph. MADDALON, *op. cit.*, pp. 175-176 ; N. LAVRANOS, « Freedom... », *op. cit.*, p. 463.

¹³⁷ N. LAVRANOS, « Protecting its exclusive jurisdiction : the Mox Plant judgment of the ECJ », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 5, Issue 3, 2006, p. 489.

¹³⁸ N. LAVRANOS, « Freedom... », *op. cit.*, p. 463.

¹³⁹ Contrairement à d'autres juristes spécialisés en droit international, tel que M. Philippe Sands, Conseil de l'Irlande dans la procédure devant le Tribunal arbitral du droit de la mer, qui considère qu'on ne peut découper un différend et qu'il faut le porter devant la juridiction qui est naturellement compétente pour connaître de la plus grande partie, voy. UNCLOS Arbitral Tribunal, *MOX Plant Case (Ireland v. United Kingdom)*, audience du 13 juin 2003, plaidoirie de Ph. Sands (Conseil de l'Irlande), p. 6, <https://pcacases.com>. En ce sens, voy. aussi UNCLOS Arbitral tribunal, *Southern Bluefin Tuna (New-Zealand-Japan, Australia-Japan)*, Award on Jurisdiction and Admissibility, 4 August 2000, §54, disponible en anglais sur http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXIII/1-57.pdf (visités la dernière fois le 9 août 2017)

¹⁴⁰ Y. KERBRAT et Ph. MADDALON, *op. cit.*, p. 175.

¹⁴¹ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, Rec. p. 3 ; en ce sens, J. DE CRUZ, « L'affaire de l'usine 'MOX' ou comment pallier le forum shopping en droit international de l'environnement », 23 janvier 2008, les blogs pédagogiques de l'Université Paris Nanterre, p. 2, disponible sur <http://blogs.u-paris10.fr> (visité la dernière fois le 9 août 2017).

¹⁴² Arrêt *Mox*, pts. 123 et 124 ; F. MARIATTE, *op. cit.*, p. 15.

¹⁴³ N. LAVRANOS, « Protecting its exclusive jurisdiction... », *op. cit.*, p. 488.

¹⁴⁴ Arrêt *Mox*, pt. 123, la Cour renvoie aux avis 1/91 et 1/00 précités, dans lesquels elle affirme qu'un accord international prévoyant la constitution d'une juridiction propre à l'accord pour régler les différends entre parties contractantes est, en principe, compatible avec le droit communautaire, mais qu'un tel accord ne saurait toutefois porter atteinte à l'ordre des compétences fixé par les traités et, partant, à l'autonomie de l'ordre juridique de

justifications *in concreto* qu'elle donne à l'existence d'une menace pour l'autonomie de son ordre juridique¹⁴⁵. D'où notre interrogation: le règlement d'un différend entre deux États membres, né de la violation par l'un d'eux d'un accord international auquel l'UE est partie, par l'organe juridictionnel créé par l'accord international en cause, est-il véritablement susceptible d'affecter l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE? La question mérite d'être soulevée... Du point de vue de la CJUE, il semble qu'en ce qui concerne les litiges entre États membres, le simple risque que les dispositions d'un accord international qui font partie intégrante de l'ordre juridique européen fassent l'objet d'interprétations divergentes constitue, déjà, une atteinte au caractère autonome de l'ordre juridique européen¹⁴⁶.

Dans un même souci de préservation de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire, la deuxième préoccupation qui anime la Cour lorsqu'elle décide d'interpréter sa compétence exclusive de façon extensive est, très certainement, le nombre croissant de juridictions internationales¹⁴⁷. Confrontée à une telle multiplication, elle souhaite protéger son monopole juridictionnel en limitant autant que possible leur utilisation par les États membres¹⁴⁸. Elle semble considérer que la prolifération des juridictions internationales met en danger l'unité du droit communautaire dont elle assure le respect¹⁴⁹.

Bien qu'elles soient compréhensibles, on peut se demander si les préoccupations qui animent la Cour sont, à elles seules, susceptibles de justifier une telle extension de son pouvoir exclusif de juridiction aux litiges entre États membres qui portent, non pas dans leur entièreté, mais en (grande) partie, sur des dispositions qui relèvent de la compétence (exclusive ou partagée) de l'UE. Les juristes spécialisés en droit international répondraient probablement négativement¹⁵⁰.

Au-delà de l'apport jurisprudentiel relatif à l'article 344 TFUE que l'arrêt *Mox* a consacré, l'affaire commentée a également été l'occasion pour la Cour de confirmer une jurisprudence bien établie depuis plusieurs années selon laquelle, dans l'ordre juridique communautaire, les accords mixtes conclus par l'UE et ses États membres avec des États tiers doivent être assimilés à des accords purement communautaires, à tout le moins s'agissant des dispositions qui relèvent de la compétence de l'UE¹⁵¹. Par ces termes, la Cour étend son pouvoir

l'Union dont la Cour de justice est l'unique gardienne.

¹⁴⁵ J. DE CRUZ, *op. cit.*, p.2.

¹⁴⁶ Y. KERBRAT et Ph. MADDALON, *op. cit.*, p. 173.

¹⁴⁷ N. LAVRANOS, « Protecting its exclusive... », *op. cit.*, p. 487.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 487.

¹⁴⁹ N. LAVRANOS, « Freedom ... », *op. cit.*, p. 465.

¹⁵⁰ On songe, notamment, à J. CAZALA, qui a largement critiqué la position de la CJUE dans son article mentionné dans la présente étude. J. VERHOEVEN aurait certainement été, lui aussi, du même avis.

¹⁵¹ Arrêt *Mox*, pt. 84 ; CJCE, 19 mars 2002, *Commission c. Irlande*, C-13/00, *Rec.*, p. I-2943, pt. 14 ; CJCE, 7

de juridiction à l'ensemble des dispositions d'un accord mixte, à l'exception des dispositions qui relèvent de la compétence exclusive des États membres¹⁵². À n'en pas douter, cet acquis jurisprudentiel sera encore amené à être appliqué¹⁵³. En effet, les États membres étant souvent désireux de conserver un certain pouvoir au niveau national lorsque l'Union envisage d'établir des liens conventionnels avec des États tiers, l'accord mixte est un instrument fréquemment utilisé¹⁵⁴.

Enfin, il convient de souligner que, bien que l'arrêt *Mox* soit riche d'enseignements sur la concurrence entre les juges européen et international vue sous l'angle de l'ordre juridique de l'Union, il n'en demeure pas moins que le raisonnement de la Cour reste le lieu de nombreuses interrogations. D'ailleurs, notre analyse en a soulevé certaines. Ceci nous donne à penser que cette décision n'a pas fini d'être commentée.

En résumé, nous retenons de notre analyse la portée maximale que l'article 344 TFUE s'est vu conférer par la Cour à l'occasion du litige entre l'Irlande et le Royaume-Uni. Dans l'arrêt commenté, elle a affirmé sans équivoque l'exclusivité de sa compétence pour trancher tout litige entre États membres qui touche, potentiellement, à des aspects de droit européen¹⁵⁵. Il s'agit d'une interprétation extrêmement large, qui paraît témoigner d'une volonté dans le chef de la Cour de faire respecter son « territoire juridictionnel »¹⁵⁶ à une époque où le recours à l'arbitrage risque de lui faire perdre son monopole pour interpréter et appliquer le droit européen¹⁵⁷. Pour le protéger, elle exprime non seulement le souhait de ne laisser à personne d'autre qu'à elle - surtout pas aux États membres ni aux juges internationaux - le soin d'apprécier les risques d'atteinte au droit européen¹⁵⁸, excluant ainsi toute possibilité de collaboration entre elle et les juridictions internationales¹⁵⁹, mais elle menace également de poursuivre en manquement tout État membre qui méconnaîtrait sa compétence exclusive¹⁶⁰. Finalement, si l'on applique avec rigueur les volontés interprétatives du juge européen, il semble que l'article 344 TFUE fasse progressivement de lui le seul et unique juge des rapports litigieux

octobre 2004, *Commission c. France*, C-239/03, *Rec.* p. I-9325, pt. 25 et 27 ; CJCE, 30 septembre 1987, *Demirel*, aff. 12/86, *Rec.* p. 3719, pt. 9.

¹⁵² N. LAVRANOS, « Freedom... », *op. cit.*, p.465 ; à ce propos, P. KOUTRAKOS, « The Interpretation of Mixed Agreements under the Preliminary Reference Procedure », *European Foreign Affairs Review*, 2002, 7, pp. 25-52.

¹⁵³ N. LAVRANOS, « Freedom... », *op. cit.*, p.465.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p.465.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p.464.

¹⁵⁶ Selon l'expression de D. SIMON, « Cour de justice et Tribunal de première instance des Communautés européennes », *A.F.D.I.*, 2006, p. 734.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 734.

¹⁵⁸ Y. KERBRAT et Ph. MADDALON, *op. cit.*, p. 174.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 177.

¹⁶⁰ J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p 5.

entre États membres¹⁶¹. La méfiance que la Haute juridiction de Luxembourg manifeste envers les États membres en donnant une telle portée à la disposition du traité est loin d'être passée inaperçue en doctrine¹⁶². En effet, de nombreux auteurs, principalement des juristes spécialisés en droit international, se sont fait commentateurs de l'arrêt en vue de dénoncer la légèreté et le caractère parfois obscur du raisonnement en droit tenu par la Cour pour arriver à la conclusion qui lui est la plus favorable. Pourtant, bien que l'extension du monopole juridictionnel de la Cour semblait être à son apogée avec l'arrêt *Mox*, et en dépit des critiques qui lui ont été adressées après ce dernier, la Cour de Luxembourg n'a pas hésité à aller encore plus loin dans l'avis 2/13 relatif à l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH.

§2. L'avis 2/13 relatif à l'adhésion de l'Union à la CEDH: position récente de la CJUE

Nous venons d'analyser la manière dont la CJUE pensait son monopole juridictionnel en 2006. Autant dire que l'interprétation qu'elle fait de l'article 344 TFUE risque de poser certaines difficultés lorsque l'Union européenne envisage de devenir partie à un traité international prévoyant un mode obligatoire de règlement des différends¹⁶³. L'avis 2/13 de la CJUE nous en offre, d'ailleurs, une récente illustration.

A. L'incompatibilité du projet d'accord avec l'article 344 TFUE

Le 4 juillet 2013, la Commission européenne, agissant sur le fondement de l'article 218, paragraphe 11, TFUE¹⁶⁴, a saisi la CJUE d'une demande d'avis sur la compatibilité du projet d'accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales avec les traités. Le 18 décembre 2014, c'est par un avis négatif que la CJUE a répondu à la Commission, prenant le contrepied de l'Avocat général KOKOTT¹⁶⁵. Pourtant, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, l'adhésion de l'Union à la CEDH dispose d'une base juridique dans le droit primaire, à l'article 6 TUE¹⁶⁶. Mais du point de vue de la Cour de Luxembourg, il existe cinq raisons spécifiques et indépendantes qui

¹⁶¹ M. AFROUKH et L. COUTRON, « La compétence - exagérément? - exclusive de la Cour de justice pour l'examen de recours interétatiques », *Rev. Aff. Eur.*, 2015/1, p. 61.

¹⁶² Voy. notamment J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 21.

¹⁶³ J. CAZALA, *op. cit.*, p. 523.

¹⁶⁴ Cet article organise une procédure d'examen préalable par la CJUE de la compatibilité d'un accord international envisagé par l'Union européenne avec les traités. Dans sa jurisprudence, la Cour considère que les traités constituent la charte constitutionnelle de base de l'Union, ce qui implique que tout acte de droit dérivé, unilatéral ou conventionnel, doit leur être conforme, en ce sens CJCE, 23 avril 1986, *Les Verts/Parlement européen*, aff. 294/83, 1986, Rec. p. 1339, pt.23.

¹⁶⁵ L'Avocat général avait conclu à la conformité du projet d'accord avec le droit de l'Union européenne, en assortissant toutefois ce constat de quelques conditions, voy. pt. 180 des conclusions de l'Avocat général J. KOKOTT dans la procédure d'Avis 2/13 (CJUE, Avis 2/13 du 18 décembre 2014) ; N. PETIT et J. PILORGE-VRANCKEN, « Avis 2/13 de la CJUE: l'obsession du contrôle? », *R.A.E.*, 2014, liv. 4, p. 816.

¹⁶⁶ Avis 2/13, pt. 153.

expliquent l'incompatibilité du projet d'accord avec les traités, dont l'une est fondée sur l'article 344 TFUE¹⁶⁷. Notre analyse se focalisera sur cette dernière. Dans l'avis qu'elle a émis, la CJUE est arrivée à la conclusion que l'accord envisagé était « susceptible d'affecter l'article 344 TFUE, dans la mesure où il n'exclut pas la possibilité que des litiges entre les États membres ou entre ces derniers et l'Union, relatifs à l'application de la CEDH dans le champ d'application matériel du droit de l'Union, soient portés devant la Cour EDH »¹⁶⁸. Revenons, à présent, sur le raisonnement qui a conduit la CJUE à se prononcer dans ce sens.

Si l'article 6 TUE prévoit l'adhésion de l'Union à la CEDH, cette adhésion n'est toutefois pas inconditionnelle. En effet, l'article 6 TUE, après avoir disposé que l'Union adhère à la CEDH, précise d'emblée, en son paragraphe 2, que « cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies par les traités »^{169 170}. Dans le même sens, le protocole n°8 UE, dont la valeur juridique est équivalente à celle des traités, prévoit, entre autres, que l'accord d'adhésion n'affecte ni les compétences de l'Union, ni les attributions de ses institutions¹⁷¹, ni l'article 344 TFUE¹⁷². L'appréciation de la compatibilité de l'accord envisagé avec le droit primaire supposait donc, entre autres, de vérifier si les mécanismes institutionnels et procéduraux qu'il prévoit assurent le respect des conditions auxquelles les traités, et le protocole n°8 qui y est annexé, ont soumis l'adhésion de l'Union à la CEDH¹⁷³.

Dans l'avis commenté, la Cour commence par rappeler, dans le prolongement de sa jurisprudence constante, qu'un accord international prévoyant la création d'une juridiction propre à cet accord et dont les décisions lient les institutions européennes n'est, en principe, pas incompatible avec le droit de l'Union, mais qu'un tel accord ne peut, toutefois, porter atteinte à l'ordre de compétences fixé par les traités et, partant, à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union dont la Cour assure le respect¹⁷⁴. Elle poursuit en disposant que « l'intervention des organes investis de compétences décisionnelles par la CEDH, telle que prévue dans l'accord

¹⁶⁷ *Ibid.*, pt. 258 ; N. PETIT et J. PILORGE-VRANCKEN, *op.cit.*, p. 817 ; JOHANSEN, S. Ø., *op. cit.*, p. 175.

¹⁶⁸ Avis 2/13, pt. 258.

¹⁶⁹ Article 6 §2 TUE.

¹⁷⁰ Avis 2/13, pt. 160.

¹⁷¹ Protocole n°8 relatif à l'article 6 § 2 TUE sur l'adhésion de l'Union à la CEDH, article 2.

¹⁷² Protocole n°8 relatif à l'article 6 § 2 TUE sur l'adhésion de l'Union à la CEDH, article 3.

¹⁷³ Avis 2/13, pt. 163.

¹⁷⁴ Avis 2/13, pts. 182, 183 et 201 ; en ce sens, voy. aussi CJCE, Avis 1/91 du 14 décembre 1991, *Rec.* p. I-6079, pts. 40 et 70 ; CJCE, Avis 1/00 du 18 avril 2002, *Rec.* p. I-3493, pts. 21, 23 et 26 ; CJCE, 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec.* p. I-6351, pt. 282 ; CJUE, Avis 1/09 du 8 mars 2011, *Rec.* p. I-01137, pts. 74 et 76.

envisagé, ne doit pas avoir pour effet d'imposer à l'Union et à ses institutions, dans l'exercice de leurs compétences internes, une interprétation déterminée des règles du droit de l'Union »¹⁷⁵.

Ces principes posés, la CJUE centre son analyse sur l'article 344 TFUE en tant que tel. C'est sur l'articulation entre le monopole de juridiction que cet article lui reconnaît et l'article 33 de la CEDH que va porter l'objection de la Cour de Luxembourg¹⁷⁶. En effet, le fait que « la procédure de règlement des différends prévue à l'article 33 de la CEDH [soit] susceptible de s'appliquer à toute Partie contractante et, donc, également aux litiges entre les États membres [...] »¹⁷⁷ permet à un État membre, sur le fondement de cette même disposition, de poursuivre l'un de ses homologues devant la Cour EDH pour résoudre un litige relevant du champ d'application du droit européen mais soulevant une question d'application de la CEDH¹⁷⁸. Et, aux yeux de la CJUE, une telle situation entrerait en contrariété avec l'article 344 TFUE¹⁷⁹ et irait même, de façon plus générale, « à l'encontre de la nature même du droit de l'Union européenne qui exige [...] que les relations entre les États membres soient régies par ce droit, à l'exclusion, si telle est l'exigence de celui-ci, de tout autre droit »¹⁸⁰. Le projet d'accord avait pourtant tenté de prévenir de telles considérations en prévoyant, en son article 5, que les procédures devant la CJUE ne devaient pas être considérées comme des modes de règlement des différends auxquels les Parties contractantes ont renoncé au sens de l'article 55 CEDH¹⁸¹. Mais, selon la Cour, ce prescrit ne suffit pas à garantir le respect de sa compétence exclusive¹⁸².

Dès lors, la Cour considère qu'en l'absence de disposition excluant expressément la compétence de la Cour EDH en vertu de l'article 33 de la CEDH pour les litiges entre États membres relatifs à l'application de la CEDH dans la champ d'application matériel du droit de l'Union, l'accord envisagé est susceptible d'affecter l'article 344 TFUE¹⁸³. Ce constat, joint à d'autres, va l'amener à considérer que le projet d'accord est incompatible avec les traités.

¹⁷⁵ Avis 2/13, pt. 184 ; CJCE, Avis 1/91 du 14 décembre 1991, *Rec.* p. I-6079, pts. 30 à 35 ; CJCE, Avis 1/00 du 18 avril 2002, *Rec.* p. I-3493, pt. 13.

¹⁷⁶ N. PETIT et J. PILORGE-VRANCKEN, *op.cit.*, p. 821.

¹⁷⁷ Avis 2/13, pt. 205.

¹⁷⁸ N. PETIT et J. PILORGE-VRANCKEN, *op.cit.*, p. 821.

¹⁷⁹ *Ibid.*, pp. 821-822.

¹⁸⁰ Avis 2/13, pt. 212.

¹⁸¹ Avis 2/13, pt. 206 ; l'article 55 CEDH stipule que « Les Hautes Parties contractantes renoncent réciproquement, sauf compromis spécial, à se prévaloir des traités, conventions ou déclarations existant entre elles, en vue de soumettre, par voie de requête, un différend né de l'interprétation ou de l'application de la présente Convention à un mode de règlement autre que ceux prévus par ladite Convention ».

¹⁸² Avis 2/13, pt. 206.

¹⁸³ Avis 2/13, pts. 213 et 214.

B. Enseignements

Alors que dans son précédent avis 2/14 relatif à l'adhésion de la Communauté à la CEDH, la question des difficultés posées par l'article 344 TFUE avait été passée sous silence¹⁸⁴, dans l'avis 2/13, la Cour de justice conclut à la non conformité du projet d'accord avec ladite disposition et ce, malgré les efforts de ce dernier à concilier les modalités de règlement des différends prévues tant par le droit européen que par la CEDH. En effet, l'article 5 du projet d'accord avait pour objet de résoudre, en faveur du juge européen, la contradiction qui résulte de l'articulation des articles 344 TFUE et de la combinaison des articles 33 et 55 CEDH, des dispositions qui consacrent, pour chacun des deux ordres juridiques, l'exclusivité de son propre mode de règlement des différends¹⁸⁵. Mais, aux yeux de la CJUE, le dispositif prévu par le projet d'accord ne suffit pas à préserver sa compétence exclusive en matière d'application et d'interprétation du droit de l'Union en ce sens qu'il laisse subsister la possibilité pour les États membres de saisir la Cour EDH, au titre de l'article 33 CEDH, de leurs relations litigieuses mutuelles ayant pour objet une violation de la CEDH, commise en liaison avec le droit de l'Union¹⁸⁶. Cet accès à la procédure de règlement des différends prévue à l'article 33 CEDH risque de faire de l'ombre au régime juridictionnel européen dans la mesure où il pourrait dissuader les États membres d'utiliser la voie du recours en manquement pour régler leurs relations litigieuses, ce qui va à l'encontre de la finalité de l'article 344 TFUE qui institue le monopole juridictionnel de la CJUE en matière d'application et d'interprétation du droit européen¹⁸⁷.

Ces considérations à l'esprit, la CJUE en vient à subordonner la compatibilité du projet d'accord à une exclusion expresse de la compétence de la Cour EDH pour les litiges entre les États membres¹⁸⁸. Cette condition est radicale, d'où nos interrogations quant aux chances qu'a le projet d'adhésion d'un jour aboutir: une telle exigence n'est-elle pas susceptible de le compromettre définitivement?¹⁸⁹ L'avenir du projet d'adhésion repose, désormais, en grande partie sur l'indulgence des États tiers, parties à la CEDH. Nous verrons s'ils accepteront une dérogation aussi générale à l'article 55 de la CEDH¹⁹⁰. À notre estime, un tel amendement

¹⁸⁴ J. CAZALA, *op. cit.*, p. 523 ; voy. CJCE, Avis 2/94 du 28 mars 1996, *Rec.*, p. I-1759.

¹⁸⁵ Le but du dispositif était pourtant de faire en sorte que l'article 55 CEDH ne s'oppose plus à ce que les États membres s'en remettent à la Cour de justice avant de saisir éventuellement la Cour EDH, voy. M. AFROUKH et L. COUTRON, *op. cit.*, p. 47.

¹⁸⁶ Avis 2/13, pts. 206 et 207.

¹⁸⁷ M. AFROUKH et L. COUTRON, *op. cit.*, p. 48.

