

QUESTIONS JURIDIQUES LIÉES AUX NÉGOCIATIONS MENÉES AU SEIN DE L'OMC DANS LE CADRE DU PROGRAMME DE DOHA POUR LE DÉVELOPPEMENT

Certaines questions juridiques liées aux négociations menées actuellement au sein de l'OMC et du Programme de Doha pour le Développement (DDA- Doha Development Agenda) sont discutées au sein de l'Union. Il s'agit d'une part du contenu de ces négociations, à savoir si les secteurs négociés relèvent de la compétence exclusive de la Communauté ou de la compétence partagée entre la Communauté et ses Etats membres (I), et d'autre part de la question institutionnelle de la répartition des pouvoirs entre la Commission et le Conseil (II).

1. LA REPARTITION DES COMPETENCES ENTRE LA COMMUNAUTÉ ET SES ETATS MEMBRES

Les principaux secteurs négociés sont l'agriculture, l'accès aux marchés pour les produits non agricoles, le développement et les services. Parmi ces secteurs, il s'agit de déterminer lesquels relèvent de la PCC et lesquels relèvent de la compétence partagée entre la Communauté et ses Etats membres, et qui feront l'objet, à ce titre, d'un accord mixte.

1.1. LES NEGOCIATIONS DE DOHA ET LA POLITIQUE COMMERCIALE COMMUNE

Opérationnelle depuis la fin des années soixante, la PCC a connu depuis le Traité de Rome une extension importante de sa portée. La PCC relève de la compétence exclusive de la Communauté et couvre aujourd'hui de nombreux domaines, dont la majorité des secteurs actuellement négociés au sein de l'OMC.

1.1.1. La détermination de la base juridique adéquate

La base juridique permettant à la CE de conclure un accord international varie selon que ce dernier relève de la PCC ou de tout autre domaine d'action extérieure. Le type de compétence de la Communauté, exclusive ou partagée ainsi que le mode de vote au Conseil dépendront de la base juridique retenue et de la nature de l'accord envisagé.

Le choix de la base juridique pour la conclusion d'un accord international par la CE est fonction du domaine et du contenu de l'accord. C'est à la lumière du texte du résultat final des négociations que cette question peut et doit être examinée. Toutefois, il est possible de déduire des négociations actuelles quelques indices quant au futur contenu de l'accord.

i. Les enseignements tirés de la jurisprudence de la CJCE

Le choix de la base légale pour une décision communautaire relative à la négociation et la conclusion d'un accord international ne dépend pas uniquement de la seule conviction de son auteur mais doit se fonder sur des éléments objectifs susceptibles de contrôle juridictionnel, tels que le but et le contenu de l'acte¹. Il s'agit ici de déterminer si les accords de Doha relèveraient ou non du domaine de la PCC dont la base juridique pertinente est l'Art. 133 CE.

L'Art. 133 CE ne se limite pas aux aspects traditionnels du commerce extérieur, « à l'exclusion de mécanismes plus évolués ». S'il en était ainsi, la PCC « serait vouée à devenir graduellement insignifiante ». L'énumération des objets de la PCC à l'Art. 133 CE n'est pas limitative, la question des échanges extérieurs devant être réglée dans une perspective ouverte².

¹ Avis 2/00 on the *Cartagena Protocol on Biosafety*, CJCE, Rec. 2001, p. I-9713, Affaire C-62/88, *Grèce contre Conseil, Chernobyl I*, Rec. 1990, p. I-1527, et voir aussi notes de bas de page 3, 4, 5 et 6.

² Avis 1/78, CJCE, Rec.1979, p.2871.

Conformément à la théorie de l'accessoire dégagée par la Cour, le fait que certains éléments d'un accord commercial aient des objectifs politiques autres que commerciaux³, tels que la politique étrangère et de sécurité ou la protection environnementale, n'a pas pour conséquence de retirer ces accords du champ de l'Art. 133 CE lorsque leur but principal et prédominant est de nature commerciale. Les mesures commerciales doivent être considérées comme telles, quelque soit l'objectif poursuivi⁴.

