

L'IMPACT DU BREXIT EN MATIÈRE DE SÉCURITÉ ET DE DÉFENSE EUROPÉENNES

ELSA BERNARD*

L'impact du Brexit sur la sécurité et la défense européennes ne semble pas susciter de vives inquiétudes. Les conséquences du retrait britannique de l'Union européenne sont moins perceptibles en matière de sécurité et de défense qu'en matière économique et commerciale dès lors que, d'une part, il n'existe toujours pas, malgré l'appellation des traités, de politique européenne de sécurité et de défense commune, et que, d'autre part, le Royaume-Uni n'a jamais été un moteur de cette politique durant ses quarante-cinq années d'appartenance à l'Union. Au contraire, en raison de leur lien avec les États-Unis et pour éviter tout risque de duplication avec l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord (OTAN), les Britanniques se sont toujours montrés réticents à un approfondissement de l'intégration européenne dans le secteur de la défense, en s'opposant par exemple systématiquement à la mise en place d'un Quartier général européen. Ils se sont également très peu impliqués dans les missions et les opérations de la politique européenne de sécurité et de défense commune (PeSDC)⁴⁷. Certains analystes ont même vu dans leur participation à cette politique un moyen de « surveiller, contrôler, ralentir, torpiller ou neutraliser les pays les plus volontaristes en matière d'autonomie stratégique européenne et ce, selon les dossiers et les circonstances »⁴⁸.

Plus qu'une menace pour la PeSDC, le Brexit pourrait ainsi être perçu comme la levée d'un frein et le hasard du calendrier a pu contribuer à alimenter cette idée. En effet, cinq jours seulement après le referendum britannique du 23 juin 2016, Federica Mogherini, la Haute Représentante de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité, a présenté au Conseil européen la « Stratégie Globale pour la politique étrangère et de sécurité commune de l'Union européenne », qui « nourrit l'ambition de doter l'Union européenne d'une autonomie stratégique »⁴⁹ afin d'améliorer la gestion des crises à l'extérieur des frontières et de mieux protéger les citoyens européens. Avec cette Stratégie Globale, que le Conseil européen du 28 juin 2016 a « accueillie avec intérêt », la sécurité de l'Union est affirmée comme la première des priorités, ce qui implique le renforcement tant des structures de gestion de crise de l'Union (donc des capacités civiles et militaires), que de l'industrie de défense européenne, afin de favoriser les synergies et de mutualiser les coûts.

Quelques jours seulement après l'annonce du Brexit, la nécessité d'une « capacité de projection et de protection »⁵⁰ en matière de défense européenne était donc affirmée. Et contrairement aux habitudes en la matière, cette affirmation s'est cette fois traduite par des actions concrètes. En novembre 2016, le Conseil examinait ainsi un « Plan de mise en œuvre en matière de sécurité et de défense », visant à

(*) Professeure à l'Université de Lille, EA 4487 CRDP/ERDP, Chaire Jean Monnet.

47. 5 % environ du personnel de ces opérations et missions a été déployé par le Royaume-Uni, qui possède pourtant plus de 10 % des militaires de l'Union.

48. A. DUMOULIN, « Brexit et défense européenne », in C. BAHUREL, E. BERNARD et M. HÔ-DAC (dir.), *Le Brexit – Enjeux régionaux, nationaux et internationaux*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 147-160, spé. p. 150.

49. « Vision partagée, action commune : Une Europe plus forte. Une stratégie globale pour la politique étrangère et de sécurité de l'Union européenne », Office des publications de l'Union européenne, 2016, p. 5.

50. Q. WEILER, « La Stratégie Globale de l'Union européenne : de quoi s'agit-il ? », *Diploweb.com : la Revue géopolitique*, 3 janvier 2017.

rendre opérationnelle la Stratégie globale par treize propositions⁵¹, suivi quelques jours plus tard d'un plan d'action européen de la défense présenté par la Haute représentante⁵². S'en est suivie la création de la capacité militaire de planification et de conduite (MPCC), une sorte de mini-Quartier général européen destiné à améliorer la capacité de l'Union à réagir avec plus de célérité et d'efficacité dans la planification et la mise en œuvre de missions militaires à mandat non exécutif.

En juin 2017, la Commission a publié un document de réflexion sur l'avenir de la défense européenne⁵³ dans lequel elle invitait le Conseil européen à avancer sur la voie de cette « défense commune », évoquée avec prudence par le traité sur l'Union européenne⁵⁴ mais toujours inexistante. Elle proposait à cette fin la création d'un Fonds européen de défense pour coordonner, compléter et renforcer les investissements nationaux dans la recherche en matière de défense, le développement de prototypes et l'acquisition d'équipements et de technologies de défense⁵⁵, fonds dont le montant est actuellement en cours de négociation dans le cadre financier pluriannuel 2021-2027⁵⁶. Quelques mois plus tard, en novembre 2017, vingt-cinq États membres⁵⁷ prenaient la décision de rendre opérationnelles les dispositions du traité sur la Coopération structurée permanente⁵⁸ afin de développer conjointement les capacités de défense et de les mettre à disposition pour les opérations militaires de l'Union. Ces avancées ont par ailleurs eu des conséquences institutionnelles puisque la Commission européenne investie fin 2019 comprend, pour la première fois, une direction générale consacrée à l'industrie de la défense et à l'espace (DG DEFIS)⁵⁹.

Il a ainsi souvent été dit qu'en trois ans, après l'annonce du Brexit, la défense européenne avait davantage progressé qu'au cours des quarante années durant lesquelles le Royaume-Uni a été membre de l'Union. Il serait toutefois abusif de considérer que la concomitance entre le referendum sur le Brexit et la relance de la PeSDC est le signe de l'envol d'une défense européenne libérée du boulet britannique qui l'empêchait jusque-là de déployer ses ailes.

51. Figurent, parmi ces propositions, un examen annuel coordonné en matière de défense (EACD) qui met l'accent sur les dépenses, un renforcement de l'intervention rapide de l'Union, notamment par l'utilisation des groupements tactiques de l'Union, et la mise en place d'une coopération structurée permanente.

52. Ces deux plans, auxquels s'ajoutent les conclusions du Conseil adoptées en vue de la déclaration commune signée par le Conseil européen, le président de la Commission européenne et le secrétaire général de l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord à Varsovie le 8 juillet 2016, constituent le « paquet d'hiver sur la défense », qui marque de réelles avancées dans le domaine de la sécurité et de la défense.

53. Document de réflexion sur l'avenir de la défense européenne, COM(2017) 315 du 7 juin 2017, p. 11. Pour la Commission, « la solidarité et l'assistance mutuelle entre les États membres en matière de sécurité et de défense deviendraient la norme, s'appuyant sur la pleine exploitation de l'article 42 du traité sur l'Union européenne, qui inclut l'élaboration progressive d'une politique de défense commune de l'Union, conduisant à une défense commune », p. 14.

54. Art. 42, § 2 TUE : « La politique de sécurité et de défense commune inclut la définition progressive d'une politique de défense commune de l'Union. Elle conduira à une défense commune, dès lors que le Conseil européen, statuant à l'unanimité, en aura décidé ainsi ».

55. Voir : [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_17_1508].

56. Pour le prochain budget à long terme de l'Union européenne, couvrant la période 2021-2027, la Commission a proposé de doter ce Fonds européen de la défense d'un budget de 13 milliards d'euros. À l'heure où nous écrivons, les États membres ne sont parvenus à aucun accord sur le prochain cadre financier pluriannuel de l'Union et dans le cadre de négociation présenté par présidence finlandaise fin 2019, le montant prévu pour le Fonds européen de la défense ne s'élève qu'à 6 milliards d'euros, [<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14518-2019-REV-1/fr/pdf>].

57. Sans Malte, le Royaume-Uni et le Danemark qui ne prend pas part à la PeSDC.

58. Prévues par les articles 42, § 6 et 46 du TUE.

59. Cette direction générale (DG) relève du portefeuille attribué au français T. BRETON, commissaire en charge du marché unique, de l'industrie, du numérique, de la défense et de l'espace. La création de la DG DEFIS s'explique notamment par le fait que le Fonds européen de défense doit être établi non pas sur la base juridique de la PeSDC mais sur la double base juridique de la politique industrielle (art. 173 TFUE) et de la recherche (art. 182 TFUE), c'est-à-dire dans le champ de compétence de la Commission européenne.

En effet, la sortie du Royaume-Uni s'inscrit dans un contexte géopolitique sensible qui a obligé à repenser l'approche en matière de sécurité et de défense au sein de l'Union depuis 2016 : l'instabilité du voisinage s'est accrue avec les guerres en Ukraine, en Syrie et en Libye notamment, la menace russe – qui effraie particulièrement les États-membres issus de l'ancien bloc soviétique et géographiquement proches de la Russie – est prégnante, et les attentats terroristes ont touché le cœur de l'Europe en 2015 et 2016. Enfin, l'élection de Donald Trump à la présidence des États-Unis, en novembre 2016, a suscité des doutes sur la fiabilité de l'allié américain et par voie de conséquence sur la protection apportée par la garantie de sécurité collective en principe assurée par l'OTAN.

Dans un tel contexte, une relance de la défense européenne était inévitable mais elle ne pouvait l'être qu'en prenant en compte le retrait britannique de l'Union. Avec le Brexit, l'Union perd en effet une puissance diplomatique⁶⁰ et militaire, y compris nucléaire⁶¹. Le Royaume-Uni de son côté, s'est montré, dès le referendum annonçant sa sortie de l'Union, très demandeur d'une participation au volet industriel et spatial de la coopération européenne dans le secteur de la défense. On conçoit dès lors qu'en raison des menaces pesant sur la sécurité des Européens, de la proximité géographique entre le Royaume-Uni et l'Union européenne, des valeurs communes et des intérêts en jeu, un partenariat solide soit recherché en matière de sécurité et de défense, de part et d'autre de la Manche (I). Quelle que soit la force de ce partenariat toutefois, le nouveau statut du Royaume-Uni, passé d'État membre à État tiers de l'Union, implique nécessairement une vision nouvelle de l'Europe de la défense (II).

I. – L'IMPACT DU BREXIT SUR LA RELATION ENTRE L'UNION EUROPÉENNE ET LE ROYAUME-UNI

En matière de sécurité et de défense comme pour le reste, seuls les engagements pris dans l'Accord de retrait du Royaume-Uni sont contraignants (A). C'est donc sur des engagements non contraignants, ceux qui ont été formalisés dans la « Déclaration politique fixant le cadre des relations futures entre l'Union européenne et le Royaume-Uni » (ci-après : la « Déclaration politique »), que repose à ce jour le futur partenariat entre l'Union et le Royaume-Uni dans le domaine de la défense (B).