¹⁸⁸ Avis 2/13, pt. 213.

¹⁸⁹ M. AFROUKH et L. COUTRON, *op.cit.*, p. 48.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 48

devrait être politiquement acceptable pour ces derniers, en ce sens que les États tiers, parties à la CEDH, ont très peu à perdre de l'exclusion des relations entre États membres du pouvoir de juridiction de la Cour EDH, ceux-ci conservant la possibilité de porter devant la Cour de Strasbourg les litiges qui les opposent aux États membres de l'Union européenne¹⁹¹. Pourtant, l'horizon politique européen qui se profile donne à penser que l'adhésion de l'Union à la CEDH n'est pas pour demain. Le fait que les droits fondamentaux fassent déjà l'objet d'une protection systématique au sein de l'Union réduit la nécessité du projet et, partant, la priorité à lui accorder.

Si l'on se penche sur le raisonnement de la Cour de justice, on ne peut s'empêcher de se demander si les arguments qu'elle invoque justifient la conclusion d'un constat d'incompatibilité de l'accord envisagé avec l'article 344 TFUE. Différentes considérations donnent à penser que les arguments mobilisés par la Cour auraient peut-être dû être relativisés par la juridiction suprême.

D'abord, le risque identifié par la CJUE concernant les recours interétatiques susceptibles d'être introduits devant la Cour EDH en vertu de l'article 33 de la CEDH est hypothétique, ces recours étant tombés en désuétude¹⁹². La pertinence de son argumentation peut d'autant plus être remise en cause lorsque l'on constate que l'éventualité d'un recours en manquement entre États membres (article 259 TFUE), soi-disant menacée par l'accès des États membres à la procédure de l'article 33 CEDH, est tout aussi limitée, même exceptionnelle¹⁹³. Il est en effet bien connu que « les loups ne se mangent pas entre eux »¹⁹⁴. Les États préfèrent, au contraire, agir par l'intermédiaire de la Commission européenne qui est, au même titre que les États membres, titulaire du pouvoir de poursuivre un État membre en manquement devant la CJUE en vertu de l'article 258 TFUE¹⁹⁵.

Dans son raisonnement, la Cour de justice mobilise également la CNUSDM, traité international en cause dans l'affaire *Mox*, pour déplorer que le projet d'accord relatif à l'adhésion ne contienne pas une disposition qui, à la manière de l'article 282 CNUSDM, prévoirait expressément que le régime de règlement des différends établi par le droit de l'Union prime

¹⁹¹ S. Ø. JOHANSEN, *op.cit.*, p. 178.

¹⁹² M. AFROUKH et L. COUTRON, *op.cit.*, p. 49.

¹⁹³ *Ibid.*, pp. 49-50 ; seuls quatre arrêts ont été rendus par la CJUE sur le fondement de l'article 259 TFUE, à savoir CJCE, 4 octobre 1979, *France/ Royaume-Uni*, aff. 141/78, *Rec.* p. 2923 ; CJCE, 16 mai 2000, *Belgique/ Espagne*, C-388/95, *Rec.* p. I-3123 ; CJCE, 12 septembre 2006, *Espagne/ Royaume-Uni*, C-145/04, *Rec.* p. I-7917 et CJUE, 16 octobre 2012, *Hongrie/ Slovaquie*, C-364/10.

¹⁹⁴ M. WATHELET, *Contentieux européen*, Précis, Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, 2^e ed. 2014, Bruxelles, Larcier, p. 142.

¹⁹⁵ M. AFROUKH et L. COUTRON, *op.cit.*, p. 50.

celui que comporte l'accord international¹⁹⁶. À notre estime, cet argument n'est pas plus apte à justifier, en soi, l'issue radicale d'un constat d'incompatibilité. Certes, l'article 5 du projet d'accord s'emploie à réduire largement le risque de recours entre États membres devant la Cour EDH (qui n'en est d'ailleurs pas un) sans, pour autant, l'interdire¹⁹⁷. Mais, même en l'absence de clause expresse telle que celle figurant à l'article 282 CNUSDM dans le projet d'accord, la seule menace d'une procédure en manquement initiée par la Commission pour avoir saisi la Cour EDH d'un litige entre États membres relatif à l'interprétation ou à l'application du droit européen devrait déjà inciter grandement les États membres à privilégier la CJUE à la Cour EDH¹⁹⁸. Nous pouvons donc considérer que, tout comme dans le cadre de la CNUSDM, les États membres sont dissuadés d'utiliser les procédures juridictionnelles prévues par la CEDH¹⁹⁹. Et, selon nous, cet effet dissuasif du recours en manquement sur les États membres aurait pu constituer une garantie suffisante pour conclure à la compatibilité du projet d'accord avec l'article 344 TFUE²⁰⁰, il aurait à tout le moins pu être considéré par la Cour. D'ailleurs, le constat que le droit de l'Union offrait lui-même des solutions pour contrer une saisine inopportune de la Cour EDH²⁰¹, combiné au constat d'incompatibilité du juge européen, a suscité l'interrogation de certains auteurs: « Est-il [vraiment] nécessaire qu'un accord prohibe le recours à une procédure qui est déjà interdite par le droit de l'Union »²⁰² pour que la Cour de Luxembourg admette sa compatibilité avec les traités?

À la lumière de l'ensemble de ces considérations, on ne peut nier que les quelques arguments mobilisés par la CJUE à l'appui de son raisonnement, lequel s'efforce d'arriver à la conclusion de l'incompatibilité du projet d'accord avec l'article 344 TFUE, sont assez légers. Et pourtant, ils ont permis à la Cour d'aboutir à une solution qui, finalement, revient à priver les États membres de la faculté de saisir la Cour EDH d'une action contre un autre État membre²⁰³. Du point de vue de la Cour, une fois l'adhésion réalisée, la CEDH ferait partie intégrante du droit de l'Union, ce qui emporterait une compétence exclusive dans le chef de la

¹⁹⁶ Avis 2/13, pt. 205 ; M. AFROUKH et L. COUTRON, *op.cit.*, p. 52.

¹⁹⁷ M. AFROUKH et L. COUTRON, *op.cit.*, p. 52.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 52.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 52.

²⁰⁰ *Ibid.*, pp. 52 et 59. L'Avocat général KOKOTT a, d'ailleurs, lui-même considéré que la possibilité de former un recours en manquement à l'encontre des États membres qui saisiraient d'autres juridictions internationales que la CJUE de leurs litiges de droit de l'Union, était suffisante pour garantir l'effet utile de l'article 344 TFUE, voy. les conclusions de l'Avocat général J. KOKOTT dans la procédure d'Avis 2/13, pt. 118.

²⁰¹ M. AFROUKH et L. COUTRON, *op.cit.*, p. 59.

²⁰² J.P. JAQUE, « Non à l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme ? », 26 décembre 2014, disponible sur <http://www.droit-union-europeenne.be> (visité la dernière fois le 9 août 2017), cité par M. AFROUKH et L. COUTRON, *op.cit.*, p. 59.

²⁰³ M. AFROUKH et L. COUTRON, *op.cit.*, p. 54.

CJUE pour connaître de tout litige entre les États membres au sujet du respect de cette convention et s'opposerait, en conséquence, à toute saisine la Cour EDH par ces derniers²⁰⁴. Et, dans la mesure où c'est sa compétence exclusive qui est en jeu, il semble que la CJUE ne soit disposée à accepter aucune concession susceptible de conclure, éventuellement, à la conformité de l'adhésion envisagée au droit européen²⁰⁵. Ceci se traduit, notamment, par son refus de considérer la proposition faite par l'Avocat général de subordonner la compatibilité du projet d'accord à l'engagement formel de l'Union et de ses États membres de ne pas saisir la Cour EDH de recours fondés sur l'article 33 CEDH pour d'éventuelles violations de la CEDH lorsque l'objet du litige relève du champ d'application du droit de l'Union²⁰⁶. On comprend mieux pourquoi le constat d'incompatibilité a été critiqué par certains auteurs qui considèrent qu'il aurait été parfaitement possible pour la CJUE de ne pas conclure à l'incompatibilité du projet d'accord avec l'article 344 TFUE²⁰⁷. Pour cela, il aurait toutefois fallu que la Cour ne soit pas animée d'une telle volonté de contrôle sur les États membres de son ordre juridique, laquelle semble se manifester sous la forme d'une politique du « pousse-toi de là que je m'y mette »²⁰⁸. L'obsession qu'a la CJUE de contrôler ses États membres par le jeu de l'article 344 TFUE, que le présent mémoire entend justement mettre en évidence, semble en avoir déjà frappé plus d'un.

§3. Comparaison de l'arrêt *Mox* et de l'avis 2/13: une interprétation de plus en plus large de la compétence exclusive de la CJUE

À présent, analysons les considérations de la Cour relative à l'article 344 TFUE dans l'avis 2/13 à la lumière de l'interprétation qu'elle avait faite de cette disposition quelques années plus tôt, dans l'arrêt *Mox*.

Les deux affaires peuvent être rapprochées dans la mesure où chacune d'elles concerne un accord mixte contenant des dispositions relatives aux modalités de règlement des différends nés de la violation de l'accord international²⁰⁹. Confrontée à cette alternative à son pouvoir juridictionnel, dans les deux cas, c'est à une juridiction européenne sur la défense de ses

²⁰⁴ Avis 2/13, pt. 204. En disant cela, la CJUE applique la logique de l'intégration des accords internationaux conclus par l'Union qu'elle a dégagée pour la première fois dans son arrêt *Haegeman* (CJCE, 30 avril 1974, *Haegeman c. Etat belge*, aff. 181/73, *Rec.* p. 449).

²⁰⁵ M. AFROUKH et L. COUTRON, *op.cit.*, p. 61.

²⁰⁶ Conclusions de l'Avocat général Mme. J. KOKOTT dans la procédure d'Avis 2/13, pt. 120; M. AFROUKH et L. COUTRON, *op.cit.*, p. 59.

²⁰⁷ Voy. en ce sens, M. AFROUKH et L. COUTRON, *op.cit.*, p. 47.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 67.

²⁰⁹ S. Ø. JOHANSEN, *op.cit.*, p. 172.

prérogatives face au droit international que nous avons affaire²¹⁰. L'avis 2/13 témoigne en effet, lui aussi, d'une vision très large de la compétence exclusive de la CJUE, fermant une nouvelle fois la porte à toute collaboration entre des juridictions appartenant à des ordres juridiques différents. Face à une juridiction internationale susceptible de lui faire concurrence, la CJUE réaffirme sa prétention à être le seul et unique juge des relations litigieuses entre États membres qui relèvent du champ d'application du droit européen²¹¹. Et, une fois de plus, c'est sous couvert de défendre l'autonomie de l'ordre juridique européen que cette « obsession du contrôle »²¹² est justifiée, le juge européen se considérant véritablement comme l'acteur incontournable de sa préservation²¹³.

Au-delà de leurs similarités, lorsque l'on compare l'arrêt *Mox* et l'avis 2/13, il semble que l'approche de la CJUE dans l'avis 2/13 soit même encore plus stricte que celle qu'elle avait adoptée huit ans plus tôt²¹⁴. En effet, si dans l'arrêt *Mox*, la CJUE avait accepté un accord international avec ses propres procédures de règlement des différends pour autant qu'il laisse aux États membres la possibilité de se conformer au prescrit de l'article 344 TFUE²¹⁵, dans l'avis 2/13, en exigeant une exclusion expresse de la compétence de la Cour EDH pour les litiges entre États membres, la CJUE ne laisse même pas aux États membres la possibilité purement théorique de violer l'obligation qui leur incombe en vertu de l'article 344 TFUE²¹⁶. Si la Cour venait à confirmer cette position, cela signifierait implicitement que de nombreux traités mixtes existant deviendraient incompatibles avec l'article 344 TFUE²¹⁷. On songe, par exemple, à la Convention OSPAR, à la Convention d'Aarhus, la Convention douanière relative au transport international de marchandises sous le couvert des carnets TIR (Convention TIR), à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, etc^{218 219}.

²¹⁰ M. AFROUKH et L. COUTRON, *op.cit.*, p. 61.

²¹¹ *Ibid.*, p. 61.

²¹² Selon l'expression de N. PETIT et J. PILORGE-VRANCKEN, *op.cit.*, p. 815.

²¹³ M. AFROUKH et L. COUTRON, *op.cit.*, pp. 51 et 62; Avis 2/13, pt. 201.

²¹⁴ En ce sens, S. Ø. JOHANSEN, *op.cit.*, p. 175.

²¹⁵ Dans la CNUSDM, c'est l'article 282 qui donnait priorité à la compétence de juridiction de la CJUE.

²¹⁶ S. Ø. JOHANSEN, *op.cit.*, p. 175.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 176.

²¹⁸ Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (Convention Aarhus), signée le 25 juin 1998, disponible sur <https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1860/Convention.pdf>; Convention douanière relative au transport international de marchandises sous le couvert des carnets TIR (Convention TIR), conclue à Genève le 14 novembre 1975, disponible sur www.unece.org; Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, adoptée à New York le 15 novembre 2000, disponible sur www.unodc.org (visitée la dernière fois le 9 août 2017).

²¹⁹ S. Ø. JOHANSEN, *op.cit.*, p. 176.

L'Avocat général Mme. J. KOKOTT l'avait, d'ailleurs, elle-même souligné dans sa prise de position relative à la demande d'avis, présentée le 13 juin 2014²²⁰.

Confronté à une interprétation aussi large du monopole juridictionnel reconnu à la juridiction européenne, nous tenons à réinsister sur le fait que l'ambition de la CJUE de devenir le juge exclusif des conflits entre États membres a, néanmoins, une limite, qu'il serait d'ailleurs judicieux de lui rappeler: sa prétention ne saurait valoir que dans l'ordre juridique de l'Union²²¹. Si la CJUE, par la voie de ses jurisprudences *Haegeman*²²² et *Mox*, est déjà parvenue progressivement à étendre sa compétence exclusive aux différends entre États membres relatifs au droit international conventionnel auquel l'Union est partie²²³, il convient de ne pas accorder une portée exagérée à son monopole juridictionnel, au risque d'aboutir, un jour prochain, à une interprétation qui entrerait en contrariété avec un principe de base de droit européen, le principe d'attribution (article 5 TUE). En vertu de ce dernier, la CJUE, en tant qu'institution européenne, ne possède que les compétences qui lui sont attribuées par les traités, à savoir celles qui ont pour objet d'assurer le respect du droit européen dans les domaines qui relèvent du champ d'application de ce dernier²²⁴.

Ces deux jurisprudences de la CJUE, l'une contentieuse et l'autre consultative, traduisent la volonté de la CJUE de « restreindre l'espace utilisable par le juge international »²²⁵ pour devenir progressivement la seule juridiction compétente pour trancher les différends entre États membres²²⁶. Ce refus de s'effacer au profit d'un autre juge international²²⁷, elle essaie de le justifier en retenant une conception « extensive »²²⁸ de sa compétence exclusive. Mais notre analyse a entendu démontrer combien cette conception est critiquée. Si la position de la Cour dans l'arrêt *Mox* était déjà la cible de critiques de la part de nombreux auteurs en 2006, ses considérations sur l'incompatibilité du projet d'accord relatif à l'adhésion de l'UE à la CEDH avec l'article 344 TFUE, dix ans plus tard, nous montrent qu'elle n'est pas prête à revoir ses ambitions à la baisse, bien au contraire!

²²⁰ Conclusions de l'Avocat général J. KOKOTT dans la procédure d'Avis 2/13, pt. 117.

²²¹ M. AFROUKH et L. COUTRON, *op.cit.*, p. 62 ; J. CAZALA, *op. cit.*, p. 507.

²²² CJCE, 30 avril 1974, *Haegeman c. Etat belge*, aff. 181/73, *Rec.* p. 449, l'ambition de la jurisprudence *Haegeman* était d'établir la compétence (préjudicielle) de la Cour de justice vis-à-vis des accords internationaux liant la Communauté, en ce sens, voy. M. AFROUKH et L. COUTRON, *op.cit.*, p. 62.

²²³ *Ibid.*, p. 62.

²²⁴ Nous soulignons.

²²⁵ J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 4.

²²⁶ M. AFROUKH et L. COUTRON, *op.cit.*, p. 61

²²⁷ *Ibid.*, p. 64.

²²⁸ Selon l'expression utilisée par Y. KERBRAT et Ph. MADDALON, *op. cit.*, p. 167.

§4. L'article 344 TFUE et l'arbitrage d'investissement

Nous venons de constater la tendance de la CJUE à interpréter son monopole juridictionnel pour connaître des différends relevant du droit européen de plus en plus largement. Bien que notre étude ait pour objet le règlement des différends interétatiques, la question de l'étendue de l'exclusivité de la compétence de la CJUE se pose actuellement dans le contexte spécifique des traités de libre-échange conclus par l'Union européenne, lesquels mettent en cause un nouvel acteur susceptible d'entrer en conflit avec un État membre, à savoir l'investisseur étranger. Les traités de libre-échange contiennent, très souvent, une clause dite *ISDS* (*Investor-State dispute settlement*), qui confie la résolution des différends entre un État et un investisseur étranger à des tribunaux d'arbitrage privés *ad hoc*, dans le but de protéger les investisseurs d'abus de droit perpétrés par les États où ils s'installent²²⁹. Ce mécanisme étant très critiqué, dans l'Accord économique et commercial global (*CETA*), accord de libre-échange entre l'UE et le Canada au coeur des discussions politiques belges et européennes actuelles, l'*ISDS* a été remplacé par un nouveau système de règlement des litiges entre investisseurs et États plus transparent et plus stable, dénommé *Investment Court System (ICS)*²³⁰, que l'on peut qualifier de tribunal d'arbitrage public et permanent²³¹.

Dans un mémoire qui s'emploie à démontrer l'empiètement de la CJUE sur le titre de compétence des juges internationaux pour la résolution des différends auxquels les États membres sont parties, nous trouvons intéressant de s'interroger, brièvement, sur les effets que l'article 344 TFUE pourrait avoir sur les relations litigieuses qui opposent les États membres à une personne privée (l'investisseur étranger), en utilisant le *CETA* comme traité de référence. La question nous semble d'autant plus intéressante que dans l'accord intra-belge sur le *CETA*, dans lequel la Belgique a précisé les conditions de sa signature, il a été prévu que la Belgique demanderait un avis à la CJUE concernant la compatibilité de l'*ICS* avec les traités européens, notamment à la lumière de l'Avis 1/94 déjà mentionné²³². La Belgique avait annoncé qu'elle

²²⁹ E. BARDARO, « L'accord UE-Canada : cheval de troie ou exemple à suivre ? », 20 septembre 2016, p. 24, disponible sur <http://www.cepess.be> (visité la dernière fois le 9 août 2017).

²³⁰ E. BARDARO, *op.cit.*, p. 25. Notons qu'il s'agit de la seule voie de recours à disposition de l'investisseur étranger, l'accès aux juridictions nationales ne lui étant pas ouvert dans le cadre du *CETA*.

²³¹ E. BARDARO, *op.cit.*, p. 29 ; La rtbf, « CETA : la Belgique va saisir la Cour de justice de l'UE... et maintenant quoi ? », 28 octobre 2016, disponible sur https://www.rtb.be/info/dossier/ceta-la-wallonie-defie-l-europe-et-le-canada/detail_ceta-la-belgique-va-saisir-la-cour-de-justice-de-l-ue-et-maintenant-quoi?id=9442324 (visité la dernière fois le 9 août 2017).

²³² Cet accord fait suite au refus wallon de signer le *CETA*. Le *CETA* étant un « accord mixte », chaque État membre bénéficie d'un droit de veto sur le processus d'élaboration et de conclusion du traité envisagé et, en raison des dispositions constitutionnelles belges, les entités fédérées belges qui sont concernées par les matières couvertes par le traité s'en voient conférer un aussi, voy. P. d'ARGENT, « Droit des RI de l'UE », Notes de Cours, *op. cit.*, pp. 1 et 13. Le texte intégral de la Déclaration du Royaume de Belgique relative aux conditions de pleins

attendait, d'abord, la réponse de la CJUE à une autre demande d'avis introduite par la Commission sur la répartition des compétences entre l'Union et les États membres dans le cadre de l'accord de libre-échange entre l'UE et le Singapour²³³, lequel contient également un mécanisme de règlement des différends États-investisseurs étrangers, bien qu'il soit bien moins institutionnalisé que l'ICS du CETA. La Cour ayant tranché la question dans le sens de la mixité le 16 mai 2017 dans l'avis 2/15²³⁴, l'introduction de la demande d'avis sur la compatibilité de l'ICS avec le droit européen ne devrait plus traîner. D'ailleurs, vu les complications juridiques qui se posent lorsque l'Union conclut un accord international déclaré, après sa conclusion, incompatible avec les traités européens²³⁵, nombreux sont ceux qui insistent sur l'urgence d'une telle demande, le risque d'incompatibilité ayant déjà été dénoncé par des cabinets d'avocats, des associations de magistrats, des professeurs de droit et même par la Commission européenne²³⁶.

L'article 344 TFUE représente-il un obstacle au recours à l'arbitrage d'investissement prévu dans le CETA pour résoudre un litige entre un État membre (entité publique) et une personne privée?²³⁷ Une question que la CJUE, si elle est effectivement saisie de la demande d'avis annoncée, sera certainement amenée à examiner. À notre estime, il y a fort à parier que la CJUE se prononce, le cas échéant, dans le sens d'une incompatibilité de l'ICS avec le droit de l'Union, tant on la sait sur la défensive lorsqu'il s'agit de protéger sa compétence exclusive pour appliquer et interpréter le droit européen face à d'autres voies de recours internationales. L'autonomie de l'ordre juridique européen, que l'exclusivité de la compétence de la CJUE entend préserver, pourrait être invoquée pour justifier cette prise de position. En effet, si l'on prend, par exemple, l'avis 2/13 commenté *supra*, on constate que la Cour de Luxembourg y a affirmé clairement que l'Union ne pouvait adhérer à la CEDH car l'adhésion permettrait à la

pouvoirs par l'État fédéral et les Entités fédérées pour la signature du CETA est disponible sur <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13463-2016-REV-1/fr/pdf> (visité la dernière fois le 9 août 2017).