Dans l'Avis 1/94⁵, tournant majeur dans la jurisprudence, les questions de la base juridique et de la nature des accords OMC négociés par la Commission ont été abordées et les nouveaux contours de la PCC post-GATT délimités. La Cour a d'abord confirmé sa jurisprudence extensive dans le domaine des marchandises en maintenant ce dernier sous la compétence exclusive de la Communauté. S'agissant de l'agriculture, les accords visant le commerce des produits agricoles ont été reconnus comme partie intégrante de la PCC, qu'ils affectent ou non la PAC⁶. Les accords AGCS et ADPIC relèvent, à quelques exceptions près, de la compétence partagée de la Communauté et de ses EM. Néanmoins, il a été décidé que la Communauté est exclusivement compétente pour conclure des accords concernant les services lorsque les dispositions du Traité prévoient la négociation et la conclusion d'accords internationaux ou lorsqu'il existe une harmonisation complète d'une activité indépendante particulière. Les mêmes principes s'appliquent en matière d'établissement. Les accords OMC relatifs aux obstacles techniques au commerce (TBT) et aux mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS) relèvent aussi de la PCC.

ii. L'extension du domaine de la PCC par le Traité de Nice

Après que la Cour ait précisé que les services ne devaient pas être directement exclus de l'application de l'Art. 133 CE⁷, celui-ci a connu plusieurs évolutions majeures et utiles pour la négociation de Doha. Dans sa dernière version tel que révisé par le Traité de Nice, l'Art. 133 § 5 CE étend en principe le domaine de la PCC au commerce des services et aux aspects commerciaux de la propriété intellectuelle, jusque là exclus de son domaine d'application.

1.1.2. Les différents modes de vote au sein du Conseil

Le Traité de Nice a étendu le vote à la majorité qualifiée aux domaines précités (Voir n° 1.1.1.ii). Néanmoins, l'Art. 133 CE prévoit certaines exceptions à cette extension. L'Art. 133 CE en son paragraphe 5 prévoit trois circonstances dans lesquelles le mode de vote au Conseil est exceptionnellement l'unanimité :

1/ Le Conseil statue à l'unanimité pour les accords contenant des dispositions pour lesquelles l'unanimité est requise pour l'adoption de règles internes. Cette exception, applicable pour les services qui ne relèvent pas du commerce extérieur, semble difficile à exciper dans le cadre des négociations de Doha, étant donné qu'une majeure partie des services négociés concerne directement le commerce des services (aspects commerciaux).

2/ Le Conseil statue à l'unanimité lorsqu'un accord porte sur un domaine dans lequel la Communauté n'a pas encore exercé, en adoptant des règles internes, ses compétences en vertu du Traité. Cette exception s'applique difficilement au domaine du commerce des services, dans lequel la Communauté a adopté de nombreux actes internes.

³ Affaire C-70/94, *Werner contre Allemagne*, Rec. 1995, P. I-3189 ; Affaire C-83/94, *Leifer et autres*, Rec. 1995, p. I-3231 et affaire C – 281/01, *Commission contre Conseil*, Rec. 2002, p. I-12049. Energy Star Agreement.

⁴ Affaire C-124/95, *The Queen, ex parte Centro-Com c. HM Treasury et Bank of England*, Rec. 1997, p. I-81.

⁵ Avis 1/94 – Agreement establishing the World Trade Organisation, CJCE, Rec. 1994, p. I-5267.

⁶ Avis 1/94, paragraphes 28-31.

⁷ Avis 1/94, paragraphe 41.

3/ Le Conseil statue à l'unanimité pour les accords de nature horizontale qui concernent l'un des deux points précités ou encore un accord dans le domaine du commerce des services culturels et audiovisuels, d'éducation, ainsi que des services sociaux et de santé humaine qui relèvent de la compétence partagée entre la Communauté et ses Etats membres.