A. *Les engagements contraignants pris dans l'Accord de retrait*

Compte tenu du caractère encore évanescent de la PeSDC, l'Accord de retrait concrétisant le divorce entre l'Union et le Royaume-Uni⁶² a peu eu à traiter de la défense européenne, si ce n'est au regard de la période de transition qui court jusqu'au 31 décembre 2020⁶³. Durant cette période, le Royaume-Uni reste assimilé à un État-membre en ce qui concerne l'application du droit de l'Union et doit contribuer au financement des opérations et des agences opérant en matière de sécurité et

60. Le Royaume-Uni est membre permanent du Conseil de sécurité de l'ONU et membre de l'OTAN.

61. Les capacités militaires britanniques représentaient entre 25 et 30 % des capacités totales de l'Union à 28.

62. JO C 384 I, 12 novembre 2019, p. 1.

63. Aux termes de l'article 126 de l'accord, cette période de transition « commence à la date d'entrée en vigueur du présent accord et se termine au 31 décembre 2020 ». Aux termes de l'article 132, cette période peut être prolongée une fois, pour une période maximale de deux ans mais le Royaume-Uni a déjà acté l'opposition à toute prolongation au-delà du 31 décembre 2020.

de défense⁶⁴. Cette assimilation à un État membre connaît toutefois une dérogation *générale* lorsque des actes de l'Union prévoient la participation des États membres ou de leurs ressortissants « à un échange d'informations, à une procédure ou à un programme qui continue d'être mis en œuvre ou qui commence après la fin de la période de transition ». Si la participation du Royaume-Uni à de telles activités pouvait lui donner accès à des informations sensibles touchant à la sécurité dont seuls les États membres doivent avoir connaissance, elle serait exclue⁶⁵.

Hormis cette dérogation générale, le principe d'assimilation permet au Royaume-Uni de participer, pendant quelques mois encore, aux projets capacitaires ou aux projets en matière de recherche, sans toutefois pouvoir jouer de rôle décisionnel. Il peut, de même, participer aux opérations militaires et civiles de gestion de crise, mais sans pouvoir assumer de rôle de direction. C'est ainsi par exemple, que le commandement de l'opération navale *Atalante*⁶⁶, qui lutte contre la piraterie maritime dans la région Ouest de l'Océan Indien, a été transféré, en 2019, du Royaume-Uni à l'Espagne.

En matière de défense pas plus que dans les autres domaines, le Royaume-Uni ne peut, durant la période de transition, participer à l'adoption des décisions, qu'il doit toutefois appliquer, à moins qu'il n'expose « dans des cas exceptionnels », des raisons de « politique nationale vitales »⁶⁷. Cette mention ne constitue pas un privilège spécifique puisqu'il s'agit d'une possibilité qui est accordée aux États membres par les traités⁶⁸ mais le Royaume-Uni a tenu à ce qu'elle apparaisse dans l'Accord de retrait.

La situation étant peu avantageuse pour cet ex-État-membre, un mécanisme d'anticipation a été prévu à l'article 127, § 2 de l'Accord de retrait afin que les dispositions relatives à la période de transition cessent d'être applicables au Royaume-Uni, s'il parvient à trouver avec l'Union un accord régissant leurs relations futures dans les domaines de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC) et de la PeSDC. Le cas échéant, cet accord deviendrait applicable pendant la période de transition. Cette disposition pouvait avoir un intérêt dans le premier Accord de retrait signé par Theresa May en novembre 2018, qui ouvrait potentiellement une période de transition longue de deux ans. Elle se révèle plus futile dans la seconde version de l'Accord de retrait entrée en vigueur le 1^{er} février 2020 compte tenu de la durée très limitée de la période de transition, qui rend peu probable la conclusion d'un accord avant le 31 décembre 2020, mais n'empêche pas la mise en place de « consultations structurées » avant cette date⁶⁹.

Par ailleurs, et toujours afin de compenser la situation peu avantageuse du Royaume-Uni jusqu'au 31 décembre 2020, l'Accord de retrait prévoit la possibilité

64. Accord de retrait, art. 156.

65. Accord de retrait, art. 127, § 7, b). La « Task-force pour les relations avec le Royaume-Uni » (UKTF) centralise actuellement l'ensemble des cas concernés par cette clause, qui n'a dès lors pas encore été activée. L'exclusion dont il est question s'applique toutefois déjà au programme Galileo : les entreprises britanniques ne sont plus considérées comme des entreprises européennes et ne peuvent donc plus participer au développement des technologies les plus critiques, à l'instar de la fabrication des modules de sécurité ou des algorithmes de Galileo.

66. Mission créée en 2008 dans le cadre de la PSDC, à laquelle ont participé 19 pays de l'Union européenne ainsi que la Serbie et le Montenegro. Si le Quartier Général opérationnel d'*Atalante* a été déménagé à Rota (Espagne), le centre de sécurité maritime de l'opération, qui assure l'interface entre *Atalante* et le monde maritime civil a été installé à Brest (France).

67. Accord de retrait, art. 129, § 6.

68. Art. 31, § 2 TUE.

69. Recommandation de la Commission européenne de décision au Conseil autorisant l'ouverture de négociations en vue d'un nouveau partenariat avec le Royaume-Uni du 3 février 2020, COM(2020) 35 final, § 126, [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020PC0035&from=EN>].

d'une consultation du Royaume-Uni, au cas par cas, « chaque fois qu'une coordination est nécessaire »⁷⁰.

Durant la période de transition, l'Union et le Royaume-Uni doivent décider de la nature et des modalités de leur relation future, y compris en matière de sécurité et de défense, dans le cadre d'un accord dont la teneur se décèle à la lecture des engagements pris dans la Déclaration politique sur la relation future, jointe à l'Accord de retrait mais dépourvue, contrairement à ce dernier, de caractère contraignant.

B. Les engagements non contraignants pris dans la Déclaration politique sur la relation future

Du côté du Royaume-Uni⁷¹ comme de celui de l'Union, la volonté d'un futur partenariat ambitieux avait été affirmée avant même la signature de l'Accord de retrait. Ainsi que l'avait souligné Michel Barnier, le négociateur en Chef du Brexit pour l'Union européenne, « [i]l ne devrait [...] y avoir aucune incertitude quant à notre engagement en faveur d'un futur partenariat de sécurité : les problèmes de sécurité sont, par nature, transfrontières. La solidarité n'est pas négociable. Tout compromis entre la sécurité et le commerce aboutirait à un échec historique – et ce serait une erreur stratégique, qui profiterait à ceux qui souhaitent nous affaiblir »⁷².

Cette préoccupation et cette ambition se retrouvent dans la troisième partie de la Déclaration politique dédiée au « Partenariat en matière de sécurité »⁷³, qui évoque notamment une coopération dans le domaine de la politique étrangère et en matière de sécurité et de défense comprenant cinq thématiques : la consultation et la coopération, les sanctions, les opérations et les missions, le développement des capacités de défense, l'échange de renseignements et l'espace⁷⁴. Il s'agit tout d'abord, selon Michel Barnier⁷⁵, d'établir un dialogue stratégique permettant à l'Union et au Royaume-Uni à la fois de répondre ensemble aux grands enjeux internationaux et de garantir la complémentarité des régimes de sanction. Il s'agit également d'instaurer un cadre de coopération opérationnelle, favorisant la participation du Royaume-Uni, « au cas par cas et à l'invitation de l'Union »⁷⁶, aux missions et opérations de gestion de crises, c'est-à-dire aux efforts de stabilisation du pourtour européen. De même, la mise en place d'un cadre de coopération face aux nouvelles menaces – en particulier la cybermenace – est envisagée.

70. Accord de retrait, art. 129, § 5.

71. Voir le document publié par le gouvernement britannique le 9 mai 2018, « *Framework for the UK-EU Security Partnership* », [https://www.gov.uk/government/publications/framework-for-the-uk-eu-security-partnership].

72. Discours de M. BARNIER à la conférence de l'Institut d'études de sécurité de l'Union européenne (IESUE), 14 mai 2018, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/SPEECH_18_3785].

73. « Dans l'optique de la sécurité de l'Europe et de la sûreté de leurs citoyens respectifs, il convient que les parties mettent en place un partenariat étendu, complet et équilibré en matière de sécurité. Ce partenariat tiendra compte de la proximité géographique et de l'évolution des menaces [...] [il] respectera la souveraineté du Royaume-Uni et l'autonomie de l'Union » (§ 78).

74. Si la Déclaration politique se contente d'indiquer que « les parties devraient envisager des arrangements appropriés pour la coopération dans le domaine spatial » (§ 105), la Commission précise que « le partenariat envisagé devrait prévoir la possibilité pour le Royaume-Uni d'avoir accès au service public réglementé (PRS) de Galileo, au moyen de dispositions relatives au PRS qui soient conformes au droit de l'Union », Recommandation de la Commission européenne de décision au Conseil autorisant l'ouverture de négociations en vue d'un nouveau partenariat avec le Royaume-Uni, *précit.*

75. Discours du 2 avril 2019 devant les commissions des affaires étrangères du Parlement européen et des parlements nationaux.

76. Recommandation de la Commission européenne de décision au Conseil autorisant l'ouverture de négociations en vue d'un nouveau partenariat avec le Royaume-Uni du 3 février 2020, *précit.*

Le futur partenariat devrait par ailleurs donner au Royaume-Uni la possibilité de participer aux projets de recherche et de défense militaire afin de favoriser l'interopérabilité des matériels, que ce soit au sein de l'Agence européenne de défense, dans le cadre de la Coopération structurée permanente ou dans le cadre du Fonds européen de défense. Une telle participation risque toutefois d'être problématique. La participation des entreprises de pays tiers sera en effet soumise à conditions dès lors qu'il s'agit de fonds payés par le contribuable européen et donc destinés aux entreprises européennes.

Enfin, l'échange de renseignements prévu dans le cadre du futur partenariat est inévitable, notamment pour lutter contre le terrorisme et les menaces hybrides. À ce titre, les parties sont convenues de conclure un accord sur la sécurité des informations qui s'accompagnerait de modalités de mise en œuvre offrant des garanties réciproques pour le traitement et la protection de leurs informations classifiées⁷⁷.

Le nouveau partenariat envisagé est donc ambitieux. Toutefois, dans la mesure où les engagements pris dans la Déclaration politique ne sont pas contraignants, ce partenariat dépend désormais des négociations dont le premier « round » vient de s'achever à l'heure où nous écrivons. Or, cette première étape de la négociation a réservé une surprise. Onze « tables de négociation » ont été ouvertes sur l'ensemble des sujets de la Déclaration politique, à l'exception de l'un d'entre eux : la politique étrangère et la défense. En effet, comme l'a précisé Michel Barnier, « le Royaume-Uni nous a indiqué ne pas vouloir négocier d'accord particulier sur ces grands sujets, et nous en avons pris acte »⁷⁸. Si, contrairement à Theresa May, Boris Johnson n'a jamais affirmé sa volonté de « ne pas marchander la sécurité des Européens »⁷⁹, on pouvait s'attendre, compte tenu des engagements pris dans la Déclaration politique, à ce qu'une table de négociation soit rapidement ouverte sur ces questions essentielles. C'était sans compter l'âpreté de la négociation qui s'annonce, dans laquelle Boris Johnson considère sans doute la sécurité et la défense comme une carte à jouer pour peser, en temps voulu, sur la négociation de l'accord commercial.