²³³ Le CNCD, « CETA: la Belgique doit envoyer d'urgence la question de la légalité de l'ICS à la Cour de justice », 1 décembre 2016, <http://www.cncd.be/CETA-la-Belgique-doit-envoyer-d> (visité la dernière fois le 9/08/17)

²³⁴ CJUE, Avis 2/15 du 16 mai 2017 (Accord de libre-échange EU-Singapour), disponible sur www.curia.europa.eu

²³⁵ Dans l'ordre juridique européen, le traité est considéré « conclu » à partir de la décision de conclusion du Conseil, par laquelle il exprime le consentement de l'UE et l'engage juridiquement dans les liens du traité de manière définitive. Lorsque, par la suite, la CJUE annule l'acte européen de conclusion, déclaré incompatible avec les traités, l'accord n'a plus d'effet dans l'ordre juridique européen (l'Union et les États membres ne doivent plus le respecter) mais l'accord reste valide dans l'ordre juridique international (le partenaire conventionnel tiers à l'Union peut exiger de l'Union et des États membres qu'ils l'exécutent), voy. P. d'ARGENT, « Droit des RI de l'UE », Notes de Cours, *op. cit.*, p. 16.

²³⁶ Le CNCD, *op. cit.*

²³⁷ Cette question a été passée sous silence dans l'avis 2/15, s'agissant du mécanisme de règlement des différends État-investisseur étranger prévu par l'accord de libre-échange UE-Singapour, bien qu'elle aurait pu y être examinée par la Cour.

Cour EDH d'interpréter le droit européen sans l'implication préalable de la Cour de Luxembourg, ce qui affecterait le principe de sa compétence exclusive dans l'interprétation définitive du droit de l'Union et, partant, l'autonomie de son ordre juridique²³⁸. Or, puisque l'un des objectifs de l'ICS est de s'assurer que les investisseurs puissent contester les actes et les décisions de l'Union et des États membres dans lesquels ils s'installent, il est possible que le Tribunal arbitral permanent soit, lui aussi, amené à interpréter le droit européen, ce qui affecterait, de la même manière que l'interprétation du droit européen par la Cour EDH, la compétence exclusive de la Cour pour le faire ²³⁹.

Par contre, nous ne sommes pas certain que la CJUE motiverait sa prise de position en se référant expressément à l'article 344 TFUE, cette disposition semblant *a priori* concerner uniquement les litiges interétatiques. C'est d'ailleurs en ce sens qu'elle a toujours été appliquée par la CJUE dans sa jurisprudence antérieure. D'où notre interrogation: le libellé « Les États membres s'engagent à ne pas soumettre un différend [...] »²⁴⁰ peut-il être entendu en ce sens qu'il couvre également le différend soumis au Tribunal arbitral par l'investisseur étranger sous prétexte qu'un État membre y est partie en qualité de défendeur? Nous verrons ce qu'en pense la Cour de Luxembourg. Mais la question étant d'ordre interprétatif, nous ne serions pas étonnées que la Cour élargisse le sens que la disposition paraît avoir à première vue et considère que la possibilité pour un investisseur étranger d'introduire un recours contre un État membre susceptible de soulever des questions de droit européen, devant un juge international autre que la Cour elle-même, est incompatible avec 344 TFUE. Si la Cour en venait à décider que l'ICS est incompatible avec 344 TFUE, cette disposition aurait alors pour effet d'empêcher les États membres d'aller devant le juge international pour résoudre, non seulement leurs relations litigieuses mutuelles, mais également les litiges qui les opposent à une personne privée.

On notera que d'autres motifs d'incompatibilité ont été avancés en doctrine²⁴¹. Mais notre intention dans la présente étude étant uniquement de soulever la question ambiguë de l'efficacité que l'article 344 TFUE pourrait avoir aux yeux du juge européen à l'égard des relations litigieuses État membre-investisseur étranger, nous ne nous y attardons pas²⁴².

²³⁸ Avis 2/13, pts. 246-248 ; E. BARDARO, *op.cit.*, p. 28.

²³⁹ E. BARDARO, *op.cit.*, p. 28.

²⁴⁰ Voy. le libellé de l'article 344 TFUE.

²⁴¹ Tels que le défaut de compétence de l'Union pour établir un mécanisme juridictionnel tel que l'ICS en dehors du système judiciaire européen; l'incompatibilité avec l'article 340 § 2 TFUE, qui investit la CJUE d'une compétence exclusive pour connaître des recours en responsabilité extra-contractuelle intenté contre l'Union, etc.

²⁴² Pour plus de développements, voy. par exemple ANKERSMIT, L., « Is ISDS in EU Trade Agreements legal under EU Law? », 29 février 2016, Investment Treaty News, disponible sur <http://www.iisd.org> ; European Association of Judges, Statement from the European association of judges on the proposal from the European Commission on

CHAPITRE III. LA COMPÉTENCE EXCLUSIVE DE LA CJUE DANS L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL

Jusqu'à présent, notre analyse s'est focalisée sur la position de l'UE et de sa juridiction suprême à l'égard des situations de concurrence entre cette dernière et le juge international, telle qu'elle ressort de la jurisprudence de la CJUE. Nous allons à présent nous détourner de la vue de la Cour de Luxembourg pour envisager une approche internationale de la problématique. La question qui nous occupera dans la suite de notre étude est la suivante: comment l'article 344 TFUE, dont les effets sont pourtant limités à l'ordre juridique européen, rejaillit-il sur le système juridictionnel international?

SECTION I. L'attitude du juge international face à l'article 344 TFUE

§1. La jurisprudence internationale: retour sur les attitudes des Tribunaux arbitraux dans les affaires de l'*Usine Mox* et du *Rhin de fer*

En l'état actuel du droit international, on peut considérer qu'il n'y a pas encore de réponse claire à la question de savoir comment les juridictions internationales devraient, en droit, gérer les situations de concurrence entre leur pouvoir de juridiction et celui de la CJUE s'agissant du règlement des différends entre deux États membres. En effet, lorsque l'on consulte la jurisprudence et la doctrine internationale, on constate que la réponse à la question de savoir si l'article 344 TFUE devrait être soulevé d'office par le juge international saisi d'un différend entre États membres, à la manière d'un déclinatoire de compétence, ne fait pas l'unanimité²⁴³. Si certains auteurs le défendent, d'autres sont plutôt d'avis qu'il est impossible d'opposer le jeu de cette disposition à des organes extérieurs à l'Union²⁴⁴, les effets de l'article 344 TFUE étant limités à l'ordre juridique européen. À notre sens, c'est cette dernière lecture de la disposition qui devrait prévaloir.

En l'absence de réponse claire à la question des effets du monopole juridictionnel du juge européen sur la compétence du juge international, nous avons décidé de réfléchir à la problématique en privilégiant une approche qui s'intéresse aux attitudes adoptées par les premiers concernés, les juges internationaux qui ont été confrontés à un litige entre deux États membres. Il s'agira, par conséquent, d'analyser la manière dont les juges internationaux gèrent

a new Investment Court System, 9 November 2015, Paris, disponible sur <http://www.iaj-uim.org>; German Magistrates Association, Opinion on the establishment of an investment tribunal in TTIP - the proposal from the European Commission on 16.09.2015 and 11.12.2015, No. 04/16, February 2016, disponible sur <https://www.foeeurope.org> (visités la dernière fois le 9 août 2017)

²⁴³ P. d'ARGENT, « De la fragmentation... », *op. cit.*, p. 1127.

²⁴⁴ Par exemple, J. CAZALA, *op. cit.*, p. 505.

de facto la concurrence entre leur pouvoir de juridiction et celui de la Cour de Luxembourg²⁴⁵. Pour ce faire, nous examinerons les positions des différents juges internationaux saisis dans les affaires de l'*Usine Mox* et du *Rhin de fer*, deux différends qui constituent de belles illustrations du phénomène de concurrence entre le juge international et le juge européen. Ces deux célèbres affaires mettent en cause un litige entre deux États membres dont la résolution implique d'appliquer le droit international conventionnel et, potentiellement, le droit européen²⁴⁶. Elles ont débouché sur la saisine de trois Tribunaux arbitraux et d'un Tribunal international. Les approches adoptées par ces derniers à l'égard du monopole juridictionnel de la CJUE sont très différentes. Il est donc intéressant de revenir sur leurs décisions en vue de les analyser brièvement et d'identifier les différents motifs qui fondent la solution juridique retenue par chacun d'eux. Nous essayerons, dans un second temps, de définir la conduite que le juge international, confronté à un litige susceptible de relever du champ d'application de l'article 344 TFUE, devrait, selon nous, adopter.

A. Le litige entre le Royaume-Uni et l'Irlande relatif à l'Usine Mox

Comme il a été précisé *supra*, dans le cadre du litige relatif à l'Usine Mox qui opposait l'Irlande et le Royaume-Uni, trois juridictions internationales ont été saisies successivement du différend: deux Tribunaux arbitraux, respectivement constitués sur le fondement de la Convention OSPAR et de la CNUSDM et le Tribunal international du droit de la mer. Notre analyse se focalisera davantage sur les sentences arbitrales des deux arbitres internationaux, le Tribunal international du droit de la mer n'ayant été saisi que d'une demande de mesures conservatoires.

a) *Les forums juridictionnels de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*

A titre préliminaire, il convient de souligner que la CNUSDM offre à ses parties contractantes la possibilité de recourir à une variété de *forums* juridictionnels pour résoudre les différends susceptibles de naître de sa mauvaise exécution²⁴⁷. À dire vrai, un tel « menu » de modes de règlement des différends est, déjà, lui-même, propre à donner lieu à des situations de concurrence entre les juridictions qu'il investit d'un titre de compétence²⁴⁸. Mais ce traité tente *a priori* de prévenir certaines d'entre elles en donnant priorité au pouvoir de juridiction des

²⁴⁵ N. LAVRANOS, « The Mox Plant and IJzeren Rijn disputes ... », *op. cit.*, p. 224

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 224.

²⁴⁷ CNUSDM, articles 287 et 288.

²⁴⁸ N. LAVRANOS, « Concurrence of jurisdiction ... » *op.cit.*, p. 43.

organes de règlement des différends établis par des accord régionaux ou bilatéraux et investis d'un pouvoir de décision obligatoire, ce qu'est précisément la CJUE²⁴⁹. La CNUSDM prévoit également, qu'à défaut pour les parties au litige d'avoir accepté la même procédure pour le règlement de leur différend, ce dernier ne peut être soumis qu'à la procédure d'arbitrage prévue à l'annexe VII²⁵⁰. Ces remarques sur les spécificités juridictionnelles de la CNUSDM étant posées, nous pouvons nous lancer dans l'analyse des décisions de ces différents Tribunaux.

i. *Le Tribunal international du droit de la mer*

Le 25 octobre 2001, l'Irlande a engagé une procédure arbitrale sur le fondement de la CNUSDM. Dans l'attente de la constitution du Tribunal arbitral, l'Irlande saisit le Tribunal international du droit de la mer (ci-après, TIDM) d'une demande de mesures conservatoires au titre de l'article 290, paragraphe 5, de la Convention de Montego Bay, en vue d'obtenir du Royaume-Uni qu'il suspende immédiatement l'autorisation d'exploitation de l'Usine Mox²⁵¹. Une fois saisi, le TIDM devait commencer par s'assurer que le Tribunal arbitral annexe VII devant être constitué avait *prima facie* compétence pour statuer sur le litige²⁵², condition préalable à laquelle le traité international soumet la prescription de mesures provisoires²⁵³. Au regard de l'article 282 CNUSDM, le Royaume-Uni soutenait que cette condition n'était pas remplie en l'espèce, arguant que certains aspects des griefs que lui reprochait l'Irlande relevant du droit communautaire, le différend entre les deux États membres ne pouvait être soumis qu'à la Cour de Luxembourg²⁵⁴. Le TIDM a rejeté cette exception d'incompétence et a considéré que la condition était vérifiée en l'espèce²⁵⁵. Sur le fond, le Tribunal n'a, finalement, pas fait droit à la demande de suspension de l'autorisation de mise en service de l'Usine Mox souhaitée par l'Irlande mais a décidé d'imposer aux parties de coopérer et de se consulter en ce qui concerne les activités de l'usine et ses émissions dans la mer irlandaise, dans l'attente de la décision du Tribunal arbitral du droit de la mer²⁵⁶. Notons qu'aucune référence n'a été faite à l'article 344 TFUE dans l'ordonnance du TIDM.

²⁴⁹ CNUSDM, article 282.

²⁵⁰ CNUSDM, article 287 §5. Cet article prévoit, néanmoins, que les parties peuvent en convenir autrement.

²⁵¹ F. MARIATTE, *op. cit.*, p. 13 ; voy. également C. NOUZHA, « L'affaire de l'Usine MOX (Irlande c. Royaume-Uni) devant le Tribunal international du droit de la mer : quelles mesures conservatoires pour la protection de l'environnement ? », mars 2002, *Actualité et droit international*, disponible sur <http://www.ridi.org/adi> (visité la dernière fois le 9 août 2017).

²⁵² ITLOS, *The Mox Plant Case (Ireland v. United Kingdom)*, Request for provisional measures, Order of 3 December 2001, pts. 35-61, disponible en anglais sur <https://www.itlos.org/> (visité la dernière fois le 9 août 2017). (ci-après, ITLOS, *The Mox Plant Case*).

²⁵³ Cette condition est imposée par la CNUSDM, article 290 § 5.

²⁵⁴ ITLOS, *The Mox Plant Case*, pt. 38.

²⁵⁵ *Ibid.*, pt. 62.

²⁵⁶ *Ibid.*, pt. 89 (1) ; N. LAVRANOS, « On the Need ... », *op. cit.*, p. 15.

ii. Le Tribunal arbitral du droit de la mer

Dans le litige commenté, le Royaume-Uni et l'Irlande n'ayant désigné d'un commun accord aucun *forum* juridictionnel particulier pour résoudre leur différend, c'est le Tribunal arbitral établi conformément à l'annexe VII qui eut à en connaître.

Une fois constitué, le Tribunal arbitral confirme, dans un premier temps, la conclusion du TIDM selon laquelle il avait effectivement *prima facie* compétence pour trancher le différend entre les deux États membres²⁵⁷. Mais, dans un second temps, il estime qu'il est nécessaire de vérifier de manière précise s'il est *in fine* compétent au regard du cas d'espèce, avant qu'il ne statue définitivement sur le différend²⁵⁸. Le Royaume-Uni plaidait l'incompétence du Tribunal en arguant, entre autres, que dans la mesure où le litige soulevait des questions de droit européen, la compétence de juridiction revenait certainement exclusivement à la CJUE²⁵⁹. Face à l'argumentation du Royaume-Uni, le Tribunal constate, conformément à la position du pays défendeur, que le litige entre les deux États membres touche effectivement à des domaines couverts par le droit européen²⁶⁰ et qu'il est, dès lors, susceptible de relever de la compétence exclusive de la CJUE²⁶¹. L'appréciation de sa propre compétence nécessitait, par conséquent, une réponse préalable à cette question. Mais, dans la décision commentée, plutôt que de chercher à y répondre lui-même, le Tribunal considère que c'est aux institutions européennes, en particulier à la CJUE, qu'il appartient de déterminer dans quelle mesure les dispositions de la Convention internationale en cause relèvent des compétences communautaires et, partant, du monopole juridictionnel du juge européen²⁶². Cette réaction nous paraît conforme à la position défendue par la CJUE dans l'arrêt *Mox* analysé *supra*, dans lequel elle a considéré que, lorsqu'il existe un doute sur la nature communautaire de certaines dispositions de l'accord international en cause, c'est à elle que revient la compétence d'identifier les éléments du différend qui relèvent de la compétence de l'Union et de renvoyer

²⁵⁷ UNCLOS Arbitral tribunal, *MOX Plant Case (Ireland v. United Kingdom)*, Order N°3, Suspension of Proceedings on Jurisdiction and Merits and Request for further Provisional Measures, 24 June 2003, pt. 14, disponible en anglais sur <https://www.pcacases.com> (visité la dernière fois le 9 août 2017) (ci-après, UNCLOS Arbitral tribunal, *Mox Plant Case*, Order N°3)

²⁵⁸ UNCLOS Arbitral tribunal, *MOX Plant Case*, Order N°3, pt. 15.

²⁵⁹ *Ibid.*, pts.16 et 20 (v).

²⁶⁰ *Ibid.*, pt.20.

²⁶¹ *Ibid.*, pt. 21, le Tribunal arbitral considéra même, à raison, que la saisine de la CJUE était une réelle possibilité dès lors qu'il avait été porté à sa connaissance que la Commission avait l'intention d'introduire un recours en manquement à l'encontre de l'Irlande devant la CJUE.

²⁶² *Ibid.*, pt. 26 ; Y. KERBRAT, « Le différent relatif à l'usine Mox de Sellafield (Irlande/ Royaume-Uni) : connexité des procédures et droit d'accès à l'information en matière environnementale ? », *A.F.D.I.*, 2004, p. 610.

ensuite, le cas échéant, au juge international, les parties du litige qui ont trait au droit international public et qui, dès lors, échappent à son pouvoir de juridiction²⁶³.

Eu égard à l'ensemble de ces considérations, l'arbitre décide de suspendre la procédure jusqu'au 1er décembre 2003²⁶⁴, tout en restant néanmoins saisi du différend, dans l'attente d'une prise de position communautaire sur la compétence de la Cour pour connaître du litige entre les deux États membres²⁶⁵. Pour justifier sa décision, il se réfère à des « *considerations of mutual respect and comity which should prevail between judicial institutions both of which may be called upon to determine rights and obligations as between two States* »²⁶⁶. On notera que les parties n'ont toutefois pas eu le temps d'introduire elles-mêmes une quelconque action pour faire trancher la question de la compétence de la CJUE, comme le Tribunal arbitral le leur avait demandé, la Commission européenne (supportée par le Royaume-Uni) les ayant devancé par l'introduction d'un recours en manquement contre l'Irlande devant la CJUE pour violation de l'article 344 TFUE²⁶⁷, lequel a débouché sur l'arrêt *Mox* de 2006. Le prononcé de la décision du juge européen contraint l'Irlande à retirer sa plainte auprès du Tribunal arbitral, ce qui marqua la fin de la procédure devant le juge international²⁶⁸.

Les considérations du Tribunal arbitral témoignent qu'il est conscient des difficultés liées au risque de chevauchements des compétences du juge international et du juge européen pour résoudre un même litige²⁶⁹, lesquelles sont le résultat de la prolifération des juridictions internationales d'une part, et de l'extension des compétences de l'UE et de ses institutions d'autre part. En permettant à la CJUE de trancher la question de sa compétence avant de procéder lui-même à un examen au fond, le Tribunal arbitral écarte tout problème relatif à la concurrence et au risque de décisions contradictoires qui en résulte²⁷⁰, d'autant plus

²⁶³ Arrêt *Mox*, pt. 135 ; Y. KERBRAT et Ph. MADDALON, *op. cit.*, p. 175 ; N. LAVRANOS, « Freedom... », *op. cit.*, p.463.

²⁶⁴ En décidant de suspendre la procédure, le Tribunal a fait exercice du pouvoir d'organisation de la procédure qui lui est reconnu par l'article 5, de l'annexe VII, de la CNUSDM, lequel prévoit « qu'à moins que les parties n'en conviennent autrement, le tribunal arrête lui-même sa procédure en donnant à chaque partie la possibilité d'être entendue et d'exposer sa cause ».

²⁶⁵ UNCLOS Arbitral tribunal, *MOX Plant Case*, Order N°3, pts. 29 et 30.

²⁶⁶ *Ibid.*, pt. 28.

²⁶⁷ N. LAVRANOS, « Freedom ... » *op. cit.*, p.461.

²⁶⁸ UNCLOS Arbitral Tribunal, *MOX Plant Case (Ireland v. United Kingdom)*, Order n°6, Termination of proceedings, 6 June 2008, disponible en anglais sur <https://www.pcacases.com> (visité la dernière fois le 9 août 2017).

²⁶⁹ N. LAVRANOS, « The Mox Plant and Ijzeren Rijn... », *op.cit.*, p. 231 ; voy. UNCLOS Arbitral tribunal, *MOX Plant Case*, Order N°3, pts. 27 et 28.

²⁷⁰ N. LAVRANOS, « The Mox Plant and Ijzeren ... » *op. cit.*, p. 226.

problématique en l'espèce vu le caractère définitif et obligatoire qui accompagnent les décisions des deux juridictions en concurrence²⁷¹.

La décision de l'arbitre international ne manque toutefois pas de susciter certaines interrogations quant aux raisons qui justifient le privilège accordé par le Tribunal arbitral à la compétence de la CJUE, l'article 344 TFUE étant dépourvu de caractère contraignant à l'égard des organes extérieurs à l'ordre juridique européen et n'ayant, d'ailleurs, pas été mentionné par le juge international. C'est donc dans le droit international qu'il faut aller chercher le fondement (éventuel) de la compétence exclusive de la CJUE au détriment d'autres juridictions internationales²⁷². Existe-t-il une quelconque obligation juridique en droit international dont le Tribunal arbitral serait redevable? Si oui, quel en serait le fondement?

À vrai dire, les raisons qui expliquent sa décision de suspension ne ressortent pas clairement de l'ordonnance²⁷³. Sa motivation semble reposer sur des justifications assez exceptionnelles dans la jurisprudence internationale, telles que la volonté de prévenir des décisions contradictoires, une prévalence des juridictions communautaires à trancher les questions de droit communautaire et la courtoisie entre juridictions internationales²⁷⁴. C'est surtout le dernier de ces trois motifs que le Tribunal arbitral semble le plus explicitement utiliser comme fondement de sa décision. Or, la *comity* (en français, courtoisie) qui a animé le Tribunal arbitral du droit de la mer « n'emporte guère la conviction dans l'ordre juridique international »²⁷⁵ et ne peut être considérée comme le fondement d'une éventuelle obligation de déclaration d'incompétence²⁷⁶. Lorsqu'il s'est référé à cette notion, il est donc certain que le juge international ne se conformait à aucune obligation juridique²⁷⁷. Une solution plus solide

²⁷¹ UNCLOS Arbitral tribunal, *MOX Plant Case*, Order N°3, pt. 27.