1.2. LES NEGOCIATIONS DE DOHA ET LES DOMAINES DE COMPÉTENCE PARTAGÉE

Selon l'Art. 133 § 6 CE, les accords qui excéderaient les compétences internes de la Communauté, notamment en entraînant une harmonisation des dispositions législatives ou réglementaires des États dans un domaine où le Traité exclut une telle harmonisation, relèvent de la compétence partagée entre la Communauté et ses États membres. Sont expressément visés par le Traité les accords conclus dans le domaine du commerce des services culturels et audiovisuels, des services d'éducation, ainsi que des services sociaux et de santé humaine. Dès lors, leur négociation requiert, outre une décision communautaire prise conformément à l'Art. 300 CE, le commun accord des États membres. Tout accord conclu au sein de l'OMC dans ces domaines de compétence expressément visés par le Traité constituera un accord mixte. Néanmoins, la portée de cette exception ne peut être étendue aux accords visés au paragraphe 5 de l'Art. 133 CE. Considérant la formulation de cette seconde exception et l'emploi de l'expression « *par dérogation à l'Art. 133 §5 al.1 CE* », les accords négociés et conclus dans les domaines du commerce des services et des aspects commerciaux de la propriété intellectuelle ne sont pas concernés.

Au vu des dernières propositions faites par la Commission européenne⁸ en prévision du sommet de HK, les principaux domaines négociés sont l'agriculture, l'accès au marché des produits non agricoles, l'anti-dumping, le commerce et le développement, et certains services, concernant principalement les domaines de la construction, l'informatique, la distribution, les services environnementaux, financiers, les télécommunications, ainsi que d'autres services professionnels. À ce stade, ne sont pas visés les services culturels, audiovisuels, d'éducation, sociaux et de santé. Dans ces conditions, les secteurs actuellement négociés relèvent de la compétence exclusive de la Communauté.

2. LA REPARTITION DES COMPETENCES ENTRE LA COMMISSION ET LE CONSEIL

S'agissant de la négociation, de la signature et de la conclusion d'accords internationaux, la compétence externe des institutions est établie par l'Art. 300 CE. Les accords relevant du domaine de la PCC font l'objet de dispositions spécifiques.

2.1. L'OUVERTURE DES NÉGOCIATIONS

Dans les cas où les dispositions du Traité CE prévoient la conclusion d'accords externes par la Communauté, l'Art. 300 CE confère à la Commission le monopole de l'initiative et la prérogative de présenter des recommandations au Conseil. Le Conseil peut ensuite autoriser la Commission à ouvrir les négociations nécessaires en adoptant une décision à la majorité qualifiée ou à l'unanimité, selon la nature ou le contenu de l'accord. La Commission négocie les accords OMC au nom de la Communauté et au nom des États membres.

⁸ Voir [MEMO/05/400](#), [SPEECH/05/652](#) et IP/05/1358 ; « *Faire de HK un succès : la Contribution européenne* ». Voir aussi les [SPEECH/05/745](#) et [SPEECH/05/745](#) du Commissaire au Commerce Peter Mandelson devant le Parlement européen et le G90 ; http://europa.eu.int/comm/trade/index_en.htm.

2.2. LA CONDUITE DES NÉGOCIATIONS

La Commission n'est pas complètement libre. Les négociations d'accords internationaux par la Communauté sont conduites par la Commission dans le cadre des directives que le Conseil peut lui adresser et en consultation avec des comités spéciaux désignés par le Conseil pour l'assister dans cette tâche (Art. 300 CE).

2.2.1. La consultation du 'Comité de l'Art. 133'

Le "Comité de l'Art. 133", qui doit être consulté sur une base régulière, adresse des recommandations à la Commission. La fonction du comité est purement consultative⁹, la Commission n'étant pas juridiquement liée par les avis émis par ce dernier. Le 'Comité 133' ne dispose d'aucun pouvoir décisionnel en tant que tel et ne peut se substituer au Conseil. Il ne peut ni adopter, ni compléter, ni modifier les directives de négociation du Conseil.