Dans ces conditions, la perspective d'une absence d'accord au 31 décembre 2020 ne peut être exclue. C'est alors l'inconnu qui domine. On peut toutefois espérer que, compte tenu des enjeux sécuritaires, une coopération soit maintenue sous la forme d'un partenariat entre le Royaume-Uni et l'Union européenne et que le risque de divergence stratégique soit limité par divers mécanismes, tels l'échange d'informations classifiées au cas par cas ou encore la convergence stratégique au sein de l'OTAN.

En tout état de cause, l'avenir de la relation entre le Royaume-Uni et l'Union européenne en matière de sécurité et de défense ne dépend pas uniquement des négociations en cours. Il dépend aussi de la forme que prendra la PeSDC dans les années à venir. Si cette politique reste fondée sur un mode de coopération exclusivement intergouvernemental et dénué de tout lien avec le processus d'intégration européenne, le Royaume-Uni pourra sans aucun doute y participer activement tant cet État comme l'Union européenne ont intérêt à cette participation. Si en revanche la défense européenne devient un outil d'intégration, si elle répond à un objectif politique global, il sera alors difficile d'envisager une participation active d'un État tiers, fût-il un ex-État-membre⁸⁰.

77. Déclaration politique, § 116.

78. M. BARNIER, discours après le premier round de négociation, 5 mars 2020, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_20_402].

79. Selon les propos de M. BARNIER : « Theresa May a, à plusieurs reprises, assuré les États membres de l'engagement inconditionnel du Royaume-Uni à maintenir la sécurité européenne. Je veux saluer cet engagement de Theresa May et la remercier. L'histoire nous commande de ne pas marchander la sécurité des Européens – c'est un impératif absolu », Discours à la Conférence de sécurité de Berlin, 29 novembre 2017.

80. Voir sur ce sujet F. SANTOPINTO, « Le Brexit et la défense européenne : un choix de fond pour l'Union », Groupe de recherches et d'informations sur la paix et la sécurité (GRIP), 11 décembre 2018,

II. – L'IMPACT DU BREXIT SUR L'EUROPE DE LA DÉFENSE

Peu de temps après son investiture, la présidente de la Commission européenne indiquait souhaiter « créer une Union de sécurité et de défense pour que l'Europe soit en capacité d'agir face aux crises »⁸¹. Pour atteindre cet objectif, l'Union doit parvenir à l'« autonomie stratégique », que le retrait britannique pourrait favoriser (A), à défaut de quoi la politique de défense de l'Europe serait susceptible d'évoluer en marge de l'Union européenne, avec le concours actif du Royaume-Uni (B).

A. Un retrait favorisant l'autonomie stratégique de l'Union ?

Au-delà de la part d'indétermination de la notion, la doctrine s'accorde à identifier trois composantes de l'« autonomie stratégique »⁸² : une composante politique, qui implique la capacité de prendre des décisions dans le domaine de la défense et de les exécuter sans en être empêché par d'autres puissances, une composante opérationnelle, qui concerne la capacité de mener de façon autonome des opérations militaires dans la durée et enfin une composante industrielle, qui renvoie à la capacité de produire les équipements militaires nécessaires à l'accomplissement des opérations militaires.

Ces trois composantes sont identifiables dans la Stratégie Globale de 2016 qui vise précisément à atteindre cette autonomie stratégique⁸³. Tout en rappelant que « l'OTAN existe pour défendre ses membres – dont la plupart sont européens – contre toute attaque extérieure », la stratégie globale souligne que « les Européens doivent être mieux équipés, entraînés et organisés pour contribuer de manière décisive aux efforts collectifs, ainsi que pour agir de façon autonome le cas échéant »⁸⁴. Bien que la coopération avec l'OTAN pour garantir la sécurité collective de l'Europe soit rappelée à plusieurs reprises, l'objectif d'autonomie stratégique implique la fin d'une situation qui prévaut depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, et qui voit la défense des États membres de l'Union assurée par l'Alliance transatlantique.

Avec le Brexit, c'est un État fortement atlantiste qui sort de l'Union, et donc un frein à l'autonomie stratégique de l'Union qui se lève potentiellement⁸⁵. En effet,

[<https://www.grip.org/fr/node/2687>] ;

81. Interview d'U. VON DER LEYEN, 4 décembre 2019, [<https://club.bruxelles2.eu/2019/12/mon-objectif-creer-lunion-europeenne-de-securite-et-de-defense-dici-5-ans/>].

82. Selon F. MAURO, « [l']autonomie stratégique absolue n'existe pas, sauf à la confondre avec l'indépendance militaire. Faute de précisions contextuelles, c'est un mot valise dans lequel chacun met ce qu'il veut. La deuxième caractéristique du concept d'autonomie stratégique est qu'il s'agit d'un concept relatif en ce sens que, même pour une stratégie donnée, il existe cinquante nuances d'autonomie » (« Autonomie Stratégique : le nouveau graal de la défense européenne », *Les rapports du GRIP*, pp. 14 et s., [https://www.grip.org/sites/grip.org/files/RAPPORTS/2018/Rapport_2018-1.pdf]). Voir également Q. LOEZ, « The Inclusion of Strategic Autonomy in the EU Law: Efficiency or Ambiguity », *ELTE Law Journal*, à paraître.

83. « L'Union européenne encouragera systématiquement la coopération en matière de défense et s'efforcera de créer une solide industrie européenne de la défense, laquelle est essentielle pour garantir l'autonomie de décision et d'action de l'Europe » (« Vision partagée, action commune : Une Europe plus forte. Une stratégie globale pour la politique étrangère et de sécurité de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 11). Sur proposition du Haut-représentant Josep Borrell, une nouvelle initiative appelée « Boussole stratégique » (« *Strategic Compass* ») est en cours d'élaboration pour préciser la Stratégie globale de 2016, clarifier ses objectifs et la remettre à jour, *Informal meeting of Defence Ministers: Remarks by the High Representative / Vice-President Josep Borrell at the press conference*, 5 mars 2020, [https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/75613/informal-meeting-defence-ministers-remarks-high-representativevice-president-josep-borrell_en].

84. *Ibid.*, p. 16.

85. Sur les différents scénarii vis-à-vis de l'Otan et pour la défense européenne post-Brexit, voir « La défense européenne post-Brexit », in Association des auditeurs et cadres des Hautes Études de l'armement, *Affrontements et technologies 2018*, Paris, La Documentation Française, 2018, pp. 97-173. Voir également

si la perte d'une puissance militaire comme le Royaume-Uni peut inciter les États membres à se réfugier plus encore sous la protection de l'OTAN, les tensions avec la Turquie (membre de l'OTAN), l'imprévisibilité des États-Unis présidés par Donald Trump et le risque d'un désengagement de leur part peut aussi attiser les volontés politiques en faveur d'une action autonome de l'Union en matière de sécurité et de défense. Celle-ci pourrait se manifester, comme l'indique Guillaume de La Brosse⁸⁶, par la consolidation d'une défense plus intégrée autour de la notion de « solidarité collective », qui se traduit dans les traités par la clause d'assistance mutuelle prévue à l'article 42, § 7 TUE⁸⁷. Afin d'éviter tout risque de duplication avec l'article 5 du traité de l'OTAN⁸⁸, le Royaume-Uni s'est toujours opposé à ce qu'une discussion s'engage sur le déploiement des potentialités de l'article 42, § 7 TUE, qui est dès lors largement resté lettre morte⁸⁹. Sans le Royaume-Uni, cette disposition pourrait être utilisée au profit d'une autonomie stratégique et ce d'autant plus que le nouveau Haut-représentant Josep Borrell n'hésite pas à affirmer que l'article 5 du traité de l'OTAN ne répond pas aux menaces actuelles⁹⁰ et que le Président Macron plaide pour une « clause de défense mutuelle rendue opérationnelle »⁹¹.

Les efforts dans le sens d'une autonomie stratégique de l'Union post-Brexit pourraient également favoriser le regain de la coopération opérationnelle entre les États membres, c'est-à-dire des interventions militaires, sur le théâtre des opérations et sous l'égide de l'Union.

Ces évolutions se heurtent toutefois à une difficulté majeure qui réside dans les divergences entre États membres à ce sujet⁹². Les États très atlantistes, à l'instar des pays d'Europe centrale et d'Europe de l'Est, ont en effet des réticences à l'endroit de l'autonomie stratégique. Non seulement ils considèrent que la sécurité et la défense européennes sont et doivent être assurées au sein de l'OTAN, mais ils redoutent également une domination du couple franco-allemand dans la définition de cette autonomie. De même, si la France et l'Allemagne se sont dites déterminées « à ce que l'Union européenne devienne un acteur efficace sur la scène mondiale, notamment en matière de sécurité et de défense »⁹³, leurs conceptions de la PeSDC, à l'instar de leur rapport à la force, divergent de manière importante. Si l'Allemagne conçoit la défense commune comme une étape parmi d'autres du processus d'intégration, la France la considère comme un « projet bien plus opérationnel qu'intégrationniste », c'est-à-dire un projet

les propos tenus par G. DE LA BROSSE, Assistant politique du Directeur Général sur les questions de défense et d'espace à la Commission européenne, lors de sa conférence à l'Université de Lille, dans le cadre de la Chaire Jean Monnet sur l'appartenance à l'Union européenne : « Après le Brexit : l'Europe sans défense ? », 10 mars 2020.

86. *Op. cit.*

87. « Au cas où un État membre serait l'objet d'une agression armée sur son territoire, les autres États membres lui doivent aide et assistance par tous les moyens en leur pouvoir [...] ».

88. « Les parties conviennent qu'une attaque armée contre l'une ou plusieurs d'entre elles, survenant en Europe ou en Amérique du Nord, sera considérée comme une attaque dirigée contre toutes les parties, et en conséquence, elles conviennent que, si une telle attaque se produit, chacune d'elles [...] assistera la partie ou les parties ainsi attaquées en prenant aussitôt, individuellement et d'accord avec les autres parties, telle action qu'elle jugera nécessaire, y compris l'emploi de la force armée, pour rétablir et assurer la sécurité dans la région de l'Atlantique-Nord ».

89. Il n'a été activé qu'une fois, par la France, après les attentats de novembre 2015 à Paris.

90. [<https://club.bruxelles2.eu/2019/12/les-preoccupations-de-josep-borrell/>].