²⁷² J. CAZALA, *op. cit.* p. 525.

²⁷³ J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 11.

²⁷⁴ Y. KERBRAT, *op. cit.*, p. 611.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 611.

²⁷⁶ Nous soulignons.

²⁷⁷ M. AFROUKH et L. COUTRON, *op. cit.*, p. 67. L'existence, en droit international public, d'une *rule of comity* n'est pas clairement établie. Bien qu'un juge du Tribunal international du droit de la mer ait également fait référence à des considérations de *comity* pour régir les conflits juridictionnels, il semble n'y avoir que trop peu de pratique et de traités internationaux s'y référant que pour pouvoir considérer qu'un tel principe existerait en droit international coutumier ou conventionnel. Dès lors, la *comity* n'a pas assez d'autorité en droit international public que pour pouvoir être considérée comme le fondement d'une obligation juridique de déclaration d'incompétence, obligeant les juges internationaux en concurrence avec la CJUE à s'y référer (nous soulignons), voy. Y. SHANY, *The Competing Jurisdictions...*, *op. cit.*, pp. 262, 263 et 266 ; ITLOS, *The Mox Plant Case (Ireland v. United Kingdom)*, Separate Opinion of Judge Treves, disponible en version anglaise sur <https://www.itlos.org/> (visité la dernière fois le 9 août 2017) (« ...considerations of economy of legal activity and of comity between courts and tribunals might be discussed in such situation [of multiple proceedings] »). La CIJ semble être du même avis puisqu'elle a déjà fait référence à la *comity*, comme motivation d'actes internationaux, en la distinguant clairement des obligations juridiques, voy. CIJ, 20 février 1969, *Affaires du plateau continental de la Mer du Nord (RFA c. Danemark, RFA*

juridiquement que la *comity* que se doivent mutuellement différentes juridictions et qui justifierait, en l'espèce, le comportement du Tribunal arbitral, pourrait résulter de l'article 282 de la Convention internationale en cause. En effet, en donnant priorité aux procédures juridictionnelles mises en place par des traités régionaux sur celles prévues par la Convention internationale, la disposition internationale pourrait fonder la compétence de la Cour de Luxembourg et exclure celle du Tribunal arbitral, permettant ainsi une pleine réalisation de l'article 344 TFUE²⁷⁸. Par ailleurs, d'autres auteurs, tel que M. le Professeur Yann Kerbrat, considèrent que la meilleure explication est certainement la volonté de l'arbitre de ne pas exposer les parties au risque de décisions contradictoires, dans la mesure où une telle contradiction n'aiderait en rien la résolution du différend²⁷⁹. Le Tribunal arbitral y fait, d'ailleurs, lui-même, expressément référence²⁸⁰. La décision de suspension s'apparenterait alors davantage à une mesure de bonne administration de la justice, laquelle serait justifiée par l'existence d'un lien de connexité entre l'affaire de l'*Usine Mox* et la procédure en manquement que, entre temps, le 15 mai 2003, la Commission a initiée²⁸¹. En vertu de cette solution, le Tribunal aurait accueilli ce que l'on appelle dans le jargon juridique « une exception de connexité »²⁸². Quoi qu'il en soit, on constate que la question du fondement de la décision de suspension du Tribunal arbitral en faveur de la juridiction européenne ne fait pas l'unanimité en doctrine, tant est ambiguë la problématique des effets de 344 TFUE sur le système juridictionnel international.

b) Le Tribunal arbitral de la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du nord-est

Prenant le contre-pied de la position du Tribunal arbitral du droit de la mer en ne faisant preuve d'aucune retenue en faveur de la CJUE, le Tribunal arbitral constitué sur le fondement de la Convention OSPAR a affirmé sa compétence et statué définitivement sur le différend entre

c. Pays-Bas), Rec. 1969, p.44, §77.

²⁷⁸ J. CAZALA, *op. cit.* p. 525. Notons que cette solution ne vaut que si les parties au litige n'en ont pas convenu autrement, voy. le libellé de l'article 282 CNUSDM.

²⁷⁹ Y. KERBRAT, *op. cit.*, p. 612.

²⁸⁰ UNCLOS Arbitral tribunal, *MOX Plant Case*, Order N°3, pt. 28.

²⁸¹ Y. KERBRAT, *op. cit.*, p. 612. La procédure en manquement initiée par la Commission a finalement débouché à la saisine de la CJCE le 30 octobre 2003.

²⁸² L'exception de connexité est invoquée lorsque deux juridictions également compétentes sont saisies de deux litiges entre lesquels il existe un lien tel qu'il nécessite, pour que la justice soit rendue convenablement, qu'ils soient jugés ensemble (<http://www.cours-de-droit.net/exception-de-connexite-a121604954>, visité la dernière fois le 9 août 2017). Pour des développements supplémentaires sur le régime de l'exception de connexité, Y. KERBRAT, *op. cit.*, pp. 612 à 623.

le Royaume-Uni et l'Irlande²⁸³. Le 2 juillet 2003, il a rendu une sentence finale dans le litige opposant les deux États membres, dont le grief se fondait sur l'article 9 de ladite Convention.

Le prescrit de l'article 32-6 (a) de la Convention OSPAR²⁸⁴ semble indiquer qu'une variété de normes sont susceptibles d'être appliquées par le Tribunal arbitral pour résoudre les différends portés devant lui. Pourtant, en l'espèce, l'arbitre refuse de prendre en compte toute autre source de droit international ou de droit européen potentiellement applicable au litige en cause²⁸⁵. Il considère, au contraire, que la Convention OSPAR contient un régime de règlement des différends autonome, fondé sur la procédure d'arbitrage dont il est l'acteur, de sorte que si les parties décident de recourir à son pouvoir de juridiction pour régler leur différend, le Tribunal arbitral peut fonder sa décision uniquement sur la Convention internationale en cause²⁸⁶, ce qu'il a d'ailleurs fait. Le Tribunal arbitral décide finalement que le Royaume-Uni n'a pas violé ses obligations en vertu de l'article 9 de la Convention OSPAR en ne divulguant pas les informations recherchées par l'Irlande et, en conséquence, rejette la demande de l'Irlande²⁸⁷.

Le raisonnement du Tribunal appelle également à quelques commentaires. Premièrement, on notera que le Tribunal n'a pas eu recours à des règles de droit européen comme fondement juridique de sa décision et ne s'est, dès lors, en aucun cas considéré compétent pour appliquer ou interpréter le droit de l'ordre juridique européen dont la CJUE est la principale gardienne²⁸⁸. D'ailleurs, à aucun moment il ne s'est posé la question de savoir si le litige entre les deux États membres relevait ou non de la compétence exclusive de la CJUE en vertu de l'article 344 TFUE²⁸⁹. Notons également que la Convention OSPAR ne contient aucune clause semblable à l'article 282 CNUSDM, qui donnerait priorité à un autre *for* que le sien²⁹⁰. Peut-être qu'en présence d'une telle cause, l'arbitre se serait prononcé dans un sens différent.

²⁸³ N. LAVRANOS, « The Mox Plant and Ijzeren Rijn... », *op. cit.*, p. 226; voy. OSPAR Arbitral Tribunal, *Mox Plant Case*.

²⁸⁴ En vertu de l'article 32-6 (a) Convention OSPAR, « *The arbitral tribunal shall decide according to the rules of international law [...]* »

²⁸⁵ N. LAVRANOS, « Freedom... », *op. cit.*, p.460.

²⁸⁶ N. LAVRANOS, « The Mox Plant and Ijzeren Rijn... », *op. cit.*, p.226 ; OSPAR Arbitral Tribunal, *Mox Plant Case*, pt. 143, le Tribunal reconnaît que les parties avaient aussi la possibilité de recourir à la CJUE, juridiction compétente pour assurer le respect de la Directive 90/313/CEE du Conseil du 7 juin 1990 concernant la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement, laquelle prévoit un régime juridique distinct de celui établi par la Convention OSPAR.

²⁸⁷ OSPAR Arbitral Tribunal, *Mox Plant Case*, pt. 185 (v).

²⁸⁸ N. LAVRANOS, « The Mox Plant and Ijzeren Rijn... », *op. cit.*, pp. 226-227.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 227.

²⁹⁰ N. SCHRIJVER, *op. cit.*, p.877.

Même s'il est certain qu'en ne tenant pas compte du droit communautaire et de la jurisprudence de la Cour de justice, le Tribunal arbitral OSPAR n'a enfreint aucune obligation juridique, il n'empêche qu'en interprétant l'obligation de divulgation au sens de la Convention OSPAR moins strictement que ne le fait le juge de l'Union s'agissant des dispositions similaires de droit communautaire, ce dernier a créé, à charge des parties concernées, des droits et obligations contradictoires émanant de deux sources de droit différentes²⁹¹. Ce résultat ne joue pas en faveur des États membres et va à l'encontre de l'objectif de cohérence poursuivi par les deux ordres juridiques européen et international²⁹². Pourtant, la Commission ne semble pas s'en être inquiétée puisque, comme il a déjà été précisé *supra*, l'engagement de la procédure devant le Tribunal arbitral OSPAR n'a pas été visé par le recours en manquement introduit par la Commission à l'encontre l'Irlande devant la CJUE.

L'analyse de la saga *Mox* et des décisions divergentes des quatre juridictions saisies du différend entre l'Irlande et le Royaume-Uni - les deux Tribunaux arbitraux, le Tribunal international du droit de la mer et la CJUE - mettent concrètement en lumière les difficultés d'une coordination entre des procédures juridictionnelles concurrentes²⁹³. Autant dire qu'aussi clair et rigide soit-il dans l'ordre juridique communautaire, l'article 344 TFUE n'est pas parvenu à épargner la CJUE du problème de la concurrence avec d'autres juridictions internationales. Ce que l'on peut certainement le plus déplorer de l'histoire juridictionnelle de l'affaire de l'*Usine Mox* tient au fait que quatre juridictions ont été amenées à connaître du différend, ont dépensé temps et énergie pour le régler (certaines plus que d'autres), alors qu'aucune d'elles ne s'est prononcée sur le fond du litige²⁹⁴, excepté le Tribunal OSPAR qui a considéré que le Royaume-Uni n'avait pas violé ses obligations en vertu de l'article 9 de la Convention OSPAR, ce qui n'aide finalement pas à la résolution du grief à la base de leur différend. En d'autres termes, la question de savoir si oui ou non le Royaume-Uni a violé ses obligations en matière de préservation de l'environnement marin n'a jamais été tranchée, ni du point de vue international, ni du point de vue européen²⁹⁵. Et il a fallu près de cinq ans de procédure devant plusieurs juges pour aboutir à ce que l'on peut qualifier être une 'non-résolution du différend', un résultat décevant en terme de justiciabilité. On constate qu'au-delà des principales difficultés liées au risque de décisions incompatibles, une telle situation de

²⁹¹ N. LAVRANOS, « On the Need... », *op.cit.*, p. 15.

²⁹² *Ibid.*, p. 15.

²⁹³ Y. SHANY, « The first Mox plant award : the need to harmonise competing environmental regimes and dispute settlement procedures », *L.J.I.L.*, 2004, 17, p. 816.

²⁹⁴ N. SCHRIJVER, *op. cit.*, p.878 ; N. LAVRANOS, « On the Need... », *op.cit.*, p. 18.

²⁹⁵ N. LAVRANOS, « On the Need... », *op.cit.*, p. 18.

concurrence présente, par conséquent, également des inconvénients en terme de coût, de durée de procédure et d'efficacité des modes de règlement des différends²⁹⁶.

B. Le litige entre la Belgique et les Pays-Bas relatif à la ligne du Rhin de fer

L'affaire du *Rhin de fer* nous offre une illustration supplémentaire de la problématique de la concurrence horizontale entre la CJUE et le juge international, témoignant, elle aussi, de la nécessité de s'intéresser à cette thématique, tant sont nombreuses les situations dans lesquelles une telle concurrence est susceptible de voir le jour. Tout comme l'ordonnance de suspension du Tribunal arbitral du droit de la mer, l'affaire du *Rhin de fer* nous éclaire sur l'attitude du juge international à l'égard de l'article 344 TFUE, bien que les deux Tribunaux arbitraux se soient finalement prononcés dans des sens différents. Elle met particulièrement en évidence le lien qui existe entre la compétence arbitrale et le droit applicable au différend²⁹⁷. Après avoir brièvement explicité les faits, nous verrons quelle a été la décision du juge international, pour finalement essayer d'en dégager les enseignements s'agissant de la problématique qui nous intéresse dans la présente étude.

a) Faits

La sentence arbitrale commentée intervient dans le cadre d'un litige entre la Belgique et les Pays bas concernant une ligne de chemin de fer, ci-après dénommée le « Rhin de fer » (en néerlandais, *Ijzeren Rijn*), reliant le port d'Anvers (Belgique) à la Ruhr (Allemagne)²⁹⁸. La ligne traverse le territoire belge, les provinces hollandaises du Noord-Brabant et du Limburg et le territoire allemand²⁹⁹. Cette ligne de chemin de fer est consacrée par le Traité de séparation conclu le 19 avril 1839 entre la Belgique et les Pays-bas, lequel accorde à la Belgique, en son article XII, un droit de transit, par route ou canal, à travers le territoire néerlandais jusqu'aux territoires allemands³⁰⁰. En 1873, les deux États conclurent une Convention consacrant l'établissement d'une ligne de chemin de fer, mettant de ce fait en oeuvre le droit de transit accordé à la Belgique en 1839, tout en adaptant les modalités de son exercice (chemin de fer et non plus route ou canal) et son tracé³⁰¹. Après avoir été utilisée régulièrement pendant de

²⁹⁶ Y. SHANY, « The first Mox plant award... », *op. cit.*, p. 824.

²⁹⁷ P. d'ARGENT, « De la fragmentation... », *op. cit.*, p. 1121.

²⁹⁸ Arbitral Tribunal, *The Iron Rhine (« Ijzeren Rijn ») Railway (Belgium/Netherlands)*, Arbitral Award, 24 May 2005, pt. 16, disponible en anglais sur <https://www.pcacases.com> (visité la dernière fois le 9 août 2017) (ci-après, Arbitral Tribunal, *The Iron Rhine Railway*)

²⁹⁹ Arbitral Tribunal, *The Iron Rhine Railway*, pt. 16 ; P. D'ARGENT, « De la fragmentation... », *op. cit.*, p. 1114.

³⁰⁰ Traité entre la Belgique et les Pays-Bas relatif à la séparation de leurs territoires respectifs, signé à Londres le 19 avril 1839, *C.T.S.*, vol. 88, p. 427; P. d'ARGENT, « De la fragmentation ... », *op. cit.*, p. 1114.

³⁰¹ Convention entre la Belgique et les Pays-Bas relative au paiement de la dette belge, à l'abolition de la surtaxe sur les eaux de vie néerlandaises et au passage d'une ligne de chemin de fer d'Anvers à l'Allemagne à travers le

nombreuses années, l'exploitation de la ligne de chemin de fer déclina progressivement à partir des années 1960³⁰². À la fin des années 1990, la réactivation de la ligne et la reprise de l'exploitation furent envisagées, ce qui a débouché sur l'adoption, le 28 mars 2000, d'un Protocole d'accord (le « Protocole de mars 2000 ») conclu entre les gouvernements belge et hollandais³⁰³. Dans ce contexte, la question qui a opposé les deux États était celle de savoir lequel d'entre eux allait devoir supporter les frais liés à la réactivation de la ligne du Rhin de fer³⁰⁴. Ne parvenant pas à se mettre d'accord, la Belgique et les Pays-Bas décidèrent de faire trancher leur différence de vue par un Tribunal arbitral établi sous les auspices de la Cour permanente d'arbitrage³⁰⁵.

b) *Raisonnement et décision*

Dans le cadre de la procédure d'arbitrage, les deux États membres en conflit, conscients que le droit européen, dont l'article 344 TFUE (ex-article 292 TCE), était potentiellement pertinent pour résoudre le différend, ont demandé expressément au Tribunal arbitral de se prononcer « *on the basis of international law, including European law if necessary, while taking into account the Parties' obligations under article 292 of the EC Treaty* »³⁰⁶. Notons qu'en l'espèce, contrairement à ce qu'il s'est passé dans l'affaire de l'*Usine Mox*, aucun des deux États membres n'a contesté la compétence du Tribunal arbitral³⁰⁷.

Le Tribunal arbitral commence son raisonnement en rappelant le principe de l'exclusivité de la compétence de la CJCE pour connaître des questions d'interprétation ou d'application du droit communautaire, établit par l'article 292 TCE (actuellement l'article 344 TFUE) et applicable au sein du système juridique communautaire³⁰⁸. Il va même jusqu'à préciser le risque auquel s'exposent les États membres s'ils saisissent un « *non-EC tribunal* » d'un différend dont la résolution suppose d'interpréter ou d'appliquer des dispositions du droit communautaire, lequel consiste en un recours en manquement à l'initiative de la Commission³⁰⁹. Ces considérations l'amènent, avant de procéder à un examen au fond, à

Limburg (le « Traité du Rhin de fer »), signé à Bruxelles le 13 janvier 1873, article IV, *C.T.S.*, 1872-1873 vol. 145, p. 447; P. d'ARGENT, « De la fragmentation... », *op. cit.* p. 1115.

³⁰² P. d'ARGENT, « De la fragmentation... » *op.cit.*, p. 1116.

³⁰³ Arbitral Tribunal, *The Iron Rhine Railway*, pt. 21 ; P. d'ARGENT, « De la fragmentation... », *op.cit.*, 1117.

³⁰⁴ Arbitral Tribunal, *The Iron Rhine Railway*, pt. 22.

³⁰⁵ N. LAVRANOS, « The Mox Plant and Ijzeren Rijn... », *op. cit.*, p. 227. Pour davantage d'éléments factuels et pour connaître l'argumentation de la Belgique et des Pays-Bas, Arbitral Tribunal, *The Iron Rhine Railway*, pts 16-25.

³⁰⁶ Le compromis d'arbitrage entre les parties faisait explicitement référence à l'article 292 TCE (actuellement l'article 344 TFUE), Arbitral Tribunal, *The Iron Rhine Railway*, pt. 97.

³⁰⁷ N. LAVRANOS, « On the Need... », *op.cit.*, p. 20.

³⁰⁸ Arbitral Tribunal, *The Iron Rhine Railway*, pt. 101 (nous soulignons).

³⁰⁹ *Ibid.*, pt. 101.

examiner le rôle du droit communautaire en l'espèce, en vue de déterminer si les parties sont tenues d'honorer ou non l'obligation découlant de l'article 344 TFUE, le deux États membres ayant expressément exprimé leur intention de s'y conformer si nécessaire, bien que le litige semblait *a priori* relever davantage du droit international que du droit communautaire³¹⁰.

Du point de vue du Tribunal arbitral, la limite que l'article 292 TCE (actuellement l'article 344 TFUE) impose à sa compétence a pour effet de le placer dans une situation analogue à celle d'une juridiction nationale d'un État membre par rapport à l'ordre juridique communautaire³¹¹. Il considère que s'il devait en arriver à la conclusion qu'il lui est impossible de trancher le différend qui lui est soumis sans devoir interpréter les règles du droit communautaire qui ne constituent ni des actes clairs ni des actes éclairés³¹², les parties devraient se conformer à leurs obligations au titre de l'article 344 TFUE et, partant, saisir la Cour de Luxembourg des questions pertinentes relevant du droit communautaire³¹³. De son côté, le Tribunal arbitral devrait, quant à lui, s'abstenir de statuer jusqu'à ce que les questions d'interprétation soient tranchées par la CJCE³¹⁴. Cette approche du Tribunal arbitral, en ce qu'elle favorise une collaboration entre le juge européen et le juge international, nous rappelle en effet le mécanisme européen du renvoi préjudiciel, prévu à l'article 267 TFUE (ex-article 234 TCE), lequel organise une coopération entre le juge européen et les juges nationaux. L'arbitre fait d'ailleurs explicitement référence à la jurisprudence européenne relative à l'article 234 TCE, notamment à la jurisprudence *Cilfit*³¹⁵, pour préciser que les critères qui y ont été dégagés par la CJUE s'appliquent également par analogie s'agissant de l'examen de la nécessité ou non pour le Tribunal arbitral de statuer sur des questions de droit communautaire pour résoudre le différend qui lui est soumis, toute référence à ce droit n'impliquant pas une obligation de renvoi préjudiciel³¹⁶.

Il poursuit alors son raisonnement en examinant s'il est nécessaire d'appliquer ou d'interpréter le droit communautaire pour résoudre le différend³¹⁷. Dans leurs mémoires, les Parties renvoyaient aux dispositions de droit communautaire dérivé applicables aux secteurs

³¹⁰ *Ibid.*, pt. 98

³¹¹ *Ibid.*, pt. 103 ; P. d'ARGENT, « De la fragmentation... », *op. cit.*, p. 1123.

³¹² Un acte éclairé est un acte déjà interprété par la CJUE, en ce sens, voy. les termes utilisés par P. d'ARGENT, « De la fragmentation... », *op. cit.*, p. 1123, lorsqu'il décrit le raisonnement du Tribunal arbitral.

³¹³ Arbitral Tribunal, *The Iron Rhine Railway*, pt. 103.

³¹⁴ P. d'ARGENT, « De la fragmentation... », *op. cit.*, p. 1123.

³¹⁵ L'arrêt *Cilfit* apporte certaines précisions sur l'obligation communautaire des juridictions nationales de dernière instance de poser une question préjudicielle à la Cour lorsque le litige dont elles sont saisies soulève une question de droit communautaire, en précisant les hypothèses dans lesquelles elles en sont dispensées, voy. CJCE, 6 octobre 1982, *Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA c. Ministero della Sanità*, C-283/81, Rec. p. 3415, pts 13-16.

³¹⁶ Arbitral Tribunal, *The Iron Rhine Railway*, pt. 104.