2.2.2. Les directives de négociation du Conseil

Non publiées, ces directives¹⁰ sont rédigées dans des termes vagues, généraux et ambigus afin de laisser à la Commission une marge de manœuvre indispensable pour une conduite efficace et efficiente de la négociation. Déterminer si une position prise par la Commission au cours des négociations est ou non conforme aux directives de négociation ne peut se faire qu'en procédant à une lecture technique complexe des textes concernés et, surtout, à une évaluation politique. Ces conditions rendent impossible tout recours en annulation contre la méthode de négociation employée par la Commission. En effet, seuls les actes de la Commission produisant des effets légaux sont susceptibles d'engager sa responsabilité juridique.

2.3. LA CONCLUSION PAR LE CONSEIL DES ACCORDS NÉGOCIÉS PAR LA COMMISSION

Sous réserve des compétences reconnues à la Commission dans ce domaine (Art. 300 CE), la signature et la conclusion des accords internationaux sont décidées par le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission. Le Conseil statue à l'unanimité lorsque l'accord porte sur un domaine pour lequel l'unanimité est requise pour l'adoption de règles internes, ainsi que pour les accords visés à l'Art. 310 CE. (Voir n° 1.1.2)

Si en principe les accords de Doha ne feront l'objet d'un vote au Conseil que lorsque les négociations seront terminées et auront abouti à un texte formel, l'Art. 300 § 2 al 1^{er} CE et le paragraphe 47 de la Déclaration ministérielle de Doha prévoient que certains accords provisoires peuvent être conclus dans les premières phases des négociations et appliqués à titre provisoire ou définitif pendant que les négociations se poursuivent sur d'autres volets. Dans ce cas, le Conseil doit être saisi afin d'en décider la signature, la conclusion, et l'application provisoire. Dans les actuelles négociations de Doha, il faut déterminer dans quels cas un vote du Conseil avant la conclusion finale des accords serait envisageable.

2.3.1. Les accords provisoires conclus au sein de l'OMC

Conformément à l'Accord sur l'OMC¹¹, la Conférence ministérielle de l'OMC ou le Conseil général peuvent dans certains cas prendre des décisions juridiquement contraignantes, nécessitant un vote au sein du Conseil. Aucune décision de ce type n'a encore été adoptée. C'est en analysant au cas par cas leur contenu et leur objet qu'il est possible de déterminer si de telles décisions produisent ou non des effets juridiques. Contrairement à ce qui a été

⁹ Voir l'Art. 133 § 3 al. 2 CE, l'Art. 300 § 1 al. 1^{er} CE et l'affaire C-61/94, Recueil 1996, p. I-3989, point 14.

¹⁰ Pour le DDA, voir Conclusions du Conseil du 26/06/03, du 21/07/03, du 8/12/03, du 2/07/04 et du 11/10/04.

¹¹ Art. IV, paragraphes 1 et 2.

suggéré, la décision du Conseil général de l'OMC du 1^{er} août 2004 n'a pas d'effet juridique au sens de l'Art. 300 § 2 al. 2 CE et la Commission, à juste titre, n'avait fait aucune proposition correspondante pour une décision du Conseil. Les éléments de cette décision traduisent son caractère purement politique. Il y est notamment stipulé¹² que la décision ne sera utilisée ni dans la procédure de règlement des différends, ni pour interpréter les Accords de OMC existants, et que l'équilibre final sera trouvé uniquement à la conclusion des négociations ultérieures et dans le cadre d'un engagement unique.

2.3.2. Le sort des engagements et propositions de la Commission dans les négociations

Les engagements politiques que la Commission est amenée à prendre au cours de cette négociation et les différentes propositions qu'elle soumet à ses partenaires commerciaux n'ont pas formellement force obligatoire et ne nécessitent pas de vote au sein de Conseil. Chaque partie à la négociation, la Commission comprise, peut à tout moment revenir sur sa proposition¹³. Les procédures prévues à l'Art. 300 §2 et §3 CE ne s'appliquent donc pas à ces engagements, quels que soient leur objet, leur contenu et le contexte dans lequel ils ont été négociés. Le principe de la coopération loyale entre les institutions sous-entend que le Conseil laisse à la Commission une marge de manœuvre dans le cadre des négociations de Doha. En effet, il ne serait ni dans l'intérêt de la Communauté, ni de ses institutions, que la Commission ne dispose pas de la liberté de négociation et des moyens nécessaires dont jouissent ses homologues US ou autres.

CONCLUSION

- Depuis le Traité de Nice la règle générale est que les accords, y compris les accords OMC, dont le contenu vise le commerce des services ou l'accord ADPIC relèvent de la PCC, de la compétence exclusive de la Communauté et font l'objet d'un vote à la majorité qualifiée. L'Art. 133 § 5 prévoit un certain nombre d'exceptions à cette règle qui demandent un vote à l'unanimité.
- La Cour a jugé que le fait que certains éléments d'un accord commercial aient des objectifs autres que commerciaux, tels que la politique étrangère et de sécurité ou la protection environnementale, n'a pas pour conséquence de retirer ces accords du champ de l'Art. 133 CE lorsque leur but principal et prédominant est de nature commerciale. (théorie de l'accessoire)
- Le contrôle exercé par le Conseil sur la Commission dans le cadre des directives de négociation est de nature politique et ne peut donner lieu à un recours en annulation. Le Conseil reste évidemment libre de modifier à tout moment ses directives de négociation pour les adapter à une situation particulière.
- Le Conseil devra approuver l'accord finalement conclu. Il devrait également approuver des accords provisoires qui auraient été conclus dans les premières phases des négociations et qui devraient être appliqués à titre provisoire ou définitif pendant que les négociations se poursuivent sur d'autres volets.

¹² Voir Point 2 de la décision du Conseil général du 1/08/04 et Point 2 de son annexe A.

¹³ Les méthodes de négociation appliquées par les représentants à l'OMC des autres Etats membres illustrent cette pratique. Dans le cadre des négociations, et bien que cela soit politiquement sensible, des arrangements pris à un niveau inférieur au niveau ministériel peuvent toujours être dénoncé unilatéralement par la suite par le responsable politique supérieur. Il en va par exemple ainsi des rapports entre un ministre et son ambassadeur à l'OMC responsable des négociations pour son pays.

- Dans tous les autres cas les points d'accord acceptés par la Commission dans le cadre des négociations de Doha, notamment la décision du Conseil général de l'OMC du 1^{er} août 2004, ne constituent pas des engagements juridiques contraignants, n'engagent pas légalement la Communauté et ne doivent donc pas être soumis à un vote du Conseil. Les procédures prévues à l'Art. 300 §2 et 3 CE ne s'appliquent pas à ces actes, quels que soient leur objet, leur contenu et le contexte dans lequel ils ont été négociés et peu importe que ceux-ci soient ou non qualifiés d'engagements politiques ou pré juridiques, qu'il soit ou non difficile de s'en écarter.
- On ne peut nier que les Etats membres ont voulu par le Traité de Nice étendre le vote à la majorité qualifiée aux accords relatifs au commerce des services et aux aspects commerciaux de la propriété intellectuelle. Prétendre que la présence d'accords mixtes ou d'accords requérant un vote à l'unanimité dans la vaste négociation qui s'est engagée dans le cycle de Doha a pour effet contagieux d'étendre ce caractère 'mixte/unanimité' à tous les engagements qui seraient pris, à un moment quelconque, dans le cadre de ces négociations aboutit à contredire la volonté des Etats Membres