91. Lettre d'Emmanuel Macron aux français, « Pour une renaissance européenne », 4 mars 2019, [<https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2019/03/04/pour-une-renaissance-europeenne>].

92. Pour une mise en évidence de ces divergences, voir F. SANTOPINTO et M. PRICE (coord.), *National Visions of EU Defence Policy – Common Denominators and Misunderstandings*, GRIP – CEPS, [<https://www.grip.org/fr/node/1150> 2013].

93. Conseil franco-allemand de défense et de sécurité, Relevé de conclusions, 13 juillet 2017, [<https://www.france-allemande.fr/IMG/pdf/fiche-cfads.pdf>].

avant tout intergouvernemental⁹⁴. Or, comme l'indique Federico Santopinto, « l'alibi [que les britanniques] ont longtemps incarné aux yeux de leurs partenaires pour justifier l'absence de progrès en matière de défense s'en [va] avec eux »⁹⁵. Ainsi, les oppositions idéologiques qui prévalent entre États membres à propos de la PeSDC risquent d'être mises en lumière avec le Brexit, dès lors que « l'opposition existentielle que le Royaume-Uni a longtemps incarnée vis-à-vis de cette politique » ne permet plus de masquer leurs « divergences existentielles »⁹⁶. Ces dernières constituent indéniablement un obstacle à l'élaboration d'une politique européenne de sécurité et de défense à la fois commune et autonome, obstacle qui pourrait donner lieu au développement de projets sécuritaires et de défense en dehors du cadre de l'Union, avec le Royaume-Uni.

B. Le développement des politiques de sécurité et de défense hors du cadre de l'Union ?

La France, « puissance européenne au rayonnement global »⁹⁷, après s'être opposée à la mise en place d'une Communauté européenne de la défense en 1954, a souhaité et souhaite encore une Union dotée d'une véritable politique de sécurité et de défense, capable d'intervenir dans les crises régionales. Avec le Brexit, elle perd un partenaire important au sein de l'Union européenne, au plan diplomatique comme en coopération sur le terrain⁹⁸. Non seulement le Royaume-Uni était, comme elle, le seul État membre, membre permanent du Conseil de sécurité de l'ONU et la seule autre puissance nucléaire, mais la France partage aussi avec le Royaume-Uni une conception du rapport à la force qu'elle ne partage pas avec l'Allemagne, beaucoup plus réservée sur ces questions au regard de son histoire⁹⁹.

Il n'est pas étonnant, dans ces conditions, que ce soient la France et le Royaume-Uni qui aient impulsé la politique de sécurité et de défense européenne à la fin des années 90¹⁰⁰, et que ces États aient conclu, en marge des traités, des accords bilatéraux pour approfondir leur coopération dans les domaines nucléaires, opérationnels et industriels¹⁰¹. Ces accords, qui ont permis depuis 2010 un partenariat franco-britannique en matière de défense¹⁰² ne sont pas impactés, en droit, par le Brexit.

94. Pour une situation récente de mésentente franco-allemande, voir N. GROS-VERHEYDE, « Le Sahel, une plaie ouverte entre français et allemands. Le sommet de Pau en travers de la gorge de Berlin », 20 janvier 2020, [https://club.bruxelles2.eu/2020/01/le-sahel-une-plaie-ouverte-entre-francais-et-allemands-le-sommet-de-pau-en-travers-de-la-gorge-de-berlin/].

95. F. SANTOPINTO, « La défense européenne avant et après le Brexit », in *Le Brexit – Enjeux régionaux, nationaux et internationaux*, op. cit., pp. 161-164.

96. *Ibid.*

97. Selon les termes du Livre Blanc « Défense et sécurité nationale », 2013, [https://www.defense.gouv.fr/content/download/206186/2286591/Livre-blanc-sur-la-Defense-et-la-Securite-nationale%202013.pdf].

98. Le général F. Lecointre, chef d'état-major des Armées, a rappelé combien « nos deux armées continuent à être l'une pour l'autre des partenaires importants, combien elles ont besoin l'une de l'autre et combien elles sont proches. Elles mettent en œuvre un outil de dissuasion nucléaire et ont la culture de l'engagement ; cela crée des convergences » (Audition du général F. LECOINTRE devant la Commission de la Défense de l'Assemblée nationale, publiée le 14 septembre 2018, [https://www.asafrance.fr/item/extraite-de-l-audition-du-general-francois-lecointre.html]).

99. En Allemagne, le déploiement des forces implique par exemple une décision du Bundestag, ce qui suppose des débats politiques et un défaut de la célérité requise dans ce type de situations.

100. Lors du sommet franco-britannique de Saint-Malo, qui a réuni le président J. Chirac et le premier ministre T. Blair les 3 et 4 décembre 1998.

101. Les accords de Lancaster House sont deux traités militaires signés par le président français N. Sarkozy et le premier ministre britannique D. Cameron, le 2 novembre 2010. Le premier concerne le développement et l'emploi des armes nucléaires. Le second est une « coopération en matière de défense et de sécurité ». Il concerne « le déploiement et l'emploi des forces armées », les transferts de technologies entre les deux industries de l'armement, les programmes d'achats d'armements et les échanges d'informations.

102. Voir par ex. l'accord signé le 28 mars 2017 entre la France et le Royaume-Uni sous l'égide du traité de Lancaster House, qui déclenche une phase de trois ans d'études préparatoires pour le dévelop-

Il n'en demeure pas moins que dès l'annonce du retrait britannique de l'Union européenne, les incertitudes sur le partenariat futur en matière de défense ont incité la France à tenter d'approfondir la coopération en dehors du cadre de la PeSDC, quitte à ce que l'objectif d'une « capacité d'action autonome de l'Europe »¹⁰³ remplace subrepticement celui d'une capacité d'action autonome de l'Union.

Plusieurs propositions d'Emmanuel Macron tendent ainsi à favoriser un épanouissement de la défense européenne au-delà du cadre de la PeSDC, à l'instar de l'Initiative européenne d'intervention (IEI) lancée en 2018 pour « favoriser l'émergence d'une culture stratégique européenne » et en particulier « renforcer la capacité des Européens à agir ensemble, en créant les conditions préalables pour de futurs engagements coordonnés et préparés conjointement sur tout le spectre de crises, affectant la sécurité de l'Europe »¹⁰⁴. Les États participant à l'IEI sont membres de l'Union ou pas (à l'instar du Royaume-Uni), participent à la PeSDC ou pas (à l'instar du Danemark) et sont membres de l'OTAN ou pas (à l'instar de la Finlande et de la Suède). Leur point commun est censé être la démonstration de « leur volonté politique et leur capacité militaire d'assumer un engagement en opérations »¹⁰⁵. Il est difficile, compte tenu du caractère récent de cette initiative, d'apprécier son efficacité mais il est d'ores et déjà possible de s'interroger sur la concurrence qu'elle est passible de faire à la Coopération structurée permanente, qui relève, elle, de l'Union européenne.

Au-delà de cette initiative, le président Macron a fait état d'un projet plus ambitieux encore pour établir un partenariat avec le Royaume-Uni en matière de sécurité et de défense. En effet, il a eu l'occasion d'évoquer, à plusieurs reprises, la création d'un « Conseil européen de sécurité intérieure associant le Royaume-Uni pour préparer nos décisions collectives »¹⁰⁶.

Il apparaît ainsi que, compte tenu du rôle que cet État a à jouer dans la future Europe de la défense, la France cherche à préserver des liens étroits avec le Royaume-Uni dans le domaine militaire¹⁰⁷. Elle souhaite en revanche réserver la politique industrielle de la défense aux seuls États membres de l'Union, à l'exclusion des États tiers, y compris du Royaume-Uni. Dans ces conditions, le risque existe, selon Guillaume de La Brosse¹⁰⁸, d'un cantonnement de la défense européenne post-Brexit à une politique si ce n'est exclusivement, du moins très largement industrielle, risque accru par les nouvelles compétences de la Commission européenne en la matière. Le cas échéant, la dimension opérationnelle de la défense européenne échapperait à la PeSDC, pour être assurée, avec le Royaume-Uni, dans le cadre de l'OTAN ou dans le cadre d'autres types de partenariats hors Union européenne.

Le Brexit peut ainsi avoir, sur la sécurité et la défense européennes, des impacts différents voire opposés, qui restent encore méconnus à ce jour.

pement des futurs missiles longue portée qui équiperont les marines et les armées de l'air française et britannique.

103. Selon les termes employés par le président E. MACRON dans son discours pour une Europe souveraine, unie, démocratique, dit « Discours de la Sorbonne », 26 septembre 2017, nous soulignons.

104. [<https://www.defense.gouv.fr/dgris/action-internationale/l-iei/l-initiative-europeenne-d-intervention>].

105. *Ibid.*

106. E. MACRON, « Pour une renaissance européenne », 4 mars 2019, *op. cit.*

107. Voir le discours d'E. MACRON, « Faire revivre l'Europe comme une puissance politique stratégique », lors de la conférence sur la sécurité de Munich, le 15 février 2020.

108. *Op. cit.*

LES CONSÉQUENCES DE LA VIOLATION DE L'EXIGENCE D'UNITÉ DANS LA REPRÉSENTATION INTERNATIONALE DE L'UNION : COMMENTAIRE DE L'ARRÊT *COTIF II*

EDOARDO STOPPIONI*

La saga *COTIF* fait partie d'un mouvement jurisprudentiel récent de la CJUE, consistant à donner une lecture extensive du droit des relations extérieures de l'Union. Comme il a été souligné, la Cour a consolidé par son activité prétorienne l'idée selon laquelle le Traité de Lisbonne avait pour but de renforcer l'action extérieure de l'Union et ne s'est pas laissée influencer par les tendances eurosceptiques tendant à nier tout apport substantiel du traité dans ce domaine¹⁰⁹. C'est ce que montrent l'interprétation extensive de la compétence externe fondée sur la politique commerciale commune (de l'arrêt *Daiichi Sankyo*¹¹⁰ à l'*Avis 2/15*¹¹¹), l'interprétation extensive de l'article 3, § 2 TFUE (de l'arrêt *Commission c. Conseil*¹¹² à l'*Avis 3/15*¹¹³) et enfin la clarification de l'idée selon laquelle l'Union peut exercer seule une compétence externe partagée, opérée dans la décision *COTIF I*¹¹⁴.

L'arrêt *COTIF II* vient consolider cet acquis en clarifiant les contours de l'obligation de représentation unitaire de l'Union dans le cadre d'organisations internationales, ainsi que les conséquences de la violation d'une telle obligation pour l'efficacité, la crédibilité et la réputation de l'Union sur la scène internationale¹¹⁵.

L'affaire *COTIF* trouve son origine dans la procédure de modification de la Convention relative aux transports internationaux ferroviaires (COTIF) du 9 mai 1980. En 2014, le secrétaire général de l'Organisation intergouvernementale pour les transports internationaux ferroviaires (OTIF) notifia aux États membres des propositions de modification de la COTIF à soumettre à la commission de révision de cet accord lors de la 25^e session de Berne. Ces modifications portaient essentiellement sur les appendices de la Convention, relatives aux règles uniformes sur différents types de contrats ferroviaires.

Le 24 juin 2014, le Conseil, sur proposition de la Commission et conformément à la procédure de l'article 218, § 9 TFUE, adopta une position à prendre au nom de l'Union relativement à ces modifications. La République fédérale d'Allemagne s'opposa à une telle position, en affirmant que l'Union n'était pas compétente en

(*) Professeur à l'Université de Strasbourg, préalablement Senior Research Fellow au Max Planck Institute for Procedural Law, Luxembourg. L'auteur remercie Janine SILGA pour sa relecture minutieuse et pour ses commentaires sur une version antérieure de cet article.

109. F. CASTILLO DE LA TORRE, « El Tribunal de Justicia y las relaciones exteriores tras el Tratado de Lisboa », *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2018, vol. 60, pp. 491-512.

110. CJUE, 18 juillet 2013, *Daiichi Sankyo et Sanofi-Aventis Deutschland*, C-414/11, ECLI:EU:C:2013:520.

111. CJUE, 16 mai 2017, *avis 2/15*, ECLI:EU:C:2017:376.

112. CJUE, *Commission / Conseil (Arrangement de Lisbonne révisé)*, C-389/15, ECLI:EU:C:2017:798.

113. CJUE, 14 février 2017, *avis 3/15*, ECLI:EU:C:2017:114.

114. CJUE, 5 décembre 2017, *Allemagne c. Conseil*, C-600/14, ECLI:EU:C:2017:935, obs. E. NEFRAMI, « Article 216(1) TFEU and the Union's Shared Competence in the Light of Mixity », *CML Rev.*, 2019, p. 489 et s. ; C. FLAESCH-MOUGIN, « La Cour précise la portée de l'article 216§1 TFUE et confirme l'existence d'une compétence externe de l'UE dans un domaine de compétences partagées n'ayant pas fait l'objet d'une réglementation commune », *RTD Eur.*, 2017, p. 206.

115. CJUE, 27 mars 2019, *Commission c. Allemagne*, C-620/16, ECLI:EU:C:2019:256, obs. I. BOSSE-PLATIÈRE, « Affaire *COTIF 2* : l'Allemagne condamnée pour atteinte à l'efficacité, la crédibilité et la réputation de l'Union sur la scène internationale », *RTD Eur.*, 2019, p. 730.

ce qui concerne les modifications mentionnées car elle n'avait pas exercé sa compétence législative dans les domaines du droit privé des contrats de transport, visés par les appendices. Les États membres pourraient donc continuer à exercer leur compétence dans ce domaine de compétences partagées¹¹⁶.

La Cour, saisie une première fois le 22 décembre 2014 par le gouvernement allemand en annulation de la position du Conseil, rejeta cette demande. Dans l'arrêt *COTIFI*, la Grande chambre clarifie l'idée selon laquelle l'Union peut exercer seule une compétence externe partagée. Elle y confirme la différence entre existence et exclusivité de la compétence externe¹¹⁷, en éclairant les relations entre l'article 3, § 2 TFUE (concernant les compétences externes implicites exclusives) et l'article 216 TFUE (concernant les cas où il existe une compétence implicite de l'Union pour conclure un traité international). En présence d'une compétence externe exclusive de l'Union, les États membres doivent s'abstenir d'entreprendre toute action extérieure, et la conclusion d'un accord international relève du monopole de l'Union. En revanche, dans les domaines de compétence externe partagée, les États membres ne sont pas tenus de s'abstenir de toute action extérieure.

En revanche, et tel est le cœur de la décision commentée, la Cour dissipe les doutes suscités par l'*Avis 2/15*¹¹⁸ quant au caractère facultatif de la nature mixte de l'accord conclu dans ce second cas de figure. La mixité d'un accord international serait davantage une question de choix politique :

« Certes, la Cour a constaté, au point 244 [de l'avis 2/15], que les dispositions pertinentes de l'accord concerné, relatives aux investissements étrangers autres que directs, qui relèvent de la compétence partagée entre l'Union et ses États membres, ne pouvaient être approuvées par l'Union seule. Toutefois, par cette constatation, la Cour s'est bornée à prendre acte de l'impossibilité, mise en avant par le Conseil au cours de la procédure relative à cet avis, de recueillir en son sein la majorité requise pour que l'Union puisse exercer seule la compétence externe qu'elle partage avec les États membres en la matière »¹¹⁹.

Ainsi, au vu de l'arrêt *COTIFI*, on peut affirmer qu'il existe trois cas de figure possibles. Premièrement, si l'accord entre dans le domaine de la compétence exclusive de l'Union, les États membres ont une obligation de ne pas interférer avec l'action extérieure de l'Union et l'accord sera donc conclu exclusivement par l'Union. Deuxièmement, si une partie de l'accord est du ressort exclusif de l'Union, tandis qu'une autre partie de cet accord relève des compétences exclusives des États membres, les États membres et l'Union devront alors agir conjointement pour conclure un accord mixte. Troisièmement, si l'ensemble de l'accord porte sur un

116. CJUE, 5 décembre 2017, *Allemagne c. Conseil*, C-600/14, § 18.

117. *Ibid.*, § 46 : « il résulte d'une jurisprudence bien établie de la Cour qu'une distinction doit être opérée entre l'existence d'une compétence externe de l'Union et la nature exclusive ou partagée de cette compétence éventuelle ». La Cour fait remonter cette ligne jurisprudentielle à l'*Avis 1/76*.

118. L'*Avis 2/15* entretenait un manque de clarté important sur le caractère facultatif ou obligatoire de la mixité de l'accord international, lorsque la compétence externe est partagée. Les ambiguïtés dérivent aussi bien des conclusions de l'Avocat général que des termes employés par la Cour elle-même. D'une part, les conclusions de l'Avocat général Sharpston à ce propos considèrent que « [c]omme ces parties ne relèvent pas toutes du champ d'application des compétences externes exclusives de l'Union, l'ALEUES ne peut pas, sur la base des compétences exclusives de l'Union, être conclu sans la participation des États membres » (Conclusions du 21 décembre 2016, ECLI: ECLI:EU:C:2016:992). D'autre part, le doute est semé par la Cour qui semble soutenir que les dispositions d'un traité relevant de compétences partagées ne peuvent être approuvées par l'Union seule (CJUE, *Avis 2/15*, 16 mai 2017, ECLI:EU:C:2017:376, § 244 : puisqu'une partie des dispositions de l'accord relève de la compétence exclusive de l'Union et une autre de la compétence partagée, « la section A dudit chapitre de l'accord envisagé ne saurait être approuvée par l'Union seule »).

119. CJUE, 5 décembre 2017, *Allemagne c. Conseil*, C-600/14, § 68.

domaine de compétence partagée, le caractère mixte de l'accord ne s'imposera pas, puisque le Conseil aura le pouvoir d'exercer cette compétence partagée ¹²⁰.

Parallèlement à la saisine de la Cour par le gouvernement allemand, la Commission a également lancé, le 29 mai 2015, une procédure en manquement à l'encontre de la République fédérale d'Allemagne, en alléguant que le comportement de celle-ci lors de la 25^e session de la commission de révision de l'OTIF constituait une violation de la décision du Conseil (la décision 2014/699) et de l'article 4, § 3 TUE. Face à la position allemande consistant à réitérer la légalité de son vote allant à l'encontre de la décision du Conseil et de sa désapprobation publique du contenu de la décision, la Commission demande à la Cour sur le fondement de l'article 258 TFUE de déclarer deux violations. D'une part, l'Allemagne aurait violé la décision 2014/699 qui bénéficie d'une présomption de légalité ; la position allemande constitue une mesure unilatérale destinée à remédier à une méconnaissance éventuelle du droit par une institution, ce qui est contraire au droit de l'Union. D'autre part, en exerçant son vote de manière indépendante, l'Allemagne viole également le principe de coopération loyale en ce qu'elle porte atteinte à la « crédibilité et à la réputation de l'Union, à l'unité de la représentation internationale de celle-ci ainsi qu'à son image en général » ¹²¹.

Du point de vue du droit international, la décision est particulièrement intéressante. La Cour de justice est appelée à clarifier les contours normatifs de l'obligation des États membres de suivre la position de l'Union européenne sur la scène internationale. Quel est le fondement juridique qui permet au juge de l'intégration de sanctionner un État qui irait à l'encontre de la position des institutions dans les relations internationales de l'Union ? Mais surtout, quelles sont les conséquences d'une éventuelle violation de cette base juridique ? Le juge de l'intégration est appelé à donner forme au préjudice qui découle de l'acte d'insubordination de l'État membre à la politique extérieure dictée par le Conseil. Si l'Allemagne semble essayer de revendiquer sa qualité d'État souverain pour récupérer une certaine autonomie d'action extérieure dans un cas où elle estime ne pas avoir cédé de compétence à l'Union, le juge de l'intégration lui rappelle ce que son statut d'État membre implique et énonce toute l'importance du préjudice que l'Union subit du fait de cet acte d'insubordination.

La CJUE est donc appelée à clarifier la différence entre la position d'État souverain et d'État membre dans l'exercice des relations extérieures d'une organisation internationale mais aussi à théoriser le préjudice subi par cette organisation lorsque l'État membre prétend se comporter en tant que souverain et aller à l'encontre des règles que l'organisation internationale a prescrites pour assurer l'unité de son action extérieure.

Dans son arrêt *COTIF II*, la Cour constate la responsabilité de l'Allemagne de manière particulièrement solennelle. La décision présente un double intérêt puisque la Cour y clarifie les contours de l'« obligation d'abstention de certaines déclarations préjudiciables à l'unité de la représentation » ¹²² de l'Union (I) et elle consacre un préjudice « à l'efficacité de l'action internationale de l'Union ainsi qu'à la crédibilité et la réputation de cette dernière sur la scène internationale » ¹²³ (II).

120. E. NEFRAMI, « Article 216(1) TFEU and the Union's Shared External Competence in the Light of Mixity : *Germany v Council (COTIF)* », *CML Rev.*, 2019, vol. 56, p. 506.

121. CJUE, 27 mars 2019, *Commission c. Allemagne*, C-620/16, § 67.

122. E. CASTELLARIN, *La participation de l'Union européenne aux institutions internationales économiques*, Paris, Pedone, 2017, p. 227.

123. CJUE, 27 mars 2019, *Commission c. Allemagne*, C-620/16, § 98.

I. – L'EXIGENCE DE REPRÉSENTATION UNITAIRE DE L'UNION CLARIFIÉE

L'idée de la nécessité d'assurer la représentation unitaire de l'Union est née dans la jurisprudence de la Cour. Néanmoins, une lecture des différentes décisions ayant bâti cet édifice intellectuel montre que le concept a fait l'objet de longues pérégrinations discursives, ayant été qualifié de principe autonome, puis de simple exigence liée à la coopération loyale (A). L'arrêt *COTIF II* apporte de la clarté, en soulignant l'impact normatif du principe de coopération loyale en droit des relations extérieures de l'Union (B).

A. *Les pérégrinations discursives de la Cour : entre exigence d'unité de représentation, coopération étroite et coopération loyale*

Afin de donner une consistance juridique à l'obligation de l'État membre de respecter les règles que l'organisation internationale a prescrites pour assurer l'unité de son action extérieure, la Cour de justice de l'Union procède de longue date à un certain bricolage juridique. Ce bricolage a reposé sur l'entremêlement de trois concepts distincts : l'exigence d'unité dans la représentation internationale de l'Union, une obligation de coopération étroite entre les États membres et les institutions de l'Union dans ce cadre et l'obligation plus générale de coopération loyale inscrite dans les traités. La généalogie et l'interaction entre ces deux composantes n'a pas fait l'objet d'une analyse unitaire dans la jurisprudence de la Cour. Les notions élaborées ont fait l'objet de longues pérégrinations discursives. Le spectre discursif employé a ainsi oscillé entre deux extrémités : la consécration d'un principe autonome de représentation unitaire d'une part, et le déni de toute identité autonome de celui-ci, qui ne serait qu'une exigence découlant de l'application du principe de coopération loyale dans la sphère des relations extérieures de l'Union, d'autre part.

L'idée d'unité de la représentation internationale de l'Union est un produit ancien de la jurisprudence de la Cour, datant de l'*Avis 1/78*¹²⁴. Le *dictum* que l'on fait remonter à cet avis a, en revanche, été reformulé dans l'avis 2/91 et c'est cette version qui se pérennise dans la jurisprudence de la Cour et qui est également reproduite, *mutatis mutandis*, dans l'arrêt *COTIF II* :

« Dans la délibération 1/78 du 14 novembre 1978 (Rec. p. 2151, points 34 à 36), la Cour a souligné que lorsqu'il apparaît que la matière d'un accord ou d'une convention relève pour partie de la compétence de la Communauté et pour partie de celle des États membres, il importe d'assurer une coopération étroite entre ces derniers et les institutions communautaires tant dans le processus de négociation et de conclusion que dans l'exécution des engagements assumés. Cette obligation de coopération, relevée dans le cadre du traité CEEA, s'impose également dans le cadre du traité CEE, car elle découle de l'exigence d'unité dans la représentation internationale de la Communauté »¹²⁵.

Si cette obligation semble assez vague, elle a pourtant une valeur juridique certaine. En effet, c'est sur ce fondement que, dans l'affaire *FAO*, la Cour a annulé la décision du Conseil d'attribuer aux États membres le droit de vote au sein de

124. CJUE, 4 octobre 1979, avis 1/78 (*Accord international sur le caoutchouc naturel*), ECLI: ECLI:EU:C:1979:224.

125. CJUE, 19 mars 1993, avis 2/91, ECLI: ECLI:EU:C:1993:106, § 36.

l'Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture pour adopter un accord visant à favoriser le respect par les navires de pêche en haute mer des mesures internationales de conservation et de gestion, alors même qu'il s'agissait de matières relevant de la compétence exclusive de l'Union¹²⁶.

Néanmoins, concernant le contenu de cette obligation de coordination étroite découlant de l'unité de la représentation de l'Union, la Cour reste sibylline : « Il appartient aux institutions communautaires et aux États membres de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer au mieux une telle coopération »¹²⁷. À partir de là, cette obligation commence à faire l'objet de mentions récurrentes dans la jurisprudence de la Cour et à être utilisée de manières différentes.

D'une part, l'obligation de coopération étroite en cas d'accord mixte a pu être déconnectée de l'idée de représentation internationale unitaire pour y voir, dans l'affaire *Mox Plant*, le fondement de l'obligation de consulter les institutions européennes avant de porter le règlement d'un différend intra-communautaire devant une juridiction internationale¹²⁸. D'autre part, c'est en intégrant l'apport de la jurisprudence sur l'obligation connexe de coopération loyale que la Cour dégage le contenu matériel de cette obligation. Dans l'*Avis 2/91*, il avait déjà été affirmé que l'actuel article 4, § 3 TFUE constitue une obligation de facilitation et d'abstention¹²⁹. L'obligation de coopération étroite sur la scène internationale n'est pas systématiquement connectée à l'objectif de la représentation unitaire de l'Union. En effet, c'est uniquement en ce qu'elle est enrichie par le principe de coopération loyale, que la coopération étroite trouve son articulation la plus complète avec l'exigence de l'unité de représentation internationale de l'Union. L'obligation de coopération étroite sur la scène internationale est donc déconnectée de l'objectif de la représentation unitaire et enrichie à la source de la coopération loyale.

Ce passage par le principe de coopération loyale pour penser l'obligation de coopération étroite sur la scène internationale introduit une modification ultérieure de la morphologie du raisonnement juridictionnel. Dans les affaires *Inland Waterways*¹³⁰, la Cour a engagé la responsabilité de l'Allemagne et du Luxembourg pour avoir conclu et ratifié des traités bilatéraux, après que les institutions européennes ont décidé de procéder à la conclusion d'un accord multilatéral, et ce sans en avvertir la Commission. La Cour se fonde pour cela sur l'idée générale de coopération loyale, qui est « d'application générale et ne dépend ni du caractère exclusif ou non de la compétence communautaire concernée ni du droit éventuel, pour les États membres, de contracter des obligations envers des États tiers »¹³¹. C'est cette obligation de coopération loyale que la Cour va lire conjointement avec la décision autorisant la Commission à négocier un accord multilatéral. La violation est donc constituée par la méconnaissance de la décision des institutions concernant la posture à suivre sur la scène internationale qui matérialise une violation de l'obligation de coopération loyale.

126. CJUE, 19 mars 1996, *Commission c. Conseil*, C-25/94, ECLI:ECLI:EU:C:1996:114, § 48.

127. CJUE, *avis 2/91*, §38 ; *Commission c. Conseil*, C-25/94, § 48.

128. CJUE, 30 mai 2006, *Commission c. Irlande*, C-459/03, ECLI:EU:C:2006:345, § 179 : « l'obligation de coopération étroite dans le cadre d'un accord mixte impliquait, dans le chef de l'Irlande, un devoir d'information et de consultation préalables des institutions communautaires compétentes avant d'engager une procédure de règlement du différend relatif à l'usine MOX dans le cadre de la Convention ».

129. CJUE, *avis 2/91*, § 10 en ce qu'il « impose aux États membres de faciliter à la Communauté l'accomplissement de sa mission et de s'abstenir de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du traité ». Voir également la reprise de ce *dictum* dans l'*Avis 1/03*, du 7 février 2006, § 119.

130. CJUE, 2 juin 2005, *Commission c. Luxembourg*, C-266/03, ECLI: ECLI:EU:C:2005:341 et 14 juillet 2005, *Commission c. Allemagne*, C-433/03, ECLI: ECLI:EU:C:2005:462.

131. CJUE, *Commission c. Luxembourg*, § 58 ; *Commission c. Allemagne*, § 5.

L'apport fondamental de cette branche de la jurisprudence de la Cour se trouve ainsi dans l'opération qui consiste à déconnecter cette obligation de coopération étroite de la nature des compétences en jeu et à proscrire l'action unilatérale des États membres par le biais d'un acte de droit international lorsqu'une position de l'Union est déjà prévue¹³².

En revanche, dans l'affaire *POP*, la Cour affirme clairement que des actions unilatérales en méconnaissance de la position internationale de l'Union risquent de léser directement le « principe d'unité dans la représentation internationale de l'Union et de ses États membres ainsi que d'affaiblir leur pouvoir de négociation à l'égard des autres parties à la convention concernée »¹³³. La Cour ne passe plus par la coopération loyale mais hisse l'unité de représentation au rang d'intérêt juridique autonome protégé.

L'arrêt *COTIF II* parvient à une hybridation de différentes structures discursives antérieures. Il est certain que, dans cette affaire, la Cour n'embrasse pas l'extrémité du spectre discursif retenu dans l'affaire *POP*, puisqu'elle ne va pas jusqu'à reconnaître le statut de « principe » à la représentation internationale unitaire¹³⁴. Elle préfère en revenir à la position de l'*Avis 1/78 et 2/91* : l'obligation de coopération étroite découle de l'exigence d'une unité de représentation internationale de l'Union.

Néanmoins, elle ajoute à ce *dictum* classique l'idée selon laquelle « le respect par les États membres d'une décision adoptée par le Conseil au titre de l'article 218, paragraphe 9, TFUE est une expression particulière de l'exigence d'une unité de représentation de l'Union, découlant de l'obligation de coopération loyale »¹³⁵. On y retrouve en partie l'approche *Inland Waterways*, selon laquelle la méconnaissance de la décision des institutions européennes matérialise une violation de l'obligation de coopération loyale, mais cette dernière est présentée comme la source originare de l'exigence d'unité de représentations de l'Union.

B. La clarification des effets externes de la coopération loyale

Cette hybridation des registres discursifs, que nous venons de constater, permet à la Cour de clarifier la valeur normative du principe qui se trouve à la base de l'obligation d'abstention de déclarations préjudiciables à l'unité de la représentation de l'Union.

Avant tout, la Cour sépare clairement la violation de la décision du Conseil de la violation du principe de coopération loyale. Cela a un premier effet pratique : indépendamment de tout débat théorique sur la coopération dans les relations extérieures, l'Allemagne devait respecter un acte de droit dérivé qui est réputé légal dans une Union fondée sur l'État de droit. La Cour rappelle donc qu'« un État membre ne saurait s'autoriser à prendre unilatéralement des mesures correctives ou des mesures de défense destinées à remédier à une méconnaissance alléguée, par une institution, des règles du droit de l'Union »¹³⁶. C'est là qu'on commence à apercevoir toute la profondeur de la différence entre le statut d'État souverain et celui d'État membre dans les relations internationales. Au second, le droit de l'Union soustrait toute habilitation à prendre unilatéralement ce que l'on pourrait

132. A. DELGADO CASTELEIRO et J. LARIK, « The Duty to Remain Silent : Limitless Loyalty in EU External Relations ? », *European Law Review*, 2011, vol. 36, p. 533.

133. CJUE, 20 avril 2010, *Commission c. Suède*, C-246/07, ECLI:C:2010:203, § 104, obs. I. BOSSE-PLATIÈRE, *RTD Eur.*, 2015, 220-14.

134. I. BOSSE-PLATIÈRE, « Affaire *COTIF 2* », *op. cit.*, p. 730.

135. CJUE, *COTIF II*, § 94.

136. CJUE, *COTIF II*, § 88.

qualifier de contre-mesures en réponse à un acte réputé illicite de l'organisation internationale. En raison d'un degré tout particulier d'institutionnalisation de l'institution juridique des contre-mesures, le droit de l'OMC en encadre l'utilisation par un régime d'autorisation particulier alors que le droit de l'Union les supprime de la palette des possibles et c'est là que l'on peut observer l'une des manifestations de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union par rapport au droit international¹³⁷.

Concernant maintenant le cœur de la décision, l'arrêt *COTIF II* perpétue « l'ambiguïté de la jurisprudence de la Cour sur les fondements réciproques de l'exigence d'unité de représentation internationale et de l'obligation de coopération loyale, l'une semblant découler de l'autre et inversement »¹³⁸. L'Avocat général Szpunar semble considérer qu'il importe peu de trancher ce débat parce que l'on se situe dans une logique circulaire tenant au polymorphisme de l'obligation de coopération loyale telle qu'appliquée dans les relations extérieures :

« Cette obligation de coopération découle de l'exigence d'une unité de représentation internationale de l'Union. Je soutiendrais que cette affirmation serait tout aussi vraie si l'on inversait la cause et la conséquence, et si l'on percevait l'exigence d'unité comme découlant de l'obligation de coopérer »¹³⁹.

Néanmoins, le paragraphe 94 de l'arrêt semble tenter de clarifier les choses : c'est l'obligation de coopération loyale qui génère une exigence d'unité de représentation unitaire, dont les décisions prises au titre de l'article 218, § 9 ne sont qu'une manifestation particulière. En cela, la Cour semble davantage reproduire la position mise en avant par l'AG Maduro dans l'affaire *POP* :

« L'unité de la représentation internationale de la Communauté et de ses États membres n'a pas de valeur indépendante ; il s'agit simplement d'une expression du devoir de coopération loyale au titre de l'article 10 CE. La question visant à déterminer si cette unité est exigée par le devoir de coopération loyale peut être résolue seulement en analysant les obligations stipulées dans un accord spécifique »¹⁴⁰.

C'est là, sans doute, que le raisonnement en droit international public est le plus intéressant. La jurisprudence de la Cour recèle un double niveau d'analyse de cette obligation de coopération étroite. D'un côté, elle y voit essentiellement une obligation d'abstention que l'on pourrait mettre en parallèle avec le contenu normatif du principe de bonne foi du droit international. D'un autre côté, l'évolution de la jurisprudence de la Cour va plus loin que la logique du droit international général, en ce qu'elle donne à la coopération loyale dans le domaine des relations extérieures toute sa valeur constitutionnelle.

En ce qui concerne le premier niveau d'analyse, il faut convenir du fait que « le droit des traités est une province privilégiée de la bonne foi »¹⁴¹, dès lors que celle-ci est « inhérente à tout système consensuel »¹⁴² ; la Convention de Vienne en codifie le principe à plusieurs reprises, notamment dans ses articles 18 et 26. Il en va donc de même du droit des organisations internationales. Le régime des actes mis en œuvre par les États dans les enceintes internationales est nécessairement innervé par des règles découlant de la bonne foi. En cela, le fait que la Cour ait fait de l'obligation de coopération loyale dans le domaine de la représentation

137. L. GRADONI, *Regime failure nel diritto internazionale*, Padoue, CEDAM, 2009, pp. 109-116.

138. I. BOSSE-PLATIÈRE, « Affaire *COTIF* », *op. cit.*, p. 730.

139. Conclusions de l'AG SZPUNAR, 9 janvier 2019, *Commission c. Allemagne*, ECLI:EU:C:2019:3, §§ 92-93.

140. Conclusions de l'AG MADURO, 1^{er} octobre 2009, *Commission c. Suède*, ECLI:EU:C:2009:589, § 37.

141. R. KOLB, *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Paris, PUF, 2000, p. 179.

142. É. ZOLLER, *La bonne foi en droit international public*, Paris, Pedone, 1997, p. 47.

internationale de l'Union essentiellement une obligation d'abstention aligne sa force normative sur celle du principe de bonne foi du droit international¹⁴³.

Toutefois, il semble évident que la Cour va plus loin et greffe sur ce premier élément un deuxième niveau d'analyse¹⁴⁴. Comme on a pu le constater, les affaires où la Cour a octroyé une valeur normative au principe de représentation internationale unitaire montrent bien que les États ne participent pas aux accords mixtes simplement en tant qu'États souverains mais aussi et surtout en tant qu'État membres de (et avec l'autorisation de) l'Union¹⁴⁵.

Pour reprendre les travaux d'Eleftheria Neframi, on peut affirmer que la Cour prolonge dans les relations extérieures la vision philosophique de la coopération loyale qu'elle a forgée à l'intérieur de l'ordre juridique de l'Union, transposant sa valeur de fondement identitaire. D'un point de vue interne, le principe de coopération loyale régit les interactions entre l'Union et les ordres juridiques nationaux et devient donc le vecteur d'une transformation du statut juridique des États souverains en États membres de l'Union¹⁴⁶. Dans les relations extérieures, le principe « permet ainsi d'identifier l'Union et ses États membres comme un ensemble uni sur la scène internationale »¹⁴⁷ : c'est dans cette logique qu'il faut considérer que le principe de représentation internationale unitaire de l'Union est un corollaire du devoir de coopération loyale. L'exigence d'unité dans la représentation est un moyen pour parvenir à l'objectif d'affirmation sur la scène internationale (dont à l'article 3 TUE) mais c'est le devoir de loyauté qui impose l'obligation d'abstention de toute action mettant en péril cet objectif¹⁴⁸.

143. F. CASOLARI, « The Principle of Loyal Co-Operation : A 'Master Key' for EU External Representation ? », in S. BLOCKMANS et R. WESSEL (eds.), *Principles and Practices of EU External Representation*, 2012, CLEER Working Papers 2012/5, p. 19 : « in this respect, the Court engenders the idea that loyalty in case of joint representation may de facto correspond to the classic conception of the principle of good faith in international law, whose concretizations generally take form of abstention obligations ».

144. Il faut souligner d'ailleurs que la manière dont les juridictions internationales ont approché le principe de bonne foi ne révèle pas une approche unitaire. Les juridictions de l'Union européenne, par exemple, ont pu en donner une lecture particulière dans l'affaire *Opel Austria* de 1997 (Trib. UE, *Opel Austria*, T-115/94, 22 janvier 1997) où était en question la légitimité d'un règlement adopté par le Conseil en violation d'un Accord de libre-échange conclu entre les Communautés et l'Autriche, qui n'était pourtant pas encore entré en vigueur dans l'ordre juridique international. Appliquant l'article 18, le tribunal a affirmé qu'il s'agissait bien d'une codification du droit coutumier (en faisant référence à l'arrêt *Certains intérêts allemands*, attribué à tort à la CIJ aux §§ 90-91), pour ensuite y voir le corollaire du principe communautaire de confiance légitime au § 93. On voit surgir, en filigrane, une conception intellectuelle du droit international non écrit bien différente de celle propre à la logique du droit international général : le juge de l'Union conçoit moins son système comme irradié par les principes propres au droit des traités, que comme ayant dégagé une logique propre qui s'apparente parfois à celle du droit international (Voir F. CASOLARI, *L'incorporazione del diritto internazionale nell'ordinamento dell'Unione Europea*, Milan, Giuffrè, 2008, pp. 123-126, l'auteur soulignant comment cette inversion logique implique une volonté de déplacer le débat sur le plan communautaire, de mettre la Convention de Vienne sur le droit des traités de côté, ce qui change également l'application du principe sur le fond).

145. M. CREMONA, « Member States Agreements as Union Law », in E. CANNIZZARO, P. PALCHETTI et R.A. WESSEL (eds.), *International Law as Law of the European Union*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 295 : les États « participate in the agreement not only as sovereign States but also as Member States of (and under the authorisation of) the Union. Here [...] we can [...] draw an analogy with mixed agreements, where the Member States participate in their own right but also with commitments as Union Member States ».

146. E. NEFRAMI, « The Duty of Loyalty : Rethinking its Scope through its Application in the Field of EU External Relations », *CML Rev.*, 2010, vol. 47, p. 323.

147. E. NEFRAMI, « Le principe de coopération loyale comme fondement identitaire de l'Union européenne », *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 2012, pp. 197-203.

148. E. NEFRAMI, « The Duty of Loyalty », *op. cit.*, p. 353 ; Ch. HILLION, « Mixity and Coherence in EU External Relations : The Significance of the Duty of Cooperation », in Ch. HILLION et P. KOUTRAKOS (eds.), *Mixed Agreements Revisited – The EU and its Member States in the World*, Oxford, Hart Publishing, 2010, p. 87.

II. – LE PRÉJUDICE À L'ACTION INTERNATIONALE DE L'UNION CONSACRÉ

Après avoir clarifié la portée de l'obligation d'abstention et de coopération étroite des États membres concernant la représentation unitaire de l'Union, la Cour accomplit un pas de plus dans *COTIF II* en tirant toutes les conséquences de la violation d'une telle obligation. Elle consacre ainsi un préjudice particulier (A). La condamnation de ce préjudice est d'autant plus solennelle qu'il semble atteindre le fondement identitaire de l'Union européenne sur la scène internationale (B).

A. Un préjudice particulier aux effets étendus

L'apport novateur fondamental de l'arrêt *COTIF II* est la consécration de la notion de préjudice « à l'efficacité de l'action internationale de l'Union ainsi qu'à la crédibilité et à la réputation de cette dernière sur la scène internationale »¹⁴⁹. C'est la première fois que la Cour consacre ce type de préjudice, dont les contours restent, sans doute, à préciser¹⁵⁰.

La Cour précise les deux volets que contient ce préjudice. Le premier est l'atteinte à la réputation de l'Union, dès lors que l'Allemagne a « laissé planer un doute quant à la capacité de l'Union d'exprimer une position et de représenter ses États sur la scène internationale ». Le second consiste, quant à lui, dans l'atteinte à l'efficacité de l'action internationale de l'Union, car la position de l'Allemagne « affaibli[t] le pouvoir de négociation de l'Union au sein de l'OTIF »¹⁵¹.

Dans l'arrêt sous commentaire, la Cour articule également le régime du manquement d'État avec celui du préjudice qu'elle vient de consacrer. Les réponses de la Cour aux objections préliminaires permettent d'amorcer une clarification des contours d'un tel préjudice.

En effet, l'Allemagne soutenait l'irrecevabilité du recours de la Commission au titre de deux objections préliminaires : premièrement, la Cour ne serait pas compétente pour connaître d'un comportement passé et qui a épuisé ses effets avant l'épuisement du délai imparti par l'avis motivé de la Commission¹⁵² ; deuxièmement, le recours serait irrecevable dès lors que l'Allemagne avait pris toutes les mesures nécessaires pour se conformer à l'avis¹⁵³.

Par rapport au premier moyen d'irrecevabilité, la Cour rejette fermement l'idée selon laquelle le comportement litigieux du défendeur n'aurait causé aucune conséquence négative qui aurait pu être éliminée, contrairement à ses dires. La Cour est donc amenée à juger de l'intensité du préjudice causé par le comportement de l'Allemagne. Ce préjudice présente la particularité d'avoir des effets étendus.

D'une part, il ne se limite pas au plan interne de l'Union mais le déborde en rejaillissant sur le plan international. Il est intéressant de souligner que la Cour appuie cette constatation sur les *dicta* des arrêts ayant consacré le devoir de coopération étroite et d'abstention des États membres¹⁵⁴. Le propre de ce préjudice est

149. CJUE, *COTIF II*, § 98.

150. I. BOSSE-PLATIÈRE, « Affaire *COTIF 2* », *op. cit.*, p. 730.

151. CJUE, *COTIF II*, § 95.

152. *Ibid.*, § 31.

153. *Ibid.*, § 34.

154. La Cour cite l'*Avis 1/94* (Accords annexés à l'accord OMC), du 15 novembre 1994, EU:C:1994:384, point 108 ; arrêts du 2 juin 2005, *Commission/Luxembourg*, C 266/03, EU:C:2005:341, point 60 ; du 14 juillet 2005, *Commission/Allemagne*, C 433/03, EU:C:2005:462, point 66, et du 20 avril 2010, *Commission/Suède*, C 246/07, EU:C:2010:203, point 73.

de constituer une double atteinte aux intérêts de l'Union, s'inscrivant dans l'ordre juridique interne et international.

D'autre part, le préjudice n'est pas circonscrit au processus décisionnel de l'organisation internationale en question, mais il le transcende et touche à l'action internationale de l'Union au sein de cette organisation. C'est en cela que le manquement remet en cause « l'unité et la cohérence de l'action extérieure de l'Union, au-delà du processus décisionnel concret concerné »¹⁵⁵. La Cour précise que l'Allemagne ne saurait tirer profit de sa propre faute et, dans cette même optique, elle ne peut pas invoquer l'impossibilité de remédier à l'atteinte à la réputation de l'Union pour obtenir le rejet du recours¹⁵⁶.

B. Un préjudice lié à l'atteinte au fondement identitaire de l'Union

En analysant cet apport de l'arrêt au prisme de la théorie de la responsabilité, on peut observer l'importance plus générale de la consécration de la spécificité de ce préjudice. La thèse de Brigitte Stern a en effet démontré que la fonction de la responsabilité change selon la conception que l'on se fait du dommage réparable, donc de l'intérêt juridiquement protégé¹⁵⁷. En suivant l'opinion de son Avocat général, la Cour engage la responsabilité de l'Allemagne pour protéger un intérêt juridique particulier qu'est la réputation et la crédibilité de l'Union sur la scène internationale. En consacrant ce dommage réparable, la Cour vient tout d'abord souligner l'intensité du fait illicite touchant les intérêts de l'Union en tant qu'acteur international. La fonction de la responsabilité est donc ici intimement liée à la nature fondamentale de l'obligation primaire protégée, l'obligation de coopération loyale.

Il s'agit d'une nouveauté dans la jurisprudence de la Cour, qui n'avait jusque-là pas tiré toutes les conséquences du constat de la violation de l'article 4, § 3 TUE dans le domaine des relations extérieures. La Cour suit en cela les conclusions de l'Avocat général Szpunar, qui avait appelé de ses vœux cette évolution :

« selon moi, tout ce que la Cour se doit de faire en l'espèce, c'est faire un pas de plus dans ce domaine. La Cour se devrait de préciser que *la réputation et la crédibilité* de l'Union sur la scène internationale constituent un intérêt juridique distinct, protégé par l'article 4, paragraphe 3, TUE et qui transcende en l'espèce la lettre et la finalité de la décision 2014/699.

L'inexécution de cette décision, combinée à une manifestation de désaccord patent quant à son contenu, est préjudiciable à la réputation de l'Union au niveau international. Elle donne l'impression que l'Union n'opère pas de manière suffisamment efficace en tant qu'ensemble aux fins de la préparation d'une réunion d'une organisation internationale »¹⁵⁸.

Il faut souligner que la jurisprudence dans laquelle la Cour s'est prononcée précisément sur la portée de l'atteinte aux intérêts juridiques de l'Union en tant que telle n'est guère abondante. En revanche, on peut souligner qu'il s'agit là d'un élément fondamental : le préjudice causé à l'Union dans son ensemble, fût-il d'un ordre matériel négligeable, revêt une gravité particulière en raison de l'impor-

155. CJUE, *COTIF II*, §§ 45-47.

156. *Ibid.*, § 57.

157. B. BOLLECKER-STERN, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1973.

158. Conclusions de l'AG SZPUNAR, 9 janvier 2019, *précit.*, §§ 96-97.

tance de l'intérêt protégé. C'est ce qu'a pu affirmer très clairement l'Avocat général Geelhoed dans l'affaire *Cresson* :

« le fait que le préjudice matériel causé aux intérêts de la Communauté puisse être minime n'est pas un indicateur de la gravité de la violation sous-jacente des obligations par le commissaire impliqué. Ce qui importe, c'est de savoir si le comportement en cause était susceptible de porter atteinte à l'autorité et à la crédibilité de la Commission ainsi qu'à la confiance que placent en elle d'autres institutions, les États membres et le grand public. Comme le montre très clairement la présente espèce, pareil préjudice a effectivement résulté du comportement de M^{me} Cresson »¹⁵⁹.

Dans l'arrêt *COTIF II*, la Cour semble aller jusqu'à consacrer une sorte de dommage moral de l'Union européenne. Si l'on reprend les termes du grand théoricien de la responsabilité, Dionisio Anzilotti, on peut dire que la CJUE détermine l'existence d'une méconnaissance de la dignité de l'Union en tant que personne du droit des gens¹⁶⁰ : l'Allemagne a porté préjudice à l'action internationale de l'Union et a donc atteint la valeur de l'organisation internationale en tant que sujet de l'ordre juridique international. Cela explique la solennité de la condamnation du comportement litigieux.

L'exigence de réparer le préjudice moral est admise de longue date en droit international, c'est ce que précise déjà l'arbitrage *Lusitania*¹⁶¹. Cette affirmation est confortée par les articles de la CDI de 2001 qui visent la réparation de « tout dommage matériel ou moral »¹⁶². Néanmoins, le régime de ce type de dommage manque de clarté dans le contentieux international. En prenant l'exemple de l'arbitrage d'investissement, on a pu parfois y considérer que la satisfaction était un moyen de réparation satisfaisant¹⁶³, tout en voyant émerger une tendance à réparer différemment le dommage moral dans des circonstances exceptionnelles, lorsque l'on se situe dans un cas de *culpa* de la part de l'État (que l'on pense aux sentences *Desert Line*¹⁶⁴ ou *Europe Cement*¹⁶⁵).

159. Conclusions de l'AG GEELHOED, 23 février 2006, *Commission c. Édith Cresson*, ECLI:EU:C:2006:140, § 102.

160. D. ANZILOTTI, « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers », *RGDIP*, 1906, p. 13 : « Le dommage se trouve compris implicitement dans le caractère anti-juridique de l'acte. La violation de la règle est effectivement toujours un dérangement de l'intérêt qu'elle protège, et, par voie de conséquence, aussi du droit subjectif de la personne à laquelle l'intérêt appartient ; il en est d'autant plus ainsi que, dans les rapports internationaux, le dommage est en principe plutôt un dommage moral (méconnaissance de la valeur et de la dignité de l'État en tant que personne du droit des gens), qu'un dommage matériel (dommage économique ou patrimonial au vrai sens du mot) ».

161. *Affaire des Veuves du Lusitania* (US and Germany Opinion), 1923, *RSA*, vol. VII, p. 40 : « any injury inflicted resulting in mental suffering, injury to his feelings, humiliation, shame, degradation, loss of social position or injury to his credit or to his reputation ».

162. Voir notamment l'article 31, § 2 des articles de la CDI de 2001. Le commentaire souligne notamment que le préjudice moral doit couvrir les « souffrances causées à l'individu, la perte d'être chers ou une injure personnelle associée à une intrusion dans le domicile ou une atteinte à la vie privée ».

163. *Victor Pey Casado et President Allende Foundation c. Chili*, affaire CIRDI n° ARB/98/2, sentence du 8 mai 2008, § 704.

164. *Desert Line Projects LLC c. République du Yémen*, affaire CIRDI n° ARB/05/17, sentence du 6 février 2008, § 290 : « The Arbitral Tribunal finds that the violation of the BIT by the Respondent, in particular the physical duress exerted on the executives of the Claimant, was malicious and is therefore constitutive of a fault-based liability. Therefore, the Respondent shall be liable to reparation for the injury suffered by the Claimant, whether it be bodily, moral or material in nature. [...] The Arbitral Tribunal considers that, based on the information at hand and the general principles, an amount of USD 1,000,000 should be granted for moral damages, including loss of reputation. This amount is indeed more than symbolic yet modest in proportion to the vastness of the project ».

165. *Europe Cement Investment & Trade S.A. c. République de Turquie*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/07/2, sentence du 13 août 2009, § 181 où ce sont des « exceptional circumstances such as physical duress » qui justifient l'allocation de dommages moraux.

Pour l'internationaliste, l'arrêt commenté est remarquable puisque la Cour vient déclarer l'existence d'un préjudice moral d'une organisation internationale. D'ailleurs, elle y souligne les circonstances exceptionnelles qui impliquent l'exigence de sanctionner de manière particulière ce type de préjudice. La solennité de la consécration d'un préjudice particulier tient à l'exigence de protéger un intérêt particulier. C'est parce que l'Union, en tant que fiction juridique, constitue bien plus que la somme d'États souverains que la lésion de ses intérêts propres dans la sphère internationale est traitée de manière particulière.

Puisqu'on a démontré que la Cour a construit la coopération loyale comme faisant partie du fondement identitaire de l'Union européenne¹⁶⁶, la violation de ce principe dans son volet externe dégage un préjudice juridique qui frappe le fondement identitaire du bloc européen au sein de l'ordre juridique international. Ce préjudice nouvellement consacré vient donc protéger le liant de l'Union sur la scène internationale. C'est pour cette raison que le pas de plus que fait la Cour ici revêt une solennité et une importance toutes particulières.

166. E. NEFRAMI, « Le principe de coopération loyale comme fondement identitaire de l'Union européenne », *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 2012, pp. 197-203.