³¹⁷ Arbitral Tribunal, *The Iron Rhine Railway*, pts. 107 à 120 et 121 à 137.

des réseaux ferrés transeuropéens et de la protection de l'environnement³¹⁸, ce qui conduit le Tribunal à examiner si ces dispositions ont un effet déterminant sur sa décision, de telle sorte qu'il serait contraint d'interpréter le droit communautaire pour résoudre le litige. Sans revenir davantage sur l'analyse du Tribunal, nous nous contenterons de noter qu'il arrive à la conclusion qu'il peut parfaitement le résoudre en se fondant uniquement sur l'article XII du Traité de Séparation de 1839³¹⁹. Selon lui, « *the questions of EC law debated by the Parties are not determinative, or conclusive* »³²⁰. Il ne lui est donc pas nécessaire d'interpréter le droit communautaire pour rendre sa sentence³²¹. Dès lors, l'obligation découlant de l'article 344 TFUE ne s'applique pas en l'espèce³²².

L'ensemble de ces considérations permettent au juge international de confirmer son pouvoir de juridiction pour résoudre le litige international entre les deux États membres, sans que le droit communautaire ne puisse être considéré comme un obstacle à sa compétence, alors que le litige touchait clairement à des domaines régis (aussi) par le droit européen³²³. Sur le fond, il décide finalement que les Pays-Bas doivent accorder un droit de transit à la Belgique et supporter une partie importante des coûts de la réactivation de la ligne de chemin de fer³²⁴.

c) Enseignements

Si l'on compare l'approche du Tribunal arbitral dans l'affaire du *Rhin de fer* avec celles des deux Tribunaux arbitraux saisis dans l'affaire de l'*Usine Mox*, la position du premier pourrait être qualifiée d'intermédiaire par rapport à celles des deux suivants³²⁵. En effet, bien qu'il ait finalement décidé que la résolution du litige entre les deux États membres ne nécessitait ni d'appliquer, ni d'interpréter le droit communautaire³²⁶ et que, partant, il pouvait statuer de façon définitive sur le différend, il a, néanmoins, d'abord examiné la nécessité d'appliquer ou d'interpréter le droit de l'Union, laquelle aurait déclenché le pouvoir de juridiction exclusif de la Cour de Luxembourg, tel qu'il est prévu par l'article 344 TFUE³²⁷. En raisonnant de la sorte,

³¹⁸ *Ibid.*, pt. 106, les Parties renvoyaient aux articles 154 à 156 TCE et au droit dérivé pertinent s'agissant du secteur des réseaux ferrés transeuropéens et à la Directive du Conseil 92/43/CEE du 21 mai 1992 concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages (la « Directive Habitat ») (*J.O.C.E.*, 1992, L 206, p.7) s'agissant de la protection de l'environnement.

³¹⁹ Arbitral Tribunal, *The Iron Rhine Railway*, pts. 120 et 137.

³²⁰ *Ibid.*, pt.137.

³²¹ *Ibid.*, pts.120 et 137.

³²² *Ibid.*, pts.120 et 137.

³²³ N. LAVRANOS, « On the Need... », *op.cit.*, p. 21.

³²⁴ Arbitral Tribunal, *The Iron Rhine Railway*, pts. 241 et 244 ; N. LAVRANOS, « The Mox Plant and Ijzeren disputes... », *op. cit.*, p. 231.

³²⁵ *Ibid.*, p. 231.

³²⁶ Arbitral Tribunal, *The Iron Rhine Railway*, pts. 120 et 137.

³²⁷ *Ibid.*, pts. 97 à 141.

l'arbitre international saisi du litige relatif au Rhin de fer se montre soucieux de respecter l'obligation imposée aux États membre par ledit article³²⁸, de la même manière que le Tribunal arbitral du droit de la mer deux ans plus tôt.

Contrairement à ce que pensent certains auteurs³²⁹, l'examen par le Tribunal arbitral de la pertinence de certaines dispositions de droit communautaire pour la résolution du litige dont il était saisi n'équivaut pas à une interprétation de ce droit, les arbitres ne s'étant, en effet, prononcés à aucun moment sur le sens à attribuer à une règle de droit communautaire³³⁰. L'objectif n'était pas de préciser la signification du droit européen mais uniquement de déterminer si les obligations des parties découlant du Traité de séparation de 1839 étaient affectées par ce droit, de telle sorte que l'application du droit communautaire aurait été nécessaire à la résolution du différend, ce qui aurait activé la compétence exclusive de la CJUE pour en connaître³³¹. Il en allait de même s'agissant des développements du Tribunal arbitral du droit de la mer lorsqu'il s'interrogeait sur le rôle du droit communautaire dans le litige qui lui était soumis. Pourtant, au regard des considérations de la CJUE dans l'arrêt *Mox*, on peut craindre que même ce geste de courtoisie à son égard soit mal reçu³³². En effet, dans le litige qui opposait l'Irlande et le Royaume-Uni, la Cour de Luxembourg a insisté sur le fait que l'appréciation de l'étendue de sa compétence relevait uniquement de sa propre interprétation³³³. En affirmant que c'est à elle que revient la mission de décider si le litige auquel deux États membres sont parties soulève des aspects de droit européen lorsqu'il existe un doute à cet égard³³⁴, la CJUE a montré qu'elle n'admettait pas que des juges internationaux se reconnaissent la compétence d'examiner le rôle du droit européen dans les différends dont ils sont saisis, ce que le Tribunal arbitral saisi du litige relatif au Rhin de fer a clairement fait³³⁵.

Ce qui est assez « remarquable », pour reprendre les mots du Professeur N. Lavranos, c'est que le Tribunal arbitral a considéré qu'il était compétent pour résoudre le différend dans la mesure où sa résolution ne nécessitait ni d'appliquer ni d'interpréter le droit communautaire, alors que le litige soulevait clairement des questions régies par le droit européen³³⁶. Ceci l'a

³²⁸ M. AFROUKH et L. COUTRON, *op. cit.*, p. 60.

³²⁹ Notamment N. LAVRANOS qui critique le raisonnement du Tribunal arbitral, lui reprochant d'avoir procédé à une interprétation du droit communautaire lorsqu'il a examiné la question de savoir si le droit communautaire était pertinent pour la résolution du différend, voy. les critiques qu'il a formulées à cet égard dans son article N. LAVRANOS « The Mox Plant and Ijzeren ... », *op.cit.* p. 238.

³³⁰ En ce sens, P. d'ARGENT, « De la fragmentation ... » *op.cit.*, pp. 1124 et 1125.

³³¹ *Ibid.*, pp. 1124 et 1125.

³³² M. AFROUKH et L. COUTRON, *op. cit.*, p. 60.

³³³ Arrêt *Mox*, pt. 135 ; E. NEFRAMI, « La mixité éclairée... », *op. cit.*, p. 700.

³³⁴ Y. KERBRAT et Ph. MADDALON, *op. cit.*, p. 175 ; N. LAVRANOS, « Freedom... », p.463.

³³⁵ M. AFROUKH et L. COUTRON, L., *op. cit.*, p. 60 ; Y. KERBRAT et Ph. MADDALON, *op. cit.*, p. 177.

³³⁶ N. LAVRANOS, « On the Need... », *op. cit.*, p. 21.

conduit à résoudre le différend sans tenir compte des dispositions et de la jurisprudence européennes pertinentes, lesquelles étaient pourtant applicables³³⁷.

On notera qu'en vertu de la jurisprudence de la CJUE, un tel litige aurait certainement dû relever de sa compétence exclusive. Pourtant, comme c'était le cas s'agissant du recours à la procédure arbitrale OSPAR, la saisine par les deux États membres du Tribunal arbitral dans l'affaire du *Rhin de fer* ne s'est pas soldée par l'introduction d'un recours en manquement à l'initiative de la Commission³³⁸. Le fait que cette dernière ait été consultée, du moins de manière officieuse, en est certainement la raison³³⁹. On peut en déduire qu'un manquement à l'article 344 TFUE ne sera pas forcément constaté à chaque fois que l'appréciation du droit européen est confié par les États membres à un organe extérieur à l'ordre juridique de l'Union³⁴⁰. Dans ce domaine, l'introduction d'une procédure en manquement semble dépendre également du respect du devoir de coopération qui gouverne les relations entre les États membres et la Commission, requérant des premiers qu'ils respectent certaines exigences d'information et de consultation à l'égard de la seconde, tel qu'il a été précisé *supra*³⁴¹. Dans la procédure arbitrale relative au *Rhin de fer*, de même que dans celle introduite devant le Tribunal arbitral OSPAR, la Commission semble avoir considéré que les États membres concernés s'en étaient acquittés³⁴².

Nous retenons de l'analyse de la présente sentence que, même si c'est en passant par un raisonnement qui peut sembler étrange³⁴³, le Tribunal arbitral a tenu compte de l'obligation que l'article 344 TFUE met à charge des États membres et a examiné la question de son application en l'espèce, avant d'y répondre négativement et de statuer lui-même, définitivement, sur le différend. Cette approche nous donne à penser qu'un juge international, saisi d'un litige entre deux États membres, devrait commencer son raisonnement par un examen de la nécessité (ou non) d'appliquer le droit européen pour résoudre le différend qui lui est soumis, avant d'en tirer les conséquences qu'impose 344 TFUE aux États membres en terme de compétence juridictionnelle.

³³⁷ *Ibid.*, p. 21.

³³⁸ J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 6.

³³⁹ *Ibid.*, p. 6 ; voy. V. BARRAL, « la sentence du Rhin de fer, une nouvelle étape dans la prise en compte du droit de l'environnement par la justice internationale », *R.G.D.I.P.*, 2006, p. 652, note 22.

³⁴⁰ E. NEFRAMI, « La mixité éclairée... » *op.cit.*, p. 706.

³⁴¹ *Ibid.*, pp. 706 et 711.

³⁴² *Ibid.*, p. 711.

³⁴³ Il est étrange qu'un juge international considère se trouver dans une situation analogue à celle d'un juge national d'un État membre dans ses rapports avec la CJCE. Notons que cette construction surprenante est, néanmoins, respectueuse de la volonté des parties et de leurs obligations communautaires. En ce sens, P. d'ARGENT, « De la fragmentation... », *op.cit.*, p. 1123.

§2 L'attitude internationale à préconiser

L'analyse des sentences arbitrales commentées fait ressortir des positions très différentes des trois Tribunaux arbitraux à l'égard de l'article 344 TFUE. Alors que le Tribunal arbitral du droit de la mer a cédé la priorité à la compétence de la CJUE, les deux autres arbitres ont décidé de statuer définitivement sur un litige entre deux États membres et ce, malgré le risque que la CJUE considère que le différend en cause relève de sa compétence exclusive³⁴⁴. Ces divergences d'attitude entre les trois arbitres interviennent, pourtant, dans des situations plus ou moins semblables, en ce sens que les deux affaires mettent en cause un litige entre deux États membres, qu'elles sont issues de la soi-disant violation de traités internationaux et qu'elles posent la question de la mesure dans laquelle le litige relève du champ d'application du droit européen. D'où nos interrogations, auxquelles d'autres auteurs avant nous ont déjà cherché des réponses. Pourquoi ce manque de cohérence dans la jurisprudence internationale? Qu'est-ce qui explique les positions adoptées par les différents juges internationaux à l'égard de l'article 344 TFUE? Quelle approche préconiser? Les raisonnements de chacun des trois Tribunaux arbitraux en tête, nous tenterons dans les lignes qui suivent de dégager l'approche que le juge international, confronté à un litige susceptible de relever du champ d'application du droit européen et, partant, de la compétence exclusive de la CJUE, devrait, selon nous, adopter. Une prise de position à ce propos nécessite de rappeler brièvement certains principes de base qui gouvernent les rapports entre le droit européen et le droit international.

Premièrement, il est aujourd'hui très clairement établi que l'ordre juridique européen constitue un nouvel ordre juridique *sui generis*, distinct et autonome par rapport à l'ordre juridique international (et aux ordres juridiques nationaux), tant la CJUE a insisté sur ce postulat dans sa jurisprudence³⁴⁵. La jurisprudence de la juridiction européenne suprême nous a également montré à quel point elle était soucieuse de préserver l'autonomie qui caractérise le système juridique européen. Cet objectif se concrétise par une tendance toujours plus importante à chasser le droit international dans les relations entre États membres dans tous les domaines dans lesquels le droit européen met les pieds³⁴⁶. Notre analyse a montré que cette tendance se manifeste également sur le plan juridictionnel puisque, comme il a été souligné précédemment, c'est aussi le souci de préserver l'autonomie de l'ordre juridique européen qui

³⁴⁴ N. LAVRANOS, « The Mox Plant and Ijzeren Rijn disputes... », *op. cit.*, p. 232.

³⁴⁵ Voy. notamment l'arrêt *Van Gend en Loos* précité et CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. Enel*, aff. 6/64, *Rec.*, p. 1141, réactualisés avec l'affaire *Kadi*, *op. cit.*, pts. 282, 316 et 317.

³⁴⁶ P. d'ARGENT, « Arrêt 'Kadi' : le droit communautaire comme droit interne », *J.D.E.*, 2008, p.268 cité par P. d'ARGENT, « Participation à l'Union... » *op.cit.*, p. 11.

explique que la juridiction européenne soit à ce point sur la défense de ses prérogatives juridictionnelles lorsqu'il s'agit d'interpréter et d'appliquer le droit de l'Union dans le cadre d'un litige entre deux États membres³⁴⁷. Et cela vaut tant s'agissant du droit européen interne qu'externe, né des traités internationaux conclus par l'Union, la CJUE considérant que le droit international qui émane de la participation de l'UE à des traités internationaux fait partie intégrante de l'ordre juridique européen, ce qui lui permet d'affirmer sa compétence pour l'appliquer et l'interpréter³⁴⁸.

Ces principes à l'esprit et à la suite d'une réflexion qui s'est nourrie des considérations de nombreux auteurs, nous sommes d'avis que, même si c'est sans aucun doute au préjudice du système juridictionnel international, c'est au regard de cette réalité qui caractérise le système juridique européen que le juge international doit orienter son approche lorsqu'il est saisi d'un litige entre deux États membres. Certes, l'article 344 TFUE est dépourvu d'efficacité directe à l'égard du juge international, ses effets étant limités à l'ordre juridique européen, mais le juge international ne peut, à notre estime, ignorer le fait que les deux États qui lui demandent de résoudre le litige qui les oppose ont adhéré à un ordre juridique distinct de l'ordre juridique international, gouverné par un droit qui lui est propre et dont le respect est, le cas échéant, assuré par la juridiction spécialement créée à cette fin. En conséquence, lorsque le juge international constate que les parties invoquent (en partie) des arguments de droit européen à l'appui de leur raisonnement et qu'il est probable que la résolution du litige passe par l'application ou l'interprétation du droit européen, il ne peut ignorer le fait que le différend relève certainement également de la compétence de la CJUE. Dès lors, il devrait se poser la question de la nécessité d'appliquer ou non le droit européen pour le résoudre et, en cas de réponse positive, se demander dans quelle mesure le droit européen nécessite d'être appliqué et interprété. Ce faisant, comme il a été souligné précédemment, le juge international n'applique pas le droit européen, pas plus qu'il ne l'interprète.

Si les dispositions litigieuses de l'accord international en cause relèvent exclusivement ou principalement du droit européen, il serait préférable qu'il cède la priorité à la Cour de Luxembourg, bien qu'il ne soit pas juridiquement lié par la jurisprudence de cette dernière relative à 344 TFUE. Dans ce cas, il ne devrait pas forcément se déclarer définitivement incompétent pour connaître du différend. Il lui suffirait d'adopter la même approche que le Tribunal arbitral du droit de la mer, à savoir suspendre la procédure devant lui le temps que les

³⁴⁷ N. LAVRANOS, « The Mox Plant and Ijzeren Rijn disputes... », *op. cit.*, p. 235.

³⁴⁸ *Ibid.*, p. 235.

parties résolvent la question de la compétence de la CJUE. En agissant de la sorte, comme il a déjà été souligné *supra* lors de l'analyse de l'ordonnance du Tribunal arbitral du droit de la mer, il est certain que le juge international ne se conformerait à aucune obligation juridique, ni en vertu du droit international, encore moins en vertu du droit européen, l'article 344 TFUE étant dépourvu d'efficacité à son égard. Par conséquent, on ne voit pas d'autre solution que de penser son attitude en terme de *comity* et de respect mutuel entre juridictions au service d'ordres juridiques différents, comme l'a fait le Tribunal arbitral du droit de la mer, bien que ces notions ne connaissent pas de consécration juridique solide en droit international. Si l'on préfère cette justification, c'est parce qu'en se référant à la *comity* et au respect mutuel, les juridictions internationales ne font pas trop la part belle à la Cour de justice dans la mesure où elles montrent clairement qu'il n'y a aucune obligation pour elles d'agir de la sorte et que la décision de céder la priorité au juge européen relève encore de leur ressort³⁴⁹. Car on ne peut admettre que la CJUE, toute puissante soit-elle dans l'ordre juridique européen puisse « faire et défaire la compétence d'un organe international de règlement des différends »³⁵⁰. Au contraire, elle doit accepter que, dans l'ordre juridique international, sa prééminence juridictionnelle dans le règlement des litiges entre États membres en lien avec des conventions internationales repose sur des bases très fragiles³⁵¹.

Cette solution nous semble satisfaisante à différents égards. Premièrement, en agissant de la sorte, le juge international permet aux États membres d'honorer leur obligation en vertu de l'article 344 TFUE, ce qui les met à l'abri d'une procédure en manquement à l'initiative de la Commission. Deuxièmement, cette solution permet d'éviter le risque de décisions contradictoires émanant de deux juridictions différentes pour résoudre un même différend, un résultat préjudiciable pour les États membres. Enfin, théoriquement, si l'on en croit la jurisprudence de la CJUE, cette solution laisse une porte ouverte à la possibilité pour le juge international de résoudre le litige amputé de sa dimension européenne dans l'hypothèse où la CJUE ne se considérerait compétente que pour appliquer et interpréter une partie de la convention internationale applicable entre les deux États membres³⁵².

Par contre, si les dispositions en cause relèvent exclusivement ou principalement de la compétence des États membres (et donc, pas de l'Union), rien n'empêcherait selon nous le juge

³⁴⁹ J. CAZALA, *op.cit.*, p. 519.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 517.

³⁵¹ M. AFROUKH et L. COUTRON, L., *op. cit.*, p. 67.

³⁵² J. CAZALA, *op.cit.*, p. 517. Toutefois, à notre connaissance, un tel renvoi au juge international n'est encore jamais arrivé et on a du mal à envisager que cela puisse un jour se produire, tant la CJUE manifeste la volonté de devenir le seul juge des relations litigieuses entre États membres.

international de statuer définitivement sur le différend qui oppose les deux États membres. En effet, lorsqu'un litige entre deux États membres ne sollicite que de façon minimale l'application du droit européen et que les dispositions européennes en cause sont claires, on ne voit pas ce qui empêcherait le juge international de les appliquer pour résoudre le différend. C'est d'ailleurs ce que font les juridictions nationales lorsqu'elles sont saisies de litiges entre personnes privées soulevant des arguments de droit européen. Dans la même hypothèse, en cas de doute sur le sens des dispositions de droit européen en cause, le juge international pourrait, à notre estime, les interpréter et les appliquer dans le sens voulu par la jurisprudence de la Cour de Luxembourg³⁵³, sans que cela n'affecte l'autonomie de l'ordre juridique européen. L'admettre permettrait aux juridictions internationales de continuer à exercer leur compétence à l'égard des litiges entre États membres qui touchent dans une moindre mesure à des questions internationales couvertes par le droit européen. Néanmoins, les États membres s'étant engagés à ne pas soumettre à un autre juge que la CJUE les litiges dont la résolution suppose d'appliquer ou d'interpréter le droit européen³⁵⁴, la saisine d'un juge international exposerait l'État membre attaquant au risque d'une condamnation en manquement par la CJUE. Cette menace pourrait cependant être éloignée si les États membres concernés s'acquittaient de leur devoir de coopération en informant et consultant la Commission au sujet de la procédure qu'ils ont introduite devant le juge international. En effet, la Commission et, le cas échéant, la Cour elle-même (si la Commission décidait de la saisir d'un recours en manquement pour violation de l'article 344 TFUE), pourrait considérer qu'en raison de l'objet de la demande, le recours au juge international est plus adapté, la procédure de règlement des différends interétatiques offerte par le droit européen ne couvrant pas tous les chefs d'actions. Nous reviendrons de façon plus approfondie sur ce dernier point dans la section suivante.

SECTION II. Les conséquences du monopole juridictionnel de la CJUE

Intéressons-nous, à présent, aux conséquences que le monopole juridictionnel de la CJUE, tel qu'interprété par cette dernière, implique pour les juges internationaux et pour les États membres s'agissant des prérogatives dont ils devraient, en principe, bénéficier en leur qualité d'organes et de sujet de droit international.

§1. Les conséquences pour le juge international

L'article 344 TFUE, dans l'interprétation qui en est faite par la Cour de justice, est lourd de conséquences pour le système juridictionnel international. Les développements qui

³⁵³ N. LAVRANOS, « On the Need... », *op.cit.*, p. 22.

³⁵⁴ Voy. le libellé de l'article 344 TFUE.

précédent ont montré que le droit de l'Union, par le biais de l'article 344 TFUE, limite considérablement, voire exclut, la compétence des juridictions internationales pour connaître d'un litige entre États membres impliquant, potentiellement, le droit européen³⁵⁵, ce qui affecte leur autorité et celle des régimes au profit desquels elles sont établies et dont elles sont chargées d'assurer le respect³⁵⁶. Dans son « obsession du contrôle »³⁵⁷, la CJUE ne laisse même pas au juge international le soin de déterminer les parties du litige qui relèvent du droit européen et celles qui relèvent du droit international public, considérant qu'elle est la seule à pouvoir procéder à une telle division³⁵⁸.

Vu la tendance du droit européen à se développer continuellement, il y a fort à parier que le temps ne jouera pas en faveur des juridictions internationales. Au contraire, toute extension du droit de l'Union emportant avec elle la compétence de juridiction de la Cour de Luxembourg, chaque fois que le droit européen s'étend pour couvrir des domaines déjà réglés par le droit international, il réduit d'autant le titre de compétence des juges internationaux à l'égard des litiges entre deux États membres³⁵⁹. Finalement, eu égard aux développements considérables du droit européen, « force serait [...] de constater que le juge international est en quelque sorte condamné à un chômage grandissant...et le juge communautaire à des travaux de plus en plus herculéens puisqu'il est le juge exclusif en dernière analyse de toute interprétation à donner au droit communautaire »³⁶⁰.

Et, que se passerait-il si un juge international décidait d'ignorer la compétence de la CJUE et de trancher lui-même le litige que les deux États membres en conflit ont choisi de lui soumettre? Sa décision ne passerait de toute façon qu'au second plan face à une décision précédente ou future de la CJUE dans le même litige, les États membres étant obligés de donner priorité à la jurisprudence de la CJUE en raison de la primauté du droit européen qu'ils se sont engagés à respecter³⁶¹. De quoi miner l'efficacité des juridictions internationales et décourager toute tentative d'utiliser leur titre de compétence à l'égard d'un litige entre deux États membres³⁶².

³⁵⁵ N. LAVRANOS, « On the Need ... », *op.cit.*, p. 18.

³⁵⁶ N. LAVRANOS, « The Mox Plant and Ijzeren Rijn... », *op. cit.*, p. 235 ; N. LAVRANOS, « Freedom... », p.469.

³⁵⁷ Selon l'expression de N. PETIT et J. PILORGE-VRANCKEN, *op.cit.*, p. 815.

³⁵⁸ Y. KERBRAT et Ph. MADDALON, *op.cit.*, p. 175.

³⁵⁹ N. LAVRANOS, « On the Need ... », *op. cit.*, p. 13.

³⁶⁰ J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 7.

³⁶¹ N. LAVRANOS, « Concurrence of jurisdiction... », *op. cit.*, p. 46.

³⁶² *Ibid.*, p. 46.

Somme toute, il semble que l'avenir n'appelle à rien de réjouissant quant au sort réservé au rôle des juridictions internationales à l'égard d'un litige entre deux États membres. C'est d'autant plus malheureux quand on sait qu'en étant désaisies d'un certain nombre d'affaires, destiné à devenir de plus en plus important, les juridictions internationales instituées par des traités ont de moins en moins l'occasion de développer un corpus de jurisprudence, ce qui réduit, voire élimine, leur rôle « d'architecte du droit »³⁶³.

§2. Les conséquences pour les États membres

Les différents arguments utilisés par l'Irlande dans l'affaire de l'*Usine Mox*, en vue d'éviter à tout prix le monopole juridictionnel de la CJUE, donnent à penser que la compétence exclusive de la CJUE est vécue comme un obstacle par les États membres³⁶⁴. Dans les lignes qui suivent, nous réfléchissons aux raisons d'un tel sentiment.

A. La perte de la liberté de recourir au juge de leur choix

Vu la variété de juridictions internationales mises en place par des traités conclus entre États, il semble que ces derniers apprécient le fait d'avoir différentes procédures de règlement des différends à leur disposition, cela leur laissant le choix de la procédure la plus appropriée³⁶⁵. En leur qualité de sujet de droit international, les États bénéficient en effet d'une règle de liberté lorsqu'il s'agit de choisir un mode de règlement des différends, en vertu de l'article 33 de la Charte des Nations Unies³⁶⁶. Mais l'accroissement des compétences de l'Union et, par voie de conséquence, du domaine de juridiction de la CJUE, a petit à petit pour conséquence de les priver, en leur qualité d'État membre, des voies de recours internationales³⁶⁷. En effet, notre analyse de la jurisprudence de la CJUE a révélé que le juge européen refuse qu'un différend entre deux États membres, soulevant (en partie) des questions de droit européen, soit soumis à qui que ce soit d'autre que lui³⁶⁸, ce qui réduit considérablement les hypothèses dans lesquelles les États membres pourront encore bénéficier de la liberté de recourir au juge de leur choix. Quand on y réfléchit, cela implique que les États membres peuvent se voir reprocher le fait de recourir à un juge international dont la compétence, en vertu du traité international qui l'institue, est incontestable³⁶⁹. En leur qualité de sujet de droit souverain et autonome dans leurs relations

³⁶³ J. DE CRUZ, *op. cit.*, p.3.

³⁶⁴ *Ibid.*, p.3.

³⁶⁵ C. SEMMELMANN, *op. cit.*, p. 238.

³⁶⁶ P. d'ARGENT, « Participation à l'Union... », *op. cit.*, p. 5.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 6 ; N. LAVRANOS, « On the Need ... » *op.cit.*, p. 18.

³⁶⁸ J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 19.

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 5.

internationales mutuelles, cela peut leur sembler non seulement incompréhensible, mais également difficilement acceptable.

Dès lors, quelle serait encore l'utilité des clauses compromissaires insérées dans les accords internationaux³⁷⁰ s'agissant des relations litigieuses mutuelles entre États membres?³⁷¹ Selon la CJUE, apparemment, *quasi* nulle puisque l'article 344 TFUE semble être interprété d'une façon telle que toute clause d'attribution de compétence en faveur d'un autre organe international de règlement des différends ne saurait s'appliquer aux litiges entre États membres dans les domaines intéressant le droit communautaire, le juge européen ayant d'office priorité³⁷². À n'en pas douter, dans les matières relevant de la compétence de l'Union, la capacité compromissoire des États membres apparaît considérablement réduite³⁷³.

Notons qu'en doctrine, de nombreux auteurs ont déjà pris le parti des États membres pour dénoncer l'approche de la Cour de Luxembourg. Nous songeons, par exemple, au Professeur belge de droit international M. Joe Verhoeven, qui considère « qu'il conviendrait qu'aucun juge ne méconnaisse en règle générale ni la liberté du justiciable de choisir le juge de son choix lorsqu'il lui est accessible ni les avantages qu'il pourrait avoir à y recourir »³⁷⁴. Si l'on en croit les considérations de la CJUE dans l'*arrêt Mox*, cette dernière ne semble pas se sentir concernée... Bien que l'on conçoive que le juge européen se réserve les questions européennes, on déplore qu'il ne soit pas ouvert davantage à une quelconque forme de collaboration avec le juge international pour la résolution des différends entre États membres.

B. Le régime européen de règlement des différends interétatiques: une alternative satisfaisante aux voies de recours du droit international?

Si les litiges entre États membres sont presque toujours destinés à être portés devant la CJUE³⁷⁵, encore faut-il que ces derniers aient l'assurance de pouvoir y bénéficier d'une protection juridictionnelle suffisante. Pour le vérifier, nous nous sommes interrogés sur la protection juridictionnelle qu'offre le régime européen de règlement des différends interétatiques: quelles sont les procédures à disposition des États membres? Sont-elles aussi protectrices que le sont les modes de règlement des différends du droit international public?

³⁷⁰ L'insertion d'une clause compromissoire dans un traité international est une manière, parmi d'autres moins fréquentes, de conférer un titre de compétence au juge international, celui-ci ne pouvant résulter que du consentement préalable des États impliqués dans le litige; voy. Y. SHANY, *The Competing Jurisdictions...*, *op.cit.*, p. 2.

³⁷¹ Y. KERBRAT et Ph. MADDALON, *op. cit.*, p. 175.

³⁷² A. BARAV, *op. cit.*, p. 1376.

³⁷³ P. d'ARGENT, « De la fragmentation... », *op. cit.*, p. 1126.

³⁷⁴ J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 8.

³⁷⁵ Y. KERBRAT et Ph. MADDALON, *op.cit.*, p. 175.

Présentent-elles les mêmes avantages? Des questions auxquelles nous aimerions répondre positivement, au risque pour les États membres de sortir perdant de leur participation à l'Union européenne sur le plan juridictionnel. Une réponse à ces questions suppose, dans un premier temps, d'apporter certaines précisions concernant le système juridictionnel européen.

L'article 19 TUE confie à la CJUE la mission de veiller au respect du droit européen dans l'interprétation et l'application des traités³⁷⁶. Dans le cadre de cette mission, l'article 259 TFUE prévoit que la Cour peut être saisie par tout État membre qui estime qu'un autre État membre a manqué à l'une de ses obligations européennes³⁷⁷. Il s'agit du recours en manquement introduit à l'initiative d'un État membre, lequel constitue, à vrai dire, la seule procédure de règlement des différends interétatiques que les traités fondateurs mettent à disposition des États membres³⁷⁸. Malheureusement, cette voie de droit n'est pas toujours la plus adaptée lorsqu'il s'agit de trancher un contentieux interétatique³⁷⁹. Ses faiblesses tiennent non seulement à la nature d'un tel recours, mais également à celle de la juridiction amenée à en connaître qui, pouvant être qualifiée de juridiction 'classique', ne présente pas les mêmes avantages que d'autres organes de règlement des différends internationaux, tels que les tribunaux arbitraux.

Dans un premier temps, intéressons-nous à la nature même de la procédure en manquement et aux difficultés qu'elle implique. Le recours en manquement, bien qu'il puisse s'accompagner de mesures provisoires en vertu de l'article 279 TFUE³⁸⁰, consiste en un pur contentieux objectif de légalité³⁸¹. Un tel contentieux présente certains inconvénients. Premièrement, dans le cadre d'un contentieux à caractère objectif, l'approche du juge européen ne peut être que binaire, en ce sens que son pouvoir d'appréciation est limité à la résolution d'une unique question: l'État membre a-t-il oui ou non enfreint l'une des obligations qui lui incombent en vertu du droit européen?³⁸² De plus, le recours en manquement ne permet d'aboutir qu'au seul constat d'une violation du droit de l'Union, assorti d'une obligation de mise en conformité, sans que la Cour de justice puisse statuer sur la responsabilité de l'État en faute et décider d'une forme de réparation au bénéfice de l'État demandeur³⁸³. En d'autres

³⁷⁶ Article 19 TUE.

³⁷⁷ Article 259 TFUE.

³⁷⁸ P. d'ARGENT, « Participation à l'Union... », *op. cit.*, p. 9.

³⁷⁹ M. AFROUKH et L. COUTRON, *op. cit.*, p. 66.

³⁸⁰ Arrêt *Mox*, pt. 138.

³⁸¹ En ce sens, voy. Y. KERBRAT et Ph. MADDALON, *op. cit.*, p. 175 ; P. d'ARGENT, « Participation à l'Union... », *op. cit.*, p. 9.

³⁸² M. AFROUKH et L. COUTRON, *op. cit.*, p. 66.

³⁸³ Y. KERBRAT et Ph. MADDALON, *op. cit.*, p. 176 ; P. d'ARGENT, « Participation ... » *op. cit.*, p. 9 ; voy. CJCE, 7 février 1979, *France/Commission*, 15 et 16/76, *Rec.* p. 321, pt. 27 ; 6 décembre 2007, *Commission/Allemagne*, C-456/05, *Rec.* p. I-10517, pt. 25 ; 21 septembre 2010, *Suède e.a./API et Commission*, C-514/07 P, C-528/07 P et C-532/07 P, *Rec.* p. I-8533, pt. 119 ainsi que CJUE, 16 octobre 2012, *Hongrie c. Slovaquie*, C-364/10, pt. 67.

termes, l'État lésé qui décide d'introduire un recours en manquement ne pourra obtenir directement réparation du dommage subi devant la Cour et se verra contraint d'introduire, par la suite, un recours en responsabilité devant les juridictions de l'État condamné³⁸⁴. L'État requérant ne pourra pas plus obtenir du juge européen des assurances et garanties de non répétition au sens de l'article 30 b) du Projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'État pour fait internationalement illicite^{385 386}. Ainsi, on comprend mieux pourquoi l'Irlande, qui cherchait davantage à mettre fin aux activités du Royaume-Uni qu'à démontrer un manquement au droit européen, a préféré recourir à des juridictions internationales³⁸⁷. Enfin, si l'on en croit l'évolution de la construction européenne, le recours en manquement à l'initiative des États membres semble avoir été principalement une possibilité théorique offerte par les traités³⁸⁸. Comme il a déjà été souligné, les États membres sont généralement réticents lorsqu'il s'agit d'introduire un tel recours à l'encontre de l'un de leurs homologues et préfèrent céder la main à la Commission, encore faut-il réussir à la convaincre d'initier une action, la Commission bénéficiant d'un pouvoir discrétionnaire à cet égard³⁸⁹. Et vu les conséquences politiques qu'une procédure en manquement introduite par un État membre contre l'un des siens est susceptible de provoquer, il est peu probable qu'elle gagne en importance, contrairement à ce qu'essaie de suggérer la CJUE³⁹⁰. Par conséquent, on ne peut manquer de relever qu'une application rigoureuse de la jurisprudence de la Cour risque de freiner la justiciabilité des litiges internationaux qui opposent deux États membres, pourtant organisée dans les accords internationaux auxquels ils sont parties³⁹¹.

D'autres difficultés tiennent à la nature de la juridiction européenne, laquelle peut être qualifiée de juridiction 'classique'. La CJUE est investie d'un pouvoir de juridiction obligatoire. Les procédures introduites devant elle ne laissent aux parties aucune influence, ni sur sa composition, ni sur le droit applicable à la résolution de leur différend³⁹². Ces aspects à l'esprit, on peut considérer qu'une procédure initiée devant la Cour de Luxembourg ne présente pas les

³⁸⁴ M. AFROUKH et L. COUTRON, *op. cit.*, p. 66.

³⁸⁵ Projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'État pour fait internationalement illicite, adopté par la Commission du droit international en 2001, article 30, sous b).

³⁸⁶ P. d'ARGENT, « Participation à l'Union... », *op. cit.*, p. 9.

³⁸⁷ J. DE CRUZ, *op. cit.*, p. 3.

³⁸⁸ C. SEMMELMANN, *op. cit.*, p. 238 ; seuls quatre arrêts ont été rendus par la CJUE sur le fondement de l'article 259 TFUE, à savoir CJCE, 4 octobre 1979, *France/ Royaume-Uni*, aff. 141/78, *Rec.* p. 2923 ; CJCE, 16 mai 2000, *Belgique/ Espagne*, C-388/95, *Rec.* p. I-3123 ; CJCE, 12 septembre 2006, *Espagne/ Royaume-Uni*, C-145/04, *Rec.* p. I-7917 et CJUE, 16 octobre 2012, *Hongrie/ Slovaquie*, C-364/10.

³⁸⁹ Y. KERBRAT et Ph. MADDALON, *op. cit.*, p. 176 ; C. SEMMELMANN, *op. cit.*, p. 238.

³⁹⁰ Y. KERBRAT et Ph. MADDALON, *op. cit.*, p. 176.

³⁹¹ *Ibid.*, p. 176.

³⁹² C. SEMMELMANN, *op. cit.*, p. 237.

mêmes avantages pour les parties que d'autres procédures de règlement des différends internationales. Prenons, par exemple, le système d'arbitrage. Ce dernier présente différents avantages procéduraux. La procédure arbitrale offre notamment aux parties plus de flexibilité et de contrôle sur le litige qu'une juridiction classique, tout en aboutissant, elle-aussi, à une décision obligatoire³⁹³. Cela se manifeste au niveau de la constitution du tribunal arbitral, les parties ayant leur mot à dire quant à la désignation des arbitres³⁹⁴, mais également au niveau des règles de procédures, qu'elles ont la possibilité de déterminer³⁹⁵. L'arbitrage offre aussi aux parties les bénéfices de la confidentialité³⁹⁶ et de la rapidité de procédure, un tribunal arbitral étant capable de rendre une décision beaucoup plus rapidement que la CJUE, dans un laps de temps qui pourrait même être divisé par deux comparé à la résolution du même différend par le juge européen³⁹⁷. Cela se comprend facilement, un tribunal arbitral étant beaucoup moins sollicité que ne l'est la Cour suprême européenne, à laquelle les traités ont confié de nombreuses procédures³⁹⁸.

Si l'on raisonne de façon plus générale, en prenant comme référence la majorité des juridictions internationales, un autre avantage s'énonce en terme de spécialisation. En effet, lorsqu'une juridiction internationale est créée par un accord international spécifique et investie de la mission d'en assurer respect, il ne fait aucun doute qu'elle a davantage d'expertise que la CJUE pour résoudre les litiges issus de la violation dudit accord, dans la mesure où elle est spécialisée dans la matière concernée³⁹⁹. La CJUE est, au contraire, un organe traitant de domaines bien plus variés⁴⁰⁰.

Une dernière différence entre les deux juges, international et européen, mérite d'être relevée. Elle concerne la force juridique et les conséquences qui accompagnent leurs décisions. Alors qu'une décision de la CJUE est juridiquement obligatoire pour les États membres, que son exécution est assurée, le cas échéant, par des sanctions financières (260 TFUE) et qu'elle prime sur tous les droits nationaux, ça n'est pas le cas des décisions d'autres juridictions internationales⁴⁰¹. Par exemple, les décisions de l'Organe de règlement des différends de l'OMC ou d'un tribunal arbitral sont généralement considérées comme étant moins « lourdes »

³⁹³ *Ibid.*, p. 237.

³⁹⁴ *Ibid.*, p. 238.

³⁹⁵ N. LAVRANOS, « Concurrence of jurisdiction ... », *op. cit.*, p. 48.

³⁹⁶ C. SEMMELMANN, *op. cit.*, p. 237.

³⁹⁷ J. BLENNERHASSET, « The MOX plant case a jurisdictional odyssey », *Environmental Liability*, issue 4, 2006, cité par J. DE CRUZ, *op. cit.*, p.3 ; N. LAVRANOS, « Concurrence of jurisdiction ... », *op. cit.*, p. 48.

³⁹⁸ J. DE CRUZ, *op. cit.*, p. 3.

³⁹⁹ C. SEMMELMANN, *op. cit.*, p.238.

⁴⁰⁰ J. DE CRUZ, *op. cit.*, p. 3.

⁴⁰¹ N. LAVRANOS, « Concurrence of jurisdiction ... », *op. cit.*, p. 48.

juridiquement que les décisions de la CJUE, ce qui peut aussi faire pencher la balance en faveur des voies de recours du droit international⁴⁰².

L'énumération des différents avantages que présentent les voies de recours internationales par rapport à la justice européenne témoignent que le choix d'une juridiction n'est pas une décision anodine. Dès lors, on ne peut manquer de constater que la jurisprudence de la CJUE n'a pas seulement pour effet de priver les États membres de la liberté de saisir le juge de leur choix mais, au-delà de ça, elle les empêche aussi de prendre en compte certaines considérations politiques lorsqu'il s'agit de décider le mode de règlement des différends qu'ils souhaitent pour la résolution de leur différend⁴⁰³.

En résumé, l'essentiel, ici, est de relever que le régime européen de règlement des différends n'est pas aussi « complet » que le juge européen ne l'a laissé entendre dans l'arrêt *Mox*, en tous les cas s'agissant du règlement des litiges entre États membres⁴⁰⁴. De plus, il n'offre pas aux États membres les mêmes avantages que la résolution d'un litige par d'autres organes juridictionnels internationaux⁴⁰⁵. Ce constat donne à penser qu'« à n'en pas douter, les États membres pourraient avoir quelque mal à se contenter des procédures communautaires – le recours en manquement, limité et si peu prisé, de [l'article 259 TFUE] - et à renoncer, au moindre doute quant à l'applicabilité du droit communautaire, à celles ouvertes en théorie devant d'autres *fora* »⁴⁰⁶.

SECTION III. Propositions de solutions

L'affaire de l'*Usine Mox* a relancé le débat sur la possibilité d'une concurrence entre plusieurs juridictions internationales pour la résolution d'un même litige⁴⁰⁷, laquelle apparaît, en fait, bien réelle. Une telle concurrence est susceptible d'affecter l'efficacité des juridictions et de nuire au bon fonctionnement du système judiciaire global⁴⁰⁸, au détriment des États qui en ont besoin pour la résolution de leurs différends. De plus, par le jeu de 344 TFUE, les États membres semblent être privés d'un recours de pleine juridiction, ce qui fait de la participation à l'Union européenne une décision lourde de conséquences sur le plan juridictionnel. Dans cette dernière section, nous réfléchirons à certaines solutions qui permettraient d'organiser

⁴⁰² *Ibid.*, p. 48.

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 48.

⁴⁰⁴ En ce sens, voy. P. d'ARGENT, « Participation à l'Union... » *op.cit.*, pp. 9 et 10.

⁴⁰⁵ Y. KERBRAT et Ph. MADDALON, *op. cit.*, p. 175.

⁴⁰⁶ S. MALJEAN-DUBOIS et J.-Ch. MARTIN, « L'affaire de l'usine Mox devant les tribunaux internationaux », *Journ. dr. intern.*, 2007, 134 (2), §37 cité par M. AFROUKH et L. COUTRON, L., *op. cit.*, p. 66.

⁴⁰⁷ J. DE CRUZ, *op. cit.*, p. 3.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 3.

juridiquement une coordination entre le juge européen et le juge international. Ensuite, nous verrons comment les États membres, s'ils sont effectivement limités au mode de règlement des différends mis en place par les traités européens pour résoudre leurs relations litigieuses mutuelles, peuvent néanmoins faire en sorte que leur qualité d'État membre ne leur coûte pas le bénéfice d'une procédure juridictionnelle complète, le recours en manquement n'en étant pas une.

Différents mécanismes juridiques, aussi ambitieux soient-ils, peuvent être imaginés pour organiser les relations des juridictions internationale et européenne à l'égard d'un différend entre deux États membres, en vue de favoriser une collaboration entre ces dernières⁴⁰⁹. On peut songer notamment au système déjà bien connu du renvoi préjudiciel⁴¹⁰. D'ailleurs, si l'on reprend pour toile de fond l'affaire de l'*Usine Mox*, la suspension de la procédure devant le Tribunal arbitral du droit de la mer pourrait s'apparenter à une exception préjudicielle⁴¹¹. On est, en effet, proche d'une « procédure par laquelle, une juridiction peut [...] avant de rendre sa propre décision, obtenir d'une autorité [...] appartenant à un autre ordre juridique une décision sur un aspect de droit ou de fait dont elle a à connaître »⁴¹². La mise en place d'un tel système pourrait par exemple être assurée via l'insertion d'une clause dans les traités internationaux conclus par l'Union, stipulant que le juge international de l'accord, lorsqu'il est saisi d'un litige entre deux États membres soulevant certaines questions de droit européen, doit, dans un premier temps, obtenir une réponse préalable de la CJUE sur le sens à donner au droit européen en cause et sur la manière de l'appliquer, avant de trancher lui-même le différend.

On pourrait également envisager la création d'un Tribunal des Conflits inspiré du droit administratif français qui, composé paritairement de juges européens et internationaux, serait chargé de décider, au regard des éléments du litige, lequel des deux juges européen ou international est effectivement compétent pour trancher un cas d'espèce⁴¹³.

⁴⁰⁹ Notons que les problèmes liés à la concurrence se posent en des termes similaires entre les juridictions de l'ordre juridique international, à défaut d'existence, en droit international, de système hiérarchique propre à organiser leurs compétences. En doctrine, différents auteurs ont déjà songé à certaines solutions en vue d'introduire une forme de hiérarchie entre les cours et tribunaux internationaux de façons à prévenir le risque dénoncé d'une fragmentation du droit international, susceptible de résulter des conflits de compétence et du risque de jugements contradictoires qu'ils impliquent, voy. notamment N. LAVRANOS dans « Concurrence of jurisdiction ... », *op. cit.*, 50-56; N. LAVRANOS, « On the Need ... » *op. cit.*, pp. 42-45 ; J. CAZALA, *op. cit.*, pp. 530 et s.

⁴¹⁰ J. CAZALA, *op. cit.*, p. 530.

⁴¹¹ Ph. WECKEL, « Chronique de jurisprudence internationale », *R.G.D.I.P.*, 2003, n°4, p. 974 ; J. CAZALA, *op. cit.*, p. 530.

⁴¹² J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant-AUF, 2001, p. 974 cité par J. CAZALA, *op. cit.*, p. 530.

⁴¹³ Le Tribunal pourrait être composé de membres de la CJUE pour représenter l'ordre juridique européen et de membres de différentes juridictions internationales (par exemple, un juge de la CIJ, un juge du TIDM, un arbitre,

Une autre solution, moins institutionnelle, pourrait également consister en l'insertion, dans le chapitre des traités conclus par l'Union dédiés aux modes de règlement des différends, d'une obligation juridique infligée au juge international de l'accord de tenir compte et de respecter la jurisprudence de la CJUE lorsqu'il est amené à statuer sur un litige entre deux États membres⁴¹⁴.

Ces précédentes considérations nous montrent que différentes solutions juridiques, en ce compris les quelques exemples présentés ci-dessus, pourraient être envisagées pour permettre au juge international de conserver son titre de compétence à l'égard des litiges entre États membres, sans pour autant compromettre l'unité du droit européen protégée par la CJUE⁴¹⁵. Malheureusement, on doute que cette dernière soit ouverte à l'une d'entre elles. Il est dès lors nécessaire de trouver « une porte de sortie »⁴¹⁶ à la limite de la compétence du juge international qui résulte du droit de l'Union, pour que les États membres puissent avoir la garantie qu'ils pourront obtenir du juge européen le recours de pleine juridiction dont ils bénéficiaient devant le juge international⁴¹⁷. À cet égard, une autre solution pourrait être cherchée dans le prescrit de l'article 273 TFUE (ex-article 239 TCE), lequel permet aux États membres de soumettre par compromis à la CJUE tout différend qui les oppose en connexité avec l'objet des traités⁴¹⁸. En effet, saisi au titre de cette disposition, le juge européen pourrait statuer sur la responsabilité d'un État membre et décider d'une mesure de réparation au bénéfice de l'État demandeur⁴¹⁹. Cela suppose toutefois la conclusion d'un compromis entre les parties et, par conséquent, le consentement de l'État auteur du fait illicite à la compétence de la CJUE pour connaître du différend⁴²⁰, ce qui peut soulever d'autres difficultés... Mais cette alternative à la justice internationale mérite d'être défendue, et nous la défendons, pour que la participation des États au projet européen, auquel nous adhérons, n'emporte pas « l'impossibilité [pour ces derniers] de présenter certains chefs de demandes au juge »⁴²¹.

un juge de la CPI, un membre de l'Organe de règlement des différends de l'OMC, etc.) pour représenter l'ordre juridique international. Cette idée est inspirée des différentes publications de N. LAVRANOS qui a envisagé cette solution pour résoudre les conflits de compétence qui surviennent entre les juridictions internationales, voy. par exemple, N. LAVRANOS, « On the Need... », *op. cit.*, pp. 53-54.

⁴¹⁴ Cette idée est, elle aussi, inspirée N. LAVRANOS, « On the Need... », *op. cit.*, p. 54.

⁴¹⁵ Certains auteurs ont cherché d'autres solutions dans le *soft-law*, en se référant à des concepts tels que *comity* ou *principle of good faith*, voy. N. LAVRANOS, « On the Need ... » *op. cit.*, pp. 53-55. Mais, frappée par le manque de cohérence dans la jurisprudence internationale dans la manière de gérer le monopole de la CJUE, vu l'absence de lignes directrices obligatoires à cet égard, nous souhaitons limiter notre réflexion à d'éventuels mécanismes contraignants.

⁴¹⁶ L'expression est empruntée à P. d'ARGENT, « De la fragmentation... », *op.cit.*, p. 1123.

⁴¹⁷ P. d'ARGENT, « Participation à l'Union... », *op.cit.*, p. 12.

⁴¹⁸ Les considérations du Tribunal arbitral saisi dans l'affaire du *Rhin de fer* vont aussi dans ce sens, Arbitral Tribunal, *The Iron Rhine Railway*, *op.cit.*, pt. 100.

⁴¹⁹ Y. KERBRAT et Ph. MADDALON, *op. cit.*, p. 176.

⁴²⁰ *Ibid.*, p. 176.

⁴²¹ P. d'ARGENT, « Participation à l'Union... », *op.cit.*, p. 12.

Conclusion

Quelle construction juridique originale et fascinante est l'Union européenne, les juristes diraient *sui generis*: une construction de droit international sans nulle autre pareille, créée et régie par des traités internationaux et qui, depuis qu'elle a vu le jour, n'a cessé progressivement de s'autonomiser, aussi bien par rapport aux ordres juridiques nationaux de ses États constitutifs que par rapport à l'ordre juridique international qui l'a fait naître. Dans les relations entre États membres, cette autonomisation se concrétise en une véritable novation juridique: l'ordre juridique européen se substitue à l'ordre juridique international⁴²². Ce qui signifie que « là où le droit de l'Union s'installe, il chasse le droit international et le remplace »⁴²³. Notre analyse a montré que les conséquences de cette substitution d'ordres juridiques ne s'énoncent pas seulement en terme de droit applicable (le droit européen remplace le droit international conventionnel créé par les États souverains) mais affectent également le domaine juridictionnel, la substitution d'ordres juridiques emportant avec elle une substitution du juge de l'Union à tout autre juge international dans les relations litigieuses entre États membres⁴²⁴. Ce changement de juridiction dans les rapports entre États membres dispose d'une base juridique dans le droit primaire, à l'article 344 TFUE.

Le développement des compétences de l'Union a amené son juge à « faire concurrence » aux juridictions internationales lorsqu'il s'agit de connaître d'un différend entre États membres issu de la violation d'un accord international conclu par l'UE, seule ou aux côtés de ses États membres⁴²⁵. Face à d'éventuels chevauchements de compétence, l'article 344 TFUE s'est révélé être « un outil très efficace pour lutter contre le *forum shopping* au niveau européen »⁴²⁶. On peut même considérer qu'au fur et à mesure des développements de la jurisprudence européenne, il fait progressivement de la Cour le seul et unique juge des conflits entre États membres⁴²⁷. En effet, vu l'interprétation maximale que la disposition commentée reçoit de la Cour, il y a peu - n'y a pas - de différend entre États membres qu'elle considérera désormais en dehors du « territoire juridictionnel »⁴²⁸ de l'Union⁴²⁹. Force serait alors de constater que, du point de vue de l'ordre juridique européen, il n'existe finalement pas de situation de véritable

⁴²² *Ibid.*, p. 11.

⁴²³ P. d'ARGENT, « Arrêt 'Kadi'... », *op. cit.*, p. 268 cité par P. d'ARGENT, « Participation à l'Union... » *op.cit.*, p. 11.

⁴²⁴ P. d'ARGENT, « Participation à l'Union... », *op.cit.*, p. 11.

⁴²⁵ *Ibid.*, p. 11.

⁴²⁶ J. DE CRUZ, *op. cit.*, p.3.

⁴²⁷ M. AFROUKH et L. COUTRON, *op. cit.*, p. 61 ; P. d'ARGENT, « Participation à l'Union... », *op.cit.*, p. 11.

⁴²⁸ D. SIMON, « Cour de justice et Tribunal ... », *op. cit.*, p. 734.

⁴²⁹ M. AFROUKH et L. COUTRON, *op. cit.*, p. 61.

concurrence juridictionnelle, le juge européen devenant exclusivement compétent dès l'instant où le conflit entre deux États membres relève de l'ordre juridique européen⁴³⁰.

Qu'en pensent la Cour internationale de justice, l'Organe de règlement des différends de l'OMC, le Tribunal international du droit de la mer, la Cour pénale internationale, la Cour EDH ou tout autre juge ou arbitre de l'ordre juridique international? Sur quel fondement devraient-ils s'effacer pour céder la priorité au juge européen? Les frontières du « territoire juridictionnel »⁴³¹ de l'Union franchies, l'article 344 TFUE perd toute efficacité à l'égard des organes extérieurs à l'Union⁴³². Notre analyse de la jurisprudence internationale a révélé que, si certains juges internationaux sont sensibles à l'engagement juridictionnel que les États membres ont accepté d'assumer en participant à l'Union et se montrent désireux de leur permettre de l'honorer, d'autres n'y prêtent aucune attention. À n'en pas douter, en ne renvoyant pas les États membres devant le juge européen, les juges internationaux ne méconnaissent aucune obligation juridiquement contraignante, à défaut d'existence, en droit international public, d'obligation de déclaration d'incompétence quand concurrence avec le juge européen il y a. Évidemment, il en irait autrement si l'instrument conférant compétence aux juridictions internationales ne s'appliquait pas en présence d'autres procédures de règlement convenues entre parties, ce qui, il faut l'admettre, est souvent le cas, l'article 282 CNUSDM nous en offrant une belle illustration⁴³³. Hormis cette hypothèse spécifique, le monopole juridictionnel de la CJUE semble, dès lors, ne reposer que sur la bonne volonté des juridictions internationales⁴³⁴. C'est au regard du cas d'espèce, de l'étendue des aspects de droit européen que le litige soulève, du risque ou non de décisions contradictoires, que cette volonté s'exprimera par une forme de courtoisie en favorisant la compétence exclusive de la CJUE, ou par la décision du juge international de résoudre lui-même, définitivement, le différend. C'est la perception du monopole de la CJUE par l'ordre juridique international que nous privilégeons.

Nous avons vu aussi que le monopole juridictionnel de la Cour de Luxembourg a un prix, que paient aussi bien les États membres que les juges et arbitres internationaux. Les premiers se retrouvent limités au régime européen de règlement des différends. Ils sont ainsi privés de la liberté de saisir le juge de leur choix, qu'ils devraient pourtant avoir s'ils demeuraient des sujets de droit international sous l'angle du règlement des différends après leur adhésion à l'Union⁴³⁵.

⁴³⁰ Selon l'expression de D. SIMON, « Cour de justice et Tribunal ... », *op. cit.*, p. 734.

⁴³¹ D. SIMON, « Cour de justice et Tribunal ... », *op. cit.*, p. 734.

⁴³² M. AFROUKH et L. COUTRON, *op. cit.*, p. 67.

⁴³³ P. d'ARGENT, « Participation à l'Union... », *op.cit.*, p. 11.

⁴³⁴ M. AFROUKH et L. COUTRON, *op. cit.*, p. 67.

⁴³⁵ P. d'ARGENT, « Participation à l'Union... », *op.cit.*, p.5.

Le recours en manquement que la CJUE essaie de leur vendre dans sa jurisprudence s'est avéré une solution décevante, tant il est lacunaire en terme de protection juridictionnelle. Heureusement, l'article 273 TFUE, jusqu'à aujourd'hui très peu utilisé, permettrait aux États membres de conserver le bénéfice d'un recours de pleine juridiction pour qu'ils puissent être sûrs de ne rien perdre sur le plan juridictionnel de leur participation à l'Union⁴³⁶.

Les juges internationaux, eux, par contre, s'en sortent moins bien. Notre analyse a montré que l'article 344 TFUE, appliqué dans le sens souhaité par la juridiction suprême européenne, limite considérablement, voire exclut, leur compétence pour connaître d'un litige entre États membres impliquant, potentiellement, le droit européen⁴³⁷. Si la priorité à accorder au monopole de juridiction de la Cour de Luxembourg relève de la volonté du juge international, pour qu'une telle volonté ait à s'exprimer, encore faut-il que les États membres enfreignent leur obligation européenne en portant leur différend devant lui. Au contraire, si les États membres sont de bons élèves, le juge international n'a plus le pouvoir de décider comment se comporter face à l'empiètement du juge européen sur son domaine juridictionnel. Il reste dès lors à voir si les États membres et, le cas échéant, les cours et tribunaux internationaux, accepteront de privilégier la saisine de la CJUE ou continueront de chercher les moyens de la contourner, ce qui obligerait la Cour de Luxembourg à adapter ses exigences juridictionnelles⁴³⁸.

Bien sûr, nous sommes d'avis qu'une collaboration entre le juge européen et le juge international est souhaitable. Malheureusement, les solutions suggérées dans la présente étude en vue de la favoriser sont audacieuses et resteront, très certainement, de l'ordre du théorique.

Revenons aux constats principaux de notre analyse: un monopole juridictionnel accordé au juge de l'Union en matière de droit européen, des États membres cantonnés aux procédures européennes de règlement des différends, des juges internationaux privés d'un titre de compétence qui, pourtant, en vertu du droit international, est incontestable⁴³⁹. Autant dire qu'il faut que 'le jeu en vaille la chandelle'. Et, en l'espèce, l'objectif avancé par la CJUE est, une fois de plus, le souci de préserver l'autonomie de son ordre juridique...

Tout compte fait, à la fin d'une analyse qui, en s'intéressant à la relation qu'entretient le juge européen avec d'autres systèmes internationaux de règlement des différends⁴⁴⁰, n'a rien fait d'autre que d'analyser les rapports entre l'ordre juridique européen et l'ordre juridique

⁴³⁶ *Ibid.*, pp. 9 et 12.

⁴³⁷ N. LAVRANOS, « On the Need ... », *op.cit.*, p. 18.

⁴³⁸ N. LAVRANOS, « Freedom... », *op. cit.*, p. 469.

⁴³⁹ J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 5.

⁴⁴⁰ J. CAZALA, *op.cit.*, p. 506.

international sous un angle spécifique, une nouvelle question attire notre attention: pourquoi la CJUE défend-elle, à tout prix, un tel « repli sur soi »⁴⁴¹?

⁴⁴¹ J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 1.

Bibliographie

I. Législation

A. Textes internationaux

- Traité entre la Belgique et les Pays-Bas relatif à la séparation de leurs territoires respectifs, signé à Londres le 19 avril 1839, *C.T.S.*, 1838-1839, vol. 88, p. 427.
- Convention entre la Belgique et les Pays-Bas relative au paiement de la dette belge, à l'abolition de la surtaxe sur les eaux de vie néerlandaises et au passage d'une ligne de chemin de fer d'Anvers à l'Allemagne à travers le Limburg (le "Traité du Rhin de fer"), signé à Bruxelles le 13 janvier 1873, article IV, *C.T.S.*, 1872-1873 vol. 145, p. 447.
- Charte des Nations unies, adoptée à San Francisco le 26 juin 1945, article 33.
- Convention douanière relative au transport international de marchandises sous le couvert des carnets TIR (Convention TIR), conclue à Genève le 14 novembre 1975.
- Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, conclue à Montego Bay le 10 décembre 1982.
- Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du nord-est, signée à Paris le 22 septembre 1992.
- Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (Convention Aarhus), signée à Aarhus (Danemark) le 25 juin 1998.
- Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, adoptée à New York le 15 novembre 2000.
- Projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'État pour fait internationalement illicite, adopté par la Commission du droit international en 2001, article 30, sous b).

B. Textes européens

a) Droit européen primaire

- Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée), *J.O.U.E.*, C 326, 26 octobre 2012, pp. 0001-0390.
- Traité sur l'Union européenne (version consolidée), *J.O.U.E.*, C 326, 26 octobre 2012, pp. 0001-0390.
- Protocole N°8 relatif à l'article 6, paragraphe 2, du Traité sur l'Union européenne sur l'adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *J.O.U.E.*, C 326/273, 26 octobre 2012.

b) Droit européen dérivé

- Directive 80/836/Euratom du Conseil, du 15 juillet 1980, portant modification des directives fixant les normes de base relatives à la protection sanitaire de la population et des travailleurs contre les dangers résultant des rayonnements ionisants, *J.O.C.E.*, L 246, 17 septembre 1980, pp. 1-72.
- Directive 85/337/CEE du Conseil, du 27 juin 1985, concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, *J.O.C.E.*, L 175, 5 juillet 1985, pp. 40-48.
- Directive 90/313/CEE du Conseil, du 7 juin 1990, concernant la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement, *J.O.C.E.*, L 158, 23 juin 1990, p. 56- 58.
- Directive 92/3/Euratom du Conseil, du 3 février 1992, relative à la surveillance et au contrôle des transferts de déchets radioactifs entre Etats membres ainsi qu'à l'entrée et la sortie de la Communauté, *J.O.C.E.*, L 35, 12 février 1992, pp. 24-28.
- Directive du Conseil 92/43/CEE, du 21 mai 1992, concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages (la « Directive Habitat »), *J.O.C.E.*, L 206, 22 juillet 1992, pp. 7-50.
- Directive 96/29/Euratom du Conseil du 13 mai 1996 fixant les normes de base relatives à la protection sanitaire de la population et des travailleurs contre les dangers résultant des rayonnements ionisants, *J.O.C.E.*, L 159, 29 juin 1996, pp. 1-114.
- Décision du Conseil 98/249/EC du 7 octobre 1997 relative à la conclusion par la Communauté de la convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est, *J.O.C.E.*, L 104, 3 avril 1998, p. 1-1.
- Décision du Conseil 98/392/CE du 23 mars 1998 concernant la conclusion par la Communauté de la convention des Nations unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 et de l'accord du 28 juillet 1994 relatif à l'application de la partie XI de ladite convention, *J.O.C.E.*, L. 179, 23 juin 1998, pp. 1-2.

C. Textes nationaux

- Résolution du Parlement Wallon du 25 avril 2016 sur l'Accord économique et commercial global (AECG), sess. 2015-2016., Doc. 212 (2014-2015) – N°4, disponible sur http://nautilus.parlement-wallon.be/Archives/2015_2016/RES/212_4.pdf

II. Doctrine

A. Ouvrages

- EECKHOUT, P., *External Relations of the European Union : Legal and Constitutional Foundations*, Oxford, Oxford university press, 2004.
- EECKHOUT, P., *EU External Relations Law*, New York, Oxford university press, 2011.

- KOUTRAKNOS, P., *EU International relations law*, Oxford, Hart Publishing, 2015, pp. 182-196.
- LAVRANOS, N., *Decisions of International Organizations in the European and Domestic legal orders of selected EU Member States*, Groningen, Europa Law Publishing, 2004, Chapter 4.
- MANIN, Ph., *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, Paris, Pedone, 2004, n°629.
- NEFRAMI, E., *Les accords mixtes de la Communauté européenne: aspects communautaires et internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2007.
- SALMON, J. (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant-AUF, 2001.
- SHANY, Y., *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford, Oxford university press, 2003.
- WATHELET, M., *Contentieux européen*, Précis, Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, 2^e ed. 2014, Bruxelles, Larcier.
- BESSON, S. et ZIEGLER, A. (dir.), *Le juge en droit européen et international/ The judge in European and International Law*, Zürich, Schulthess Verlag, 2013, pp. 163- 172,

B. Articles

- ADAM, S., « Het Europees Hof van Justitie en andere internationale rechtsprekende organen. Enkele opmerkingen naar aanleiding van het Mox Fabrief arrest », *R.B.D.I.*, 2007/1, pp. 113-148.
- AFROUKH, M. et COUTRON, L., « La compétence - exagérément? - exclusive de la Cour de justice pour l'examen de recours interétatiques », *Rev. Aff. Eur.*, 2015/1, pp. 45-68.
- ANKERSMIT, L., « Is ISDS in EU Trade Agreements legal under EU Law? », 29 février 2016, Investment Treaty News, disponible sur <http://www.iisd.org>
- ANKERSMIT, L., « Investment Court System in CETA to be judged by the ECJ », 31 octobre 2016, European Law Blog, disponible sur <http://europeanlawblog.eu>
- BARAV, A., « article 219 », in V. CONSTANTINESCO, J.-P. JAQUE, R. KOVAR et D. SIMON (dir.), in *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Economica, 1992, pp. 1375- 1376.
- BARDARO, E., « L'accord UE-Canada : cheval de troie ou exemple à suivre ? », 20 septembre 2016, pp. 24-29, disponible sur <http://www.cepess.be>
- BARRAL, V., « la sentence du Rhin de fer, une nouvelle étape dans la prise en compte du droit de l'environnement par la justice internationale », *R.G.D.I.P.*, 2006, pp. 649-668.

- BLENNERHASSET, J., « the MOX plant case a jurisdictional odyssey », *Environmental Liability*, issue 4, 2006.
- BOULOUIS, J., « La jurisprudence de Cour de justice des communautés européennes relative aux relations extérieures », *R.C.A.D.I.*, 1978, II, pp. 383-388.
- BOULOUIS, J., « Le droit des communautés européennes dans ses rapports avec le droit international général », *R.C.A.D.I.*, 1992, IV, pp. 17-79.
- CHALTIEL, F., « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Institution et ordre juridique communautaire », *Journ. dr. intern.*, 2007, pp. 607-608.
- CHURCHILL, R et SCOTT, J., « The Mox Plant Litigation : The First Half-Life », *I.C.L.Q.*, 2004, 53, pp. 643-676.
- CARDWELL, P. J. et FRENCH, D., « Who decides? The ECJ's Judgment on Jurisdiction in the MOX Plant Dispute », *Journal of Environmental Law*, 2007, Vol.19 pp. 121-129.
- CASSIA, P. et MARIATTE, F., « Le Tribunal arbitral a-t-il 'dérailé'? À propos de la sentence rendue le 24 mai 2005 dans l'affaire du 'Rhin de fer' », *Europe*, 2005, alerte 67, p. 4.
- CAZALA J., « La contestation de la compétence exclusive de la Cour de justice des Communautés européennes. Etude des relations entre divers systèmes internationaux de règlement des différends », *Rev. trim. dr. eur*, 2004, liv. 3, pp. 505- 532.
- d'ARGENT, P., « De la fragmentation à la cohésion systémique: la sentence arbitrale du 24 mai 2005 relative au 'Rhin de fer' », in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 1113-1137.
- d'ARGENT, P., « Arrêt 'Kadi' : le droit communautaire comme droit interne », *J.D.E.*, 2008, p.268.
- d'ARGENT, P., « Participation à l'Union européenne et règlement juridictionnel des différends entre Etats », 18 mars 2013, Cahiers du CeDIE working papers, n°2013/05, disponible sur <https://cdn.uclouvain.be>
- d'ARGENT, P., « Droit des relations internationales de l'Union européenne », Notes de Cours, Université catholique de Louvain-la-Neuve, 2016-2017, partie intitulée « Conclusion des traités par l'UE ».
- DE CRUZ, J., « L'affaire de l'usine 'MOX' ou comment pallier le forum shopping en droit international de l'environnement », 23 janvier 2008, les blogs pédagogiques de l'Université Paris Nanterre, disponible sur <http://blogs.u-paris10.fr>
- DUBOUT, E., « Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la CEDH », *R.D.F.L.*, 2015, chron. 9.
- ECONOMIDES, C. et KOLLIPOULOS, A. « La clause de déconnexion en faveur du droit communautaire : une pratique critiquable », *R.G.D.I.P.*, 2006, pp. 273-302.

- JAQUE, J.P., « L'avis 2/13 CJUE. Non à l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme ? », 26 décembre 2014, disponible sur <http://www.droit-union-europeenne.be>
- JOHANSEN, S. Ø., « The Reinterpretation of TFEU Article 344 in Opinion 2/13 and its Potential Consequences », 16 *German Law Journal*, 2015, pp. 169-178.
- KERBRAT, Y., « Le différent relatif à l'usine Mox de Sellafield (Irlande/ Royaume-Uni) : connexité des procédures et droit d'accès à l'information en matière environnementale ? », *A.F.D.I.*, 2004, pp. 607 à 623.
- KERBRAT, Y. et MADDALON, Ph., « Affaire de l'Usine Mox: la CJUE rejette l'arbitrage pour le règlement des différends entre Etats membres », *Rev. Trim. Dr. Eur*, 2007, pp. 165-182.
- KOSKENNIEMI, M. et LEINO, P., « Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties », *L.J.I.L.*, 2002, 15, Issue 3, pp. 553-579.
- KOUTRAKOS, P. « The Interpretation of Mixed Agreements under the Preliminary Reference Procedure », *European Foreign Affairs Review*, 2002, 7, pp. 25-52.
- LAVRANOS, N., « Concurrence of jurisdiction between the ECJ and other International Courts and Tribunals », 2005, Archive of European integration (A.E.I.), disponible sur <http://aei.pitt.edu>
- LAVRANOS, N., « Protecting its exclusive jurisdiction : the Mox Plant judgment of the ECJ », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 5, Issue 3, 2006, pp. 479-493.
- LAVRANOS, N., « Freedom of member states to bring disputes before another court or tribunal: Ireland condemned for bringing the MOX plant dispute before an arbitral tribunal. Grand Chamber decision of 30 May 2006, Case C-459/03, *Commission v. Ireland* », *E.C.L.R.*, 2006, Vol.2, p.456-469.
- LAVRANOS, N., « The Mox Plant and Ijzeren Rijn disputes : Which Court is the Supreme Arbiter ? », *L.J.I.L.*, 2006, 19, pp. 223-246.
- LAVRANOS, N., « The Scope of the Exclusive Jurisdiction of the Court of Justice », *E.L.Rev.*, 2007, pp. 83-94
- LAVRANOS, N., « On the Need to Regulate Competing Jurisdictions between International Courts and Tribunals », 2009, EUI Working Paper MWP, 2009/14, disponible sur <http://cadmus.eui.eu>
- LOUIS, J.-V., « L'insertion des accords dans l'ordre juridique de la communauté et le droit des Etats membres », in LOUIS, J.-V et DONY, M. (dir.), *Commentaires J. Megret : Le droit de la CE et de l'Union européenne. Relations extérieures*, vol. 12, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2005, pp. 113 et s.
- MACKEL, N., « article 292 (ex-article 219) », in LEGER, Ph. (dir.), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Helbing & Lichtenhahn, Dalloz/Bruylant, Paris/Bruxelles,

2000, p. 1874.

- MALJEAN- DUBOIS S. et MARTIN, J.-Ch., « L'affaire de l'usine Mox devant les tribunaux internationaux », *Journ. dr. Intern.*, 2007, 134 (2), pp.437-472.
- MARIATTE, F., « Accords mixtes et arbitrage: première sanction du 'devoir de loyauté au système judiciaire' communautaire », *Europe*, 2006, Comm. 207, pp. 13-16.
- NEFRAMI, E., « La mixité éclairée dans l'arrêt Commission contre Irlande du 30 mai 2006 (affaire Mox) : une double infraction, un triple apport », *R.D.U.E.*, 2007, pp. 687-713.
- NOUZHA, C., « L'affaire de l'Usine MOX (Irlande c. Royaume-Uni) devant le Tribunal international du droit de la mer : quelles mesures conservatoires pour la protection de l'environnement ? », mars 2002, *Actualité et droit international*, disponible sur <http://www.ridi.org/adi>
- PETIT, N. et PILORGE-VRANCKEN, J., « Avis 2/13 de la CJUE: l'obsession du contrôle? », *R.A.E.*, 2014, liv. 4, pp. 815-830.
- REUTER, P., « La Cour de justice des communautés européennes et le droit international », in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, Faculté de droit de l'Université de Genève, 1968, pp. 665-686.
- RIDEAU, J., « Les accords internationaux dans la jurisprudence de la CJCE. Réflexions sur les relations entre les ordres juridiques international, communautaire et nationaux », *R.G.D.I.P.*, 1990/2, pp. 345-347.
- SEMMELMANN, C., « Forum shopping between UNCLOS arbitration and EC adjudication - And the winner ... should be ... the ECJ! », *European Law Reporter*, 2006, pp. 234-241.
- SCHRIJVER, N., « Case C-459/03, Commission of the European Communities v. Ireland, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 30 May 2006, [2006] ECR I-4635 », *Com. M.L.R.*, 2010, Vol. 47, n° 3, pp. 863-878.
- SHANY, Y., « The first Mox plant award : the need to harmonise competing environmental regimes and dispute settlement procedures », *L.J.I.L.*, 2004, 17, pp. 815-827.
- SIMON, D. et RIGAUX, A., « L'avis de la Cour de justice sur le projet d'accord CEE/AELE portant création de l'Espace économique européen (EEE) », *Europe*, 1992, chron. 2.
- SIMON, D., « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », in *Droit international et droit communautaire : perspectives actuelles*, Colloque de Bordeaux, S.F.D.I., Paris, Pédone, 2000, pp.207-249.
- SIMON, D., « Les juridictions régionales concourent-elles au renforcement ou à l'émiettement du droit international? », in DELAS, O., COTE, R., CREPEAU, F. ET LEPRECHT, P. (dir.), *Les juridictions internationales: complémentarité ou concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 63-74.
- SIMON, D., « Cour de justice et Tribunal de première instance des Communautés

européennes », *A.F.D.I.*, 2006, pp. 732-734.

- VERHOEVEN, J., « Sur les relations entre le juge communautaire et les autorités internationales », *A.F.D.I.*, 2008, pp. 1-21.
- WACHSMANN, P., « L’avis 2/94 de la Cour de justice relatif à l’adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales », *R.T.D.E.*, 1996, pp. 467- 491.
- WECKEL, Ph., « Chronique de jurisprudence internationale », *R.G.D.I.P.*, 2003, n°4, p. 974.

III. Jurisprudence

A. Juridictions nationales

- BverfGE 37, 271, *Solange I*, *R.T.D.E.*, 1975, p. 316.

B. Cour de Justice de l’Union européenne

a) Décisions du Tribunal

- TPI, 21 septembre 2005, *Yassin Abdullah Kadi c. Conseil et Commission*, aff. T-315/01, *Rec.*, II-3649.
- TPI, 21 septembre 2005, *Yusuf et Al Barakaat International Foundation*, aff. T-306/01, *Rec.* II-3533.

b) Décisions de la Cour

- CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, *Rec.* p. 3.
- CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. Enel*, aff. 6/64, *Rec.*, p. 1141.
- CJCE, 31 mars 1971, *AETR*, aff. 22/70, *Rec.* p. 263.
- CJCE, 12 juillet 1973, *Commission/Allemagne*, aff. 70/72, *Rec.* p. 813,
- CJCE, 30 avril 1974, *Haegeman c. Etat belge*, aff. 181/73, *Rec.* p. 449.
- CJCE, 5 février 1976, *Bresciani*, aff. 87-75, *Rec.* p. 129.
- CJCE, Avis 1/76 du 26 avril 1977 (fonds européen d’immobilisation de la navigation intérieure), *Rec.* p. 741.
- CJCE, Délibération 1/78 du 14 novembre 1978 (Projet de convention de l’Agence internationale de l’énergie atomique sur la protection des matières, installations et transports nucléaires), *Rec.* p. 2151.
- CJCE, 7 février 1979, *France/Commission*, aff. jointes 15 et 16/76, *Rec.* p. 321

- CJCE, 4 octobre 1979, *France/ Royaume-Uni*, aff. 141/78, *Rec.* p. 2923.
- CJCE, 6 octobre 1982, *Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA c. Ministero della Sanità*, C-283/81, *Rec.* p. 3415.
- CJCE, 26 octobre 1982, *Kupferberg*, aff. 104/41, *Rec.* p. 3641.
- CJCE, 23 avril 1986, *Les Verts/Parlement européen*, aff. 294/83, 1986, *Rec.* p. 1339.
- CJCE, 30 septembre 1987, *Demirel*, aff. 12/86, *Rec.* p. 3719.
- CJCE, Avis 1/91 du 14 décembre 1991 (accord sur la création de l'Espace économique européen), *Rec.* p. I-6079.
- CJCE, Avis 1/92 du 10 avril 1992 (second accord sur la création de l'Espace économique européen), *Rec.* p. I-2821.
- CJCE, Avis 2/91 du 19 mars 1993 (convention n. 170 de l'OIT concernant la sécurité dans l'utilisation des produits chimiques au travail), *Rec.* p. 1061.
- CJCE, Avis 1/94 du 15 novembre 1994 (compétence de la Communauté pour conclure des accords internationaux en matière de services et de protection de la propriété intellectuelle), *Rec.* p. 5267.
- CJCE, Avis 2/94 du 28 mars 1996 (adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales), *Rec.* p. I-1759.
- CJCE, 10 septembre 1996, *Commission c. Allemagne*, C-61/94, *Rec.* p. I-3989.
- CJCE, 16 juin 1998, *Hermès*, C-53/96, *Rec.* p. I-3603.
- CJCE, 16 mai 2000, *Belgique/ Espagne*, C-388/95, *Rec.* p. I-3123.
- CJCE, 14 décembre 2000, affaires jointes *Dior e.a et Assco.*, C-300/98 et C-392/98, *Rec.* p. I-11307.
- CJCE, 13 septembre 2001, *Schieving-Nijstad*, C-89/99, *Rec.* p. I-5851.
- CJCE, Avis 2/00 du 6 décembre 2001 (Protocole de Cartagena), *Rec.* I-9713.
- CJCE, 19 mars 2002, *Commission c. Irlande*, C-13/00, *Rec.*, p. I-2943.
- CJCE, Avis 1/00 du 18 avril 2002 (accord sur la création d'un espace aérien européen commun), *Rec.* p. I-3493.
- CJCE, 7 octobre 2004, *Commission c. France*, C-239/03, *Rec.* p. I-9325.
- CJCE, 17 mars 2005, *Parlement européen c. Conseil et Commission*, affaires jointes C-317/04 et C-318/04, *Rec.* p. I-04721.

- CJCE, 10 janvier 2006, *IATA et ELFAA*, C-344/04, *Rec.* p. I-403.
- CJCE, 30 mai 2006, *Commission c. Irlande*, C-459/03, *Rec.* p. I-4635.
- CJCE, 12 septembre 2006, *Espagne/ Royaume-Uni*, C-145/04, *Rec.* p. I-7917.
- CJCE, 6 décembre 2007, *Commission/Allemagne*, C-456/05, *Rec.* p. I-10517
- CJCE, 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec.* p. I-6351.
- CJUE, 21 septembre 2010, *Suède e.a./API et Commission*, aff. jointes C-514/07 P, C-528/07 P et C-532/07 P, *Rec.* p. I-8533
- CJUE, Avis 1/09 du 8 mars 2011 (juridiction du brevet européen et du brevet communautaire), *Rec.* p. I-1137
- CJUE, 16 octobre 2012, *Hongrie/ Slovaquie*, C-364/10, disponible sur www.curia.europa.eu
- CJUE, Avis 2/13 du 18 décembre 2014 (adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales), disponible sur www.curia.europa.eu
- CJUE, Avis 2/15 du 16 mai 2017 (Accord de libre-échange entre l'Union européenne et la République de Singapour), disponible sur www.curia.europa.eu

c) Conclusions des Avocats généraux

- Conclusions de l'Avocat général M. Poiares MADURO dans l'affaire de l'*Usine Mox* (CJCE, 30 mai 2006, *Commission c. Irlande*, C-459/03, *Rec.* p. I-04635), disponible sur www.curia.europa.eu
- Conclusions de l'Avocat général J. KOKOTT dans l'affaire *Intertanko e.a.*, (CJCE, 2 juin 2008, *Intertanko e.a.*, C-308/06, *Rec.* p. I-04057), disponible sur www.curia.europa.eu
- Conclusion de l'Avocat général M. Poiares MADURO dans l'affaire 'Kadi' (CJCE, 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec.* p. I-6351.
- Conclusions de l'Avocat général J. KOKOTT dans la procédure d'Avis 2/13 (CJUE, Avis 2/13 du 18 décembre 2014), disponible sur www.curia.europa.eu
- Conclusion de l'Avocat général E. SHARPOSTON dans la procédure d'Avis 2/15 (CJUE, Avis 2/15 du 16 mai 2017 sur l'Accord de libre-échange EU-Singapour), disponible sur www.curia.europa.eu

C. Juridictions internationales

- CIJ, 20 février 1969, *Affaires du plateau continental de la Mer du Nord (RFA c. Danemark, RFA c. Pays-Bas)*, Rec. 1969.
- UNCLOS Arbitral tribunal, *Southern Bluefin Tuna (New-Zealand-Japan, Australia-Japan)*, Award on Jurisdiction and Admissibility, 4 August 2000, §54, disponible en anglais sur http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXIII/1-57.pdf
- ITLOS, *The Mox Plant Case (Ireland v. United Kingdom)*, Request for provisional measures, Order of 3 December 2001, disponible en anglais sur <https://www.itlos.org/>
- ITLOS, *The Mox Plant Case (Ireland v. United Kingdom)*, Separate Opinion of Judge Treves, disponible en anglais sur <https://www.itlos.org/>
- UNCLOS Arbitral Tribunal, *MOX Plant Case (Ireland v. United Kingdom)*, audience du 13 juin 2003, plaidoirie de Ph. SANDS (Conseil de l'Irlande), disponible en anglais sur <https://pcacases.com>
- UNCLOS Arbitral tribunal, *MOX Plant Case (Ireland v. United Kingdom)*, Order N°3, Suspension of Proceedings on Jurisdiction and Merits and Request for further Provisional Measures, 24 June 2003, disponible en anglais sur <https://www.pcacases.com>
- OSPAR Arbitral Tribunal, *Mox Plant Case (Ireland v. United Kingdom)*, Final Award, 2 July 2003, disponible en anglais sur <https://www.pcacases.com>
- Arbitral Tribunal, *The Iron Rhine (« Ijzeren Rijn ») Railway (Belgium/Netherlands)*, Arbitral Award, 24 May 2005, disponible en anglais sur <https://www.pcacases.com>
- UNCLOS Arbitral Tribunal, *MOX Plant Case (Ireland v. United Kingdom)*, Order n°6, Termination of proceedings, 6 June 2008, disponible en anglais sur <https://www.pcacases.com>

IV. Presse

- La rtbf, « CETA : la Belgique va saisir la Cour de justice de l'UE... et maintenant quoi ? », 28 octobre 2016, disponible sur https://www.rtbef.be/info/dossier/ceta-la-wallonie-defie-l-europe-et-le-canada/detail_ceta-la-belgique-va-saisir-la-cour-de-justice-de-l-ue-et-maintenant-quoi?id=9442324
- La rtbf, « CETA: la CJUE "nous donne raison" contre la Commission, dit Paul Magnette », 16 mai 2017, disponible sur https://www.rtbef.be/info/belgique/detail_ceta-la-cjue-nous-donne-raison-contre-la-commission-dit-paul-magnette?id=9607110

V. Autres sources

- Avis du Comité économique et social européen sur la protection des investisseurs et le règlement des différends entre investisseurs et États dans les accords de commerce et

d'investissement de l'UE avec des pays tiers (2015/C 332/06), *J.O.U.E.*, C 332/45, 8 octobre 2015, disponible sur <http://eur-lex.europa.eu>

- European Association of Judges, Statement from the European association of judges on the proposal from the European Commission on a new Investment Court System, 9 November 2015, Paris, disponible sur <http://www.iaj-uim.org>
- German Magistrates Association, Opinion on the establishment of an investment tribunal in TTIP - the proposal from the European Commission on 16.09.2015 and 11.12.2015, No. 04/16, February 2016, disponible sur <https://www.foeeurope.org>
- Cabinet d'avocats ClientEarth, « Legal briefing EP Legal Service Opinion on ICS in CETA », 5 septembre 2016, disponible sur <https://www.documents.clientearth.org/wp-content/uploads/library/2016-09-05-legal-briefing-ep-legal-service-opinion-on-ics-in-ceta-ce-en.pdf>
- Déclarations relatives à l'Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, 27 octobre 2016, Bruxelles, disponible sur <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13463-2016-REV-1/fr/pdf>
- Le CNCD, « CETA : la Belgique doit envoyer d'urgence la question de la légalité de l'ICS à la Cour de justice », 1 décembre 2016, disponible sur <http://www.cncd.be/CETA-la-Belgique-doit-envoyer-d>

Table des matières

Introduction	1
Chapitre I. Le risque de concurrence entre le juge européen et le juge international	4
Chapitre II. La compétence exclusive de la CJUE dans l'ordre juridique européen	6
Section I. L'article 344 TFUE: cadre général	6
§1 Présentation générale du principe de la compétence exclusive	6
§2 Notions	8
§3 Objet.....	9
§4 Conditions	10
§5 Sanction	11
Section II. La jurisprudence de la CJUE	11
§1 L'arrêt <i>Mox</i> : première décision contentieuse relative à 344 TFUE.....	11
A. Faits	12
B. Problème juridique et décision de la Cour	14
C. Raisonnement.....	15
a) Un différend relatif à l'interprétation et à l'application du droit communautaire	15
b) Un différend relevant de la compétence exclusive de la Cour	18
D. Enseignements	21
§2 L'avis 2/13 relatif à l'adhésion de l'UE à la CEDH: position récente de la CJUE	26
A. L'incompatibilité du projet d'accord avec l'article 344 TFUE	26
B. Enseignements.....	29
§3 Comparaison de l'arrêt <i>Mox</i> et de l'avis 2/13: une interprétation de plus en plus large de la compétence exclusive de la CJUE	32
§4 L'article 344 TFUE et l'arbitrage d'investissement	35
Chapitre III. La compétence exclusive de la CJUE dans l'ordre juridique international.....	38
Section I. L'attitude du juge international face à l'article 344 TFUE	38
§1 La jurisprudence internationale: retour sur les attitudes des Tribunaux arbitraux dans les affaires de l' <i>Usine Mox</i> et du <i>Rhin de fer</i>	38
A. Le litige entre le Royaume-Uni et l'Irlande relatif à l' <i>Usine Mox</i>	39
a) Les forums juridictionnels de la CNUSDM	39
i. Le Tribunal international du droit de la mer	40
ii. Le Tribunal arbitral du droit de la mer	41
b) Le Tribunal arbitral de la Convention OSPAR	44
B. Le litige entre la Belgique et les Pays-Bas relatif à la ligne du Rhin de fer	47
a) Faits	47
b) Raisonnement et décision	48
c) Enseignements	50
§2 L'attitude internationale à préconiser	53
Section II. Les conséquences du monopole juridictionnel de la CJUE	56
§1 Les conséquences pour le juge international.....	56
§2 Les conséquences pour les États membres.....	58
A. La perte de la liberté de recourir au juge de leur choix	58
B. Le régime européen de règlement des différends interétatiques: une alternative satisfaisante aux voies de recours du droit international?.....	59
Section III. Propositions de solutions.....	63
Conclusion.....	66
Bibliographie	70

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt

