

LE DROIT DES PARTICULIERS D'INVOQUER LES ACCORDS INTERNATIONAUX DE LA COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE DEVANT LES COURS NATIONALES

*Par Nanette Neuwahl**

Le critère de l'effet direct des accords conclus par la Communauté européenne n'a pas encore été étudié de manière exhaustive par la jurisprudence de la Cour européenne de Justice. Certaines affaires sont trompeuses puisqu'elles mèneraient à croire que l'effet direct des ententes multilatérales peut être atteint en optimisant les mécanismes internationaux de résolution des conflits. Ceci n'est pas convaincant, en premier lieu, puisque dans le contexte des relations intergouvernementales, le contrôle de l'action des parties contractantes demeure éluusif. Toute amélioration des procédures judiciaires, particulièrement en contexte multilatéral, est destinée à être marginalisée tant que l'on est confiné aux mécanismes intergouvernementaux de résolution des conflits. En second lieu, les implications de cela sur l'effet direct sont ténues. L'effet direct, ou le droit d'agir en justice des individus, n'est pas simplement une question légale abstraite ; il implique aussi des décisions de politique. Le désir d'application effective est mesuré avec d'autres objectifs tels que le maintien d'un certain niveau de démocratie et l'instrumentalisation des traités poursuivant des objectifs de politique interne et étrangère. L'examen de l'ancienne question de l'effet direct en combinant certains éléments de doctrine juridique et d'analyse de science politique offre un meilleur aperçu sur le critère de l'effet direct que la simple dépendance de la jurisprudence émergente.

The criteria of direct effect of agreements concluded by the European Community have not yet been exhaustively dealt with in the case law of the European Court of Justice. Some of the cases are misleading because they would have us believe that direct effect of multilateral agreements can be achieved by optimizing international dispute settlement procedures. This is not convincing, first of all because in intergovernmental relations control over the performance of other contracting parties is illusive. Any improvement of judicial procedures, particularly in a multilateral context, is destined to be marginal as long as one is confined to mechanisms of mere intergovernmental dispute settlement. Secondly, the implications of this for direct effect are tenuous. Direct effect, or 'standing' by individuals, is not simply an abstract legal question but also entails policy decisions. The desirability of effective enforcement is weighed against other objectives such as the maintenance of a certain level of democracy, and the instrumentalization of treaties in the pursuit of foreign and internal policy objectives. A treatment of the age-old question of direct effect which combines elements of legal doctrine and political science analysis yields a better insight into the criteria for direct effect than simple reliance on the evolving case law.

* Nanette Neuwahl est Professeure en droit européen et titulaire de la Chaire Jean Monnet en intégration européenne de l'Université de Montréal. Elle siège également à titre de Présidente de l'Association canadienne d'études européennes. Elle possède un doctorat en droit de l'Institut universitaire européen de Florence et une maîtrise et un baccalauréat de l'Université de Leiden. Elle est l'auteur de huit ouvrages de doctrine et de plus de 60 articles dans le domaine de l'intégration européenne, plus particulièrement sur les conséquences légales de l'intégration européenne et sur les relations extérieures de l'Union européenne.

Introduction

La question de savoir si et quand un particulier (personne physique ou personne morale de droit privé) peut invoquer un traité international dans un procès est un sujet toujours à la mode. Ceci est peu surprenant, car il s'agit d'une question d'ordre constitutionnel de première importance. Beaucoup de commentateurs sont d'opinion que les traités internationaux devraient avoir le plus d'effet possible devant les cours européennes¹. Cette prise de position me paraît bien discutable et nous traiterons donc du mérite de la question dans le présent exposé. Ceci est un sujet d'ordre pratique non seulement pour les cours, mais aussi pour les institutions politiques qui, elles aussi, doivent savoir sur quels critères se baser et comment légiférer à ce sujet. La question qui se pose est la suivante : est-il désirable ou non qu'un traité international puisse être appliqué par une cour dans un litige soulevé par un particulier?

La question de l'effet des traités conclus par les organisations internationales européennes aurait pu être réglée dans les traités de la Communauté européenne (Communauté) ou dans un acte relatif à leur application, mais ceci n'a pas été fait. En outre, les institutions politiques peuvent légiférer à cet égard dans la mesure où la chose est compatible avec le partage des pouvoirs et les règles constitutionnelles applicables dans l'Union européenne (Union). Les cours nationales et la Cour de Justice des Communautés européennes jouent aussi un rôle dans la détermination de l'effet direct des accords internationaux. Les cours nationales et, le cas échéant, la Cour de Justice ont pour tâches l'interprétation des règles constitutionnelles de l'Union et la résolution des litiges reliés à une absence de réglementation explicite, un manque de clarté ou une incompatibilité de réglementation. En ce qui concerne l'Organisation mondiale du commerce (OMC), la décision du Conseil des ministres de l'Union européenne approuvant les *Accords de Marrakesh* a établi dans son préambule que les accords GATT/OMC n'ont pas d'effet direct². Il reste à voir si cette affirmation a influencé la jurisprudence de la Cour de Justice. On peut croire

¹ En faveur d'une conception large des effets des traités pour les particuliers, voir notamment Kees Jan Kuilwijk, *The European Court of Justice and the GATT Dilemma: Public Interest Versus Individual Rights*, Beuningen, Nexed, 1996; Ernst-Ulrich Petersmann, « *Strengthening the Domestic Legal Framework of the GATT Multilateral Trade System: Possibilities and Problems of Making GATT Rules Effective in Domestic Legal Systems* », dans Ernst-Ulrich Petersmann et Meinhard Hilf, dir., *The New GATT Round of Multilateral Trade Negotiations: Legal and Economic Relations*, vol. 5, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1988, 33; Miquel Montanà I Mora, « *Equilibrium: A Rediscovered Basis for the Court of Justice of the European Communities to Refuse Direct Effect to the Uruguay Round Agreements?* » (1996) 30:5 *J. World Trade* 43. Voir les opinions contraires de John H. Jackson, « *Status of Treaties in Domestic Legal Systems: A Policy Analysis* » (1992) 86 *Am. J. Int'l L.* 310 [Jackson]; Peter Jan Kuijper, « *The New WTO Dispute Settlement system - The Impact on the European Community* » (1995) 29:6 *J. World Trade* 49; Judson Osterhoudt Berkey, « *The European Court of Justice and Direct Effect of GATT: A Question Worth Revisiting* » (1998) 9:4 *E.J.I.L.* 626. Voir aussi le point de vue intermédiaire de Piet Eeckhout, « *The Domestic Legal Status of the WTO agreement: Interconnecting Legal Systems* » (1997) 34 *C.M.L. Rev.* 11 [Eeckhout]; Thomas Cottier et Krista Nadakavukaren Schefer, « *The Relationship Between World Trade Organizational Law, National and Regional Law* » (1998) 1 *J. Int'l Econ. L.* 83 [Cottier et Schefer].

² CE, *Décision du Conseil du 22 décembre 1994 relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994)*, [1994] *J.O.L.* 336/1.

qu'il y a de bons arguments qui puissent conduire la Cour de Justice à donner raison au Conseil des ministres. Sur un plan très général, il faut observer que les cours, aussi bien que les institutions politiques, sont en principe obligées de respecter le droit positif. Tant que le droit primaire, c'est-à-dire le *Traité de la Communauté européenne (Traité)*, ne dispose pas autrement, la Cour suivra l'opinion du législateur. Le partage des pouvoirs et le cadre constitutionnel, la politique et le droit permettent ainsi de trouver les réponses recherchées. Mais ce sont les raisons de fond qui demeureront primordiales: elles devraient recevoir application en l'absence de toute indication de l'intention du législateur.

Cet exposé comporte trois volets:

1. La jurisprudence de la Cour de Justice en matière d'effet direct des accords internationaux bilatéraux.
2. La jurisprudence de la Cour de Justice en matière d'effet direct des accords multilatéraux.
3. Quelques considérations politiques qui pourraient inspirer les institutions, en particulier
 - a) l'objectif d'efficacité des ententes;
 - b) le caractère plus ou moins démocratique des institutions responsables pour l'adoption de règles communes;
 - c) l'impact sur le plan politique.

I. La jurisprudence de la Cour de justice en matière d'effet direct des traités

La Cour de Justice et le Tribunal de première instance ont à plusieurs reprises été confrontés à la question de l'effet direct des accords internationaux signés par les organes de la Communauté européenne. Ils ont nié cet effet direct, particulièrement en ce qui concerne les clauses du GATT/OMC. En ce qui concerne les accords bilatéraux, la jurisprudence est plus favorable, mais elle laisse une marge d'appréciation aux organes politiques. La question de savoir comment les autorités pourraient exercer leur discrétion sera traitée dans la dernière section de cet exposé.

A. Les accords bilatéraux

Lorsque la Cour de Justice a établi le principe de l'effet direct des accords bilatéraux, elle a été influencée avant tout par des considérations liées à l'efficacité et à l'application uniforme du droit communautaire.

L'illustration la plus éloquente de cette attitude se retrouve dans l'affaire *Kupferberg*³, où il a été argué qu'une taxe allemande sur le vin ne pouvait pas être appliquée sur des importations provenant du Portugal. À ce moment-là le Portugal n'était pas un membre de la Communauté européenne, mais il était lié à celle-ci par un accord de libre-échange qui prohibait entre autres l'imposition de taxes d'importation sur le vin. L'entreprise *Kupferberg* voulait invoquer la disposition pertinente de l'accord qui n'était pas respectée par l'Allemagne. Par conséquent, la question se posait à savoir si cette disposition pouvait avoir un effet direct devant la Cour allemande. Cette cour, notant que l'accord avait été signé par la Communauté européenne, a référé la question à la Cour de Luxembourg. La réponse n'était pas claire parce que la jurisprudence antérieure en matière d'effet direct s'était préoccupée seulement de l'effet du droit communautaire autonome, c'est-à-dire le Traité et la législation communautaire; elle ne couvrait pas la situation d'un accord international signé par la Communauté européenne.

Il existe des différences importantes entre le droit communautaire et les traités internationaux signés par la Communauté. L'effet direct du droit communautaire autonome a été valorisé comme un élément essentiel de cet ordre juridique nouveau⁴ et tous les États membres l'ont accepté en tant que manifestation incontournable de la supranationalité. Malgré cela, beaucoup d'États membres ont des réticences à accepter la même règle pour les traités internationaux « ordinaires ».

Les États de tradition moniste ont eu moins de difficultés à accepter ce concept puisque, dans ces États, le droit international est applicable devant les cours internes. La constitution des Pays-Bas, par exemple, prévoit que les dispositions qui se prêtent à une application en Justice (les dispositions dites « *self-executing* ») sont applicables dans les juridictions nationales.

Par contre, la majeure partie des États membres ont plutôt une tradition dualiste en ce qui concerne le rapport entre le droit international et le droit national. Dans ces États, le droit international public et le droit national sont considérés comme deux systèmes de droit complètement différents et séparés et la tradition veut que les cours n'appliquent que le droit national. Les infractions à des traités intergouvernementaux ne relèvent donc pas de leur juridiction; ce sont des questions politiques et elles sont assujetties à la diplomatie internationale. On peut donner comme exemples d'États dualistes le Royaume-Uni et les États-Unis, mais ils ne sont pas les seuls. Pour le Royaume-Uni, l'effet direct des traités de la Communauté européenne et de leur droit dérivé est une exception par tradition, volontairement tolérée parce que la réciprocité dans le domaine du droit communautaire contribue à son efficacité. Les Anglais apprécient beaucoup le fait que le droit communautaire soit appliqué au Royaume-Uni aussi bien que dans les autres pays membres de la Communauté, où ce droit a le même contenu, le même effet et la même force contraignante.

³ C.J.E. *Hauptzollamt Mainz c. C.A. Kupferberg & Cie KG a.A.*, C-104/81, [1982] E.C.R. I-03641 [*Hauptzollamt*].

⁴ C.J.E. *Van Gend & Loos c. Administration fiscale néerlandaise*, C-26/62, [1963] E.C.R. I-00003 [*Van Gend & Loos*].

En contrepartie, si la Communauté européenne conclut un traité avec un État tiers, par exemple avec les États-Unis, la situation est tout à fait différente. Les États-Unis ne permettent pas à un particulier d'invoquer en justice les stipulations des traités internationaux signés par leur gouvernement. Par conséquent, si dans les États membres de la Communauté européenne cet accord pouvait être admissible sans difficulté mais que le gouvernement des États-Unis ne pouvait pas être forcé par des particuliers de l'appliquer, il serait donc probable que l'accord ne soit appliqué dans sa globalité que par la Communauté européenne. Ceci pourrait placer les particuliers résidant dans l'Union européenne dans une situation désavantageuse par rapport à ceux résidant aux États-Unis. Les États de tradition dualiste sont très sensibles à cet égard. Le Royaume-Uni pourrait peut-être accepter l'application d'un accord spécifique devant leurs propres tribunaux si l'application par toutes les parties contractantes était assurée. Si un pays puissant comme les États-Unis se soumet au droit international, c'est qu'il a intérêt à ce que les traités internationaux reçoivent application dans tous les autres pays sans qu'il ait à surveiller chaque cas de non-respect par ses partenaires. Par conséquent, les États-Unis auraient un intérêt à ce que ses partenaires appliquent les traités internationaux dans leur droit interne. Néanmoins, les États-Unis ne permettent pas normalement que les particuliers invoquent ces mêmes traités devant leurs propres cours, et cela pour éviter que le gouvernement fédéral ne soit critiqué par leurs citoyens.

Il ne faut pas croire que c'est seulement dans les États membres de tradition dualiste que l'application directe des accords de la Communauté pose des difficultés. Dans la pratique des juridictions monistes, l'application d'un accord peut être bien différente si elle est influencée par l'optique du droit communautaire ou si elle est déterminée seulement par le droit national. Aux Pays-Bas, l'entrée en vigueur, l'interprétation et l'effet seront différents pour un accord conclu par la Communauté ou pour celui conclu par l'État même. L'effet direct des accords de la Communauté européenne complique donc la situation juridique, particulièrement dans le cas d'un accord mixte, c'est-à-dire un accord conclu à la fois par la Communauté européenne et par ses États membres. De plus, comme nous le verrons plus loin, le caractère plus ou moins démocratique de ces accords de la Communauté européenne peut présenter un problème pour les États membres monistes autant que pour les États membres dualistes.

Il est remarquable qu'en dépit de ces objections, la Cour de Justice ait estimé dans l'affaire *Kupferberg* que les accords conclus par la Communauté pouvaient avoir un effet direct et que, dorénavant, si la question n'était pas réglée dans l'accord même⁵, la Cour déciderait au cas par cas du droit d'un particulier d'invoquer un accord international. Il y a deux raisons possibles pour lesquelles la Cour en aurait décidé ainsi. Premièrement, elle voulait peut-être envoyer un message aux parties contractantes futures : « Concluez un traité avec nous et vous pouvez être certains que le maximum d'effet lui sera accordé dans notre système judiciaire ». Deuxièmement, la Cour a considéré que ces instruments, en tant qu'actes des organes communautaires, pourraient être appliqués différemment dans les divers États membres de la Communauté européenne. On pourrait aussi s'interroger à savoir si

⁵ *Hauptzollamt*, *supra* note 4 au para 17.

l'application uniforme du droit communautaire est toujours souhaitable et devrait être recherchée par tous les moyens, mais, vu les circonstances, il y a peu de doute sur ce point. Le principe de l'interprétation uniforme du droit communautaire, qui serait garantie par les cours nationales et la Cour de Justice, constituait un facteur important dans la décision d'accorder un effet direct à l'accord avec le Portugal. Cette jurisprudence entre pleinement dans la philosophie de l'effet utile (*useful effect*) du droit communautaire.

Toutefois, la stratégie de la Cour de Justice n'est pas inconditionnelle. Premièrement, la Cour de Justice s'est réservée l'option de nier l'effet direct des accords internationaux si une autre partie contractante à l'accord devait manquer à ses obligations. Deuxièmement, l'arrêt laisse aux institutions politiques la prérogative de déterminer à l'avance qu'un accord n'aura pas d'effet direct. La Cour mentionne explicitement la possibilité que l'effet d'un traité soit réglé dans l'accord même⁶ et elle reconnaît ainsi que les institutions politiques ont la possibilité de « *opting out* ».

Il paraît implicite dans *Kupferberg* que si l'on peut établir l'absence de réciprocité matérielle, au sens d'une violation de l'accord par un autre pays, la Cour de Justice tiendra compte de ce fait en décidant si un particulier peut invoquer cet accord⁷. Ce pouvoir de la Cour de Justice ressemble beaucoup à celui des États d'imposer des sanctions en droit international et de suspendre l'application d'un traité⁸.

La décision me semble un compromis acceptable, surtout quand on considère l'existence de la possibilité du « *opting out* ». On pourrait soutenir la thèse selon laquelle il n'appartient pas au juge communautaire, mais bien aux organes politiques de déterminer si l'exécution d'un traité doit être interrompue ou non, puisqu'une cour ne devrait pas s'impliquer dans des questions de nature politique. Toutefois, du moment que l'on accepte l'effet direct des accords internationaux, on doit reconnaître la valeur du point de vue avancé par Bourgeois⁹ : une cour appelée à appliquer un accord pourrait prendre en considération au moins un non-respect manifeste par un autre pays, particulièrement quand cela change complètement l'équilibre entre les intérêts des parties contractantes.

L'arrêt *Kupferberg* sauvegarde l'interprétation uniforme de l'ordre juridique communautaire et est valorisé positivement par des pays tiers. Cet arrêt reconnaît les intérêts des particuliers qui peuvent faire valoir leurs droits devant les cours nationales, mais aussi ceux des citoyens en général, qui ne doivent pas se conformer à des traités en cas d'un déséquilibre important entre les parties contractantes. Pour terminer, la solution trouvée par la Cour de Justice respecte le plus possible l'équilibre des pouvoirs entre les institutions communautaires car elle laisse une possibilité au législateur, s'il le souhaite, de régler la question de l'application de l'accord.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Hauptzollamt*, *supra* note 4 au para 18.

⁸ Jacques H.J. Bourgeois, « *European community: Effects of International Agreements in European Community Law: Are the Dice Cast?* » (1984) 82 *Mich L. Rev.* 1250 aux pp. 1265-1266 [Bourgeois].

⁹ *Ibid* à la p. 1266.

La Cour de Justice n'a pas offert la liste des conditions à respecter pour un effet direct, comme elle l'avait fait pour le droit communautaire autonome. Récemment, la Cour de Justice a soulevé que tantôt les « termes, la nature et l'objet »¹⁰, tantôt « l'esprit, l'économie et les termes » seront en l'occurrence déterminants : ce sont des formules empruntées à la jurisprudence concernant l'effet direct des accords multilatéraux, mais elles ne sont pas très éclairantes.

Il est probable que les cours pourront s'inspirer des critères classiques de l'applicabilité directe reconnus dans l'affaire *Van Gend en Loos*¹¹, c'est-à-dire la clarté du langage, l'inconditionnalité des obligations et le fait que celles-ci ne dépendent pas d'une action de la part des institutions. Toutefois, on doute que ces critères soient suffisants pour décider de l'effet direct des accords internationaux. Après l'affaire *Kupferberg*, la réciprocité matérielle devra probablement constituer un quatrième critère, de même que l'absence d'une déclaration à l'effet contraire par le législateur.

Il est frappant que dans l'affaire *Kupferberg*, le critère du caractère démocratique des règles n'était pas en jeu. Pourtant, dans une procédure préjudicielle, il n'appartient pas à la Cour de Justice de répondre à des questions qui ne sont pas essentielles à la résolution de la question précise que lui a soumise la cour nationale. Il est possible que les juges aient été de l'opinion qu'en cas d'un manque de démocratie il faudrait améliorer le processus décisionnel plutôt que de compromettre l'efficacité des règles adoptées. À cet égard, *Kupferberg* pourrait aussi apparaître comme un compromis entre plusieurs intérêts divergents. La Cour de Justice réagirait peut-être différemment sur ce point si la question lui était posée aujourd'hui. Nous discuterons de cette question plus loin.

B. Les accords multilatéraux, en particulier les accords du GATT/OMC

La jurisprudence de la Cour de Justice concernant les accords multilatéraux de la Communauté a été beaucoup moins audacieuse que celle concernant les accords bilatéraux et conséquemment, les deux coexistent mal. La jurisprudence constante selon laquelle les particuliers ne peuvent invoquer les dispositions du GATT est bien connue¹². Selon la Cour de Justice, c'est la faiblesse structurelle du GATT qui l'a menée à exclure l'effet direct de cet accord¹³. Dans l'affaire *SPI*, la Cour affirme qu'elle s'est laissée guider par des considérations liées à ce qu'elle appelle le « système général » du GATT:

¹⁰ C.J.E. *République fédérale d'Allemagne c. Conseil*, C-280/93, [1993] E.C.R. I-3667 [*République fédérale d'Allemagne*].

¹¹ *Van Gend & Loos*, *supra* note 5.

¹² C.J.E. *International Fruit Company NV et autres c. Produktschap voor Groenten en Fruit*, C-21/72, [1972] E.C.R. I-01219 ; C.J.E. *Administration des finances de l'État c. Società petrolifera italiana SpA (SPI) et SpA Michelin italiana (SAMI)*, C-267/81, [1983] E.C.R. I-00801 [*SpA et SAMI*]; *République fédérale d'Allemagne, supra* note 10 ; C.J.E. *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Chiquita Italia SpA*, C-469/93, [1995] E.C.R. I-4533; C.J.E. *République italienne c. Conseil*, C-352/96, [1998] E.C.R. I-06937.

¹³ Bourgeois, *supra* note 9 à la p. 1267.

[...] considérations relatives au système de l'Accord général, en ce qu'il est fondé sur le principe de négociations entreprises sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels et caractérisé par la grande souplesse de ses dispositions, notamment de celles qui concernent les possibilités de dérogation, les mesures pouvant être prises en présence de difficultés exceptionnelles et le règlement de différends entre les pays contractants.¹⁴

La Cour de Justice a constamment nié l'existence d'un effet direct pour le GATT/OMC. Parfois on entend parler de quelques exceptions, mais elles n'en sont pas: les affaires *Fediol*¹⁵, *Nakajima*¹⁶ et autres¹⁷ sont spéciales. Dans ces arrêts, la Cour de Justice affirme que lorsqu'une règle du droit communautaire fait référence aux termes du GATT (comme dans l'affaire *Fediol*) ou lorsqu'elle a été adoptée en vue de donner application à cet accord (comme dans l'affaire *Nakajima*), les particuliers peuvent invoquer les clauses du GATT pour attaquer la légalité d'une mesure communautaire d'application postérieure. Alors, comme l'a fait remarquer l'Avocat général Tesaro dans ses conclusions dans l'affaire *Hermès*¹⁸, le fait d'invoquer les dispositions du GATT ne découle pas de l'effet direct de l'accord même, mais plutôt indirectement de l'existence d'une mesure communautaire mettant en œuvre l'accord international ou adoptée avec l'intention de donner application à l'accord. Un contrôle de la légalité est donc ouvert, car l'accord a été transposé en droit communautaire. Dans ces cas spécifiques, la Cour de Justice s'est occupée uniquement de la validité des mesures communautaires prises en application de la mesure qui faisait référence à l'accord. La possibilité d'un recours contre cette mesure même n'a pas été évoquée. Il en résulte que ces jugements ne constituent pas une exception à la jurisprudence générale qui nie toujours l'effet direct du GATT.

Les jugements principaux concernant l'effet du GATT manquent de clarté. On peut même dire qu'ils ont quelque peu contribué à la confusion, dans la mesure où ils accusent le caractère flexible d'un traité du défaut d'effet direct. Comme nous l'avons vu précédemment, la Cour de Justice n'a pas considéré cet aspect lorsqu'elle a dû se prononcer sur l'effet direct du traité avec le Portugal¹⁹ et il est donc difficile de comprendre pourquoi elle le ferait dans le cas d'un accord multilatéral. D'ailleurs, la Cour de Justice n'explique pas pourquoi il en est ainsi. La raison pourrait être que l'application uniforme du GATT est difficile à obtenir, mais pourtant la chose ne se présente pas autrement pour l'accord avec le Portugal que la Cour n'hésite pas à appliquer. Il doit donc y avoir une autre différence entre les deux accords. La différence est peut-être que la Communauté européenne a beaucoup plus de contrôle

¹⁴ *SpA et SAMI, supra* note 13, au para 23.

¹⁵ C.J.E. *Fédération de l'industrie de l'huilerie de la CEE (Fediol) c. Commission des Communautés européennes*, C-70/87, [1989] E.C.R. I-01781.

¹⁶ C.J.E. *Nakajima All Precision Co. Ltd c. Conseil*, C-69/89, [1991] E.C.R. I-02069.

¹⁷ C.J.E. *NMB (Deutschland) GmbH et NMB Italia Srl et NMB (UK) Ltd c. Commission des Communautés européennes*, C-188/88, [1992] E.C.R. I-01689. Ceci était un recours en annulation basé sur l'article 173 du traité de Rome contre les Décisions Nos. 88/327/CEE, 88/328/CEE et 88/329/CEE du 22 avril 1988 concernant des applications de remboursement des frais anti-dumping.

¹⁸ C.J.E. *Hermès International (société en commandite par actions) c. FHT Marketing Choice BV*, C-53/96, [1998] E.C.R. I-03603 [*Hermès*].

¹⁹ *Hauptzollamt, supra* note 4, point 21.

sur l'application d'un accord bilatéral, par son poids diplomatique et son pouvoir de sanctions, qu'elle en a sur l'application d'un accord multilatéral. Si la Cour de Justice accordait un effet direct aux accords du GATT/OMC, la Communauté serait dans une situation de faiblesse relative par rapport à ses partenaires, qu'elle ne pourrait pas vraiment forcer à mettre en œuvre ces accords. Si une partie contractante manquait à ses obligations, la Communauté n'aurait pas le droit de suspendre ses obligations en retour et la réciprocité ne pourrait donc pas être assurée.

Le principe sous-jacent à l'affaire *Kupferberg* voulant que l'effet direct peut être interrompu en cas de défaut de réciprocité matérielle, est difficile à appliquer dans le cadre d'un traité multilatéral, car une interruption des prestations peut affecter plusieurs parties contractantes sans distinction. La Communauté européenne ainsi que toutes les autres parties à un traité multilatéral seraient donc plus réticentes à admettre un effet direct.

L'impraticabilité de faire remplacer le GATT par une série d'accords bilatéraux (ou de l'enrichir par une structure véritablement supranationale) aurait mis fin à la discussion. Mais la jurisprudence concernant le GATT crée l'impression qu'une amélioration quelconque à sa structure pourrait avoir pour résultat d'accorder l'effet direct. On pourrait alors se demander, tout comme plusieurs commentateurs l'ont fait, comment les dispositions de l'accord relatives au règlement des différends devraient être rédigées afin d'inclure ou d'exclure l'effet direct dans la Communauté européenne. Nous sommes portés à croire que l'effet direct des traités de l'OMC serait possible si la procédure de règlement des différends (bien que toujours intergouvernementale) était renforcée. Ainsi, plusieurs auteurs ont émis l'opinion que les raisons pour dénier l'effet direct du GATT étaient complètement éliminées dans le contexte de l'OMC²⁰. D'autres commentateurs ont suggéré que les lacunes avaient été comblées, du moins en ce qui concerne les rapports des groupes spéciaux²¹. L'Avocat général Tesauro dans l'affaire *Hermès* était l'un des plus grands partisans d'un changement de la jurisprudence²². Les facteurs ayant guidé la Cour de Justice, c'est-à-dire ceux reliés à la grande flexibilité du GATT en ce qui concerne notamment les possibilités de dérogation, les mesures à prendre en cas de difficultés exceptionnelles, les différentes façons de régler les conflits et la possibilité de suspendre des obligations et de se retirer ou de modifier des concessions, auraient tous été réglés dans la structure institutionnelle et les procédures de règlement de conflits de l'OMC. Dans le memorandum d'accord sur le règlement de différends, *Understanding on*

²⁰ Dominic McGoldrick, *International relations law of the European Union*, New York, Longman, 1997 à la p. 132 ; Steve Peers, « *Banana Split: WTO Law and Preferential Agreements in the EC Legal Order* » (1999) 4:2 *European Foreign Affairs Review* 195, à la p. 206 [Peers] ; Joanne Scott, « *The GATT and Community Law : rethinking the regulatory gap* » dans Jo Shaw et Gillian More, dir., *New Legal Dynamics of European Union*, New York, Oxford University Press, 1995, à la p. 147.

²¹ Voir Eeckhout, *supra* note 1, aux pp. 51-55 ; Thomas Cottier, « *Dispute Settlement in the World Trade Organization: Characteristics and structural implications for the European Union* » (1998) 35:2 *C.M.L.Rev.* 325 ; Voir aussi la Commission européenne, « La politique de concurrence dans le nouvel ordre commercial : Renforcement de la coopération et des règles au niveau international » (juillet 1995) en ligne : Europa (l'Union européenne en ligne) <http://europa.eu.int/comm/competition/international/strength_fr.pdf>.

²² *Hermès*, *supra* note 17.

*Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*²³, le pouvoir de veto que des parties contractantes avaient aux différents stades du processus de règlement des conflits (entre autre contre l'adoption d'un rapport de panel) a été éliminé et remplacé par une nouvelle procédure d'appel. Un système multilatéral de suspension de concessions a aussi été établi.

Toutefois, la Cour de Justice n'a pas modifié sa jurisprudence au lendemain des accords de l'OMC, considérant que, « interprétés à la lumière de leur objet et de leur but, [ils] ne déterminent pas les moyens de droit appropriés à assurer leur exécution de bonne foi dans l'ordre juridique des [...] parties contractantes »²⁴. La Cour de Justice reconnaît que les accords de l'OMC comportent des différences notables par rapport aux dispositions du GATT de 1947, notamment en raison du renforcement du régime de sauvegarde et du mécanisme de règlement des différends²⁵, mais le rôle déterminant des organes législatifs ou exécutifs dans la recherche de solutions négociées sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels exclut que l'on puisse prêter un caractère « directement applicable » à leurs dispositions²⁶. Comme le souligne la Cour de Justice, elle a été influencée par le fait que les partenaires les plus importants de la Communauté (les États-Unis et le Japon) sont eux aussi arrivés à la conclusion, à la lumière de l'objet et du but des accords de l'OMC, que les accords de Marrakesh ne figurent pas parmi les normes au regard desquelles leurs organes juridictionnels contrôlent la légalité de leurs règles de droit interne. Selon la Cour de Justice, il serait inacceptable que les organes législatifs ou exécutifs de la Communauté aient moins de marge de manœuvre que des organes similaires des partenaires commerciaux²⁷. Ceci revient à dire que les parties ont manifestement créé des accords qui ne lieraient pas les organes législatifs et exécutifs sur le plan interne et qui ne créeraient que des obligations pour eux sur le plan international.

Fait significatif, le renforcement général du GATT a amené les institutions politiques de la Communauté européenne à envisager la question de l'effet direct du droit de l'OMC pour l'exclure. Ceci aurait pu atténuer l'embarras de la Cour de Justice qui n'est toujours pas parvenue à donner une explication cohérente de sa décision de ne pas accorder d'effet direct à ces accords, mais la Cour de Justice ne s'est pas servie de la déclaration unilatérale du législateur, préférant se baser sur l'intention commune des plus importants partenaires aux traités.

Il est certain que la question de l'effet direct est négociable sur le plan international et il n'est pas exclu non plus que le problème de l'effet direct des accords multilatéraux puisse réapparaître. Il pourrait arriver que le législateur, la Cour de Justice ou une autre cour soient appelés à se prononcer sur la question, par rapport peut-être à d'autres accords. Ils pourraient être incités alors à se baser sur de nouvelles considérations d'application générale. Dans la section suivante, notre

²³ CE, *Négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994) - Annexe 2, Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement*, [1994] J.O.L. 336/234.

²⁴ C.J.E. *République portugaise c. Conseil*, C-149/96, [1999] E.C.R. I-08395, aux pp. I-8437, au para 41.

²⁵ *Ibid.*, à la p. I-8436, au para 36.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

attention ne portera pas exclusivement sur le règlement des différends comme garant de l'efficacité des règles. Comme nous le verrons, il peut y avoir d'autres aspects qui sont aussi importants quant à la détermination de l'effet direct d'un accord.

II. Les considérations politiques de l'effet direct

A. L'illusion de l'efficacité

Pour augmenter l'efficacité d'un accord, il est important de perfectionner les procédures de résolution des différends et d'y impliquer des particuliers. La jurisprudence de la Cour de Justice relative au GATT laisse croire qu'il n'y a pas d'effet direct si le règlement international des différends est flexible. Peut-on en déduire qu'il pourrait y avoir un effet direct si le règlement était plus strict? L'efficacité des dispositions stipulées est sûrement un facteur d'intérêt, mais il n'est pas le seul puisque le contenu de l'accord et son impact sur les citoyens ont aussi une grande importance.

L'efficacité de l'accord pourrait être l'objet d'une négociation entre les pays, mais il n'y a pas de connexion automatique entre la volonté de rendre les obligations plus efficaces sur le plan international et celle de les rendre plus efficaces sur le plan interne. Il y a par contre une troisième voie qui consiste en la création d'une cour supranationale (comme par exemple la *Convention européenne des droits de l'homme* de 1950) avec accès direct pour les particuliers. Ceci rendrait superflue du point de vue de l'efficacité l'effet direct dans les parties contractantes.

On ne peut pas nier que les particuliers contribuent positivement à l'application de l'accord. L'attraction principale de leur implication est peut-être de rendre plus difficile pour une partie contractante de faire du marchandage, c'est-à-dire d'« acheter » une violation en offrant une compensation aux États affectés²⁸. La possibilité d'un arrangement serait intéressante seulement si le législateur ou la cour nationale avait la possibilité de suspendre le droit des particuliers d'invoquer l'application de l'accord. Mais, effet direct ou non, l'objectif de l'efficacité restera toujours illusoire sans l'accès des particuliers à une cour supranationale qui leur assure une interprétation uniforme et l'application en bonne et due forme du droit.

Il peut aussi y avoir des raisons internes pour lesquelles les gouvernements pourraient vouloir compromettre l'application efficace d'un accord. Les conséquences dans l'ordre juridique interne, qu'elles soient de nature économique ou politique, pourraient avoir beaucoup d'intérêt pour les particuliers et pour les États eux-mêmes. Pour cette raison, on doit considérer également le caractère démocratique des règles.

²⁸ À titre de comparaison, dans la Communauté européenne (où l'effet direct est la règle) la possibilité que les États membres ou les institutions cherchent la voie de la diplomatie pour régler les infractions au droit communautaire est réduite grâce aux actions ouvertes aux particuliers.

B. Le principe constitutionnel de la démocratie

On parle toujours du « déficit démocratique » de l'Union européenne, déficit plus ou moins grave selon la vision que l'on a des tâches de l'Union. Indépendamment de cette question, qui est une affaire intéressant le projet de traité sur la Constitution européenne et l'avenir de l'Europe, on peut soutenir la thèse qu'un déficit démocratique dans la procédure de conclusion des accords est un argument contre l'effet direct des traités, à moins que ceux-ci ne soient transformés et transposés dans l'ordre juridique communautaire.

Plusieurs commentateurs ont observé que l'application prioritaire du droit conventionnel par rapport au droit municipal (communautaire et national) posait un danger pour la démocratie et la représentation démocratique²⁹. Il n'y a pas de doute qu'en droit international les gouvernements doivent respecter les obligations auxquelles ils se sont engagés. Par contre, l'effet direct des traités signifierait que des ententes internationales conclues sans implication réelle des parlements nationaux pourraient être invoquées possiblement à l'encontre de règles de droit internes établies selon des procédures parfaitement démocratiques, ce qui n'est pas souhaitable. Ceci est d'ailleurs l'un des facteurs qui expliquent l'existence d'autant d'États dualistes, c'est-à-dire d'États qui ne considèrent pas que les traités internationaux font partie de leur droit national. Au Royaume-Uni, la conclusion des traités internationaux est une affaire de la Couronne, et les accords internationaux n'ont pas d'effet juridique tant qu'ils ne sont pas transformés en droit national par une mesure du parlement national. Aux Pays-Bas, où la constitution prévoit l'effet direct, la conclusion de traités susceptibles d'avoir un tel effet exige une ratification par le parlement néerlandais.

Le Parlement européen se bat constamment pour avoir plus de pouvoirs. Dans les affaires « intérieures », la procédure de codécision est maintenant de rigueur: le Parlement européen décide sur un pied d'égalité avec le Conseil. En plus, le Parlement européen est impliqué plus souvent dans la conclusion de traités. En général, son rôle est varié et inclut la consultation facultative, la consultation obligatoire et l'avis conforme. Les dispositions du Traité ne sont pas sans ambiguïté, mais on ne peut nier qu'il y ait eu une progression continue depuis le début des Communautés européennes.

Il faut toutefois noter que l'implication du Parlement européen dans les traités internationaux n'est pas la même que celle dans le cas de la législation communautaire autonome, puisqu'il y a une différence entre la procédure de l'avis conforme et la procédure de codécision. La procédure de l'avis conforme a bien introduit un droit de veto du Parlement européen pour certains accords internationaux, mais cela n'entraîne pas la même interaction intensive qui caractérise la procédure de codécision; de plus, le consentement s'applique seulement après la conclusion des négociations. Les autres formes de participation du Parlement européen, c'est-à-dire la consultation obligatoire ou facultative, donnent à celui-ci encore moins d'influence, car même si la consultation est obligatoire, l'avis du Parlement européen ne lie pas les autres organes communautaires. La procédure de

²⁹ Voir Jackson, *supra* note 1 aux pp. 315 et s. ; Cottier et Schefer, *supra* note 1 à la p. 98.

codécision n'est pas applicable dans la procédure de conclusion de traités internationaux.

L'impression globale que l'on retire de tout cela est que la procédure de conclusion des traités n'est pas caractérisée par une très grande mesure de démocratie. Toutefois, ce n'est pas toujours un problème. Les accords commerciaux, par exemple, exigent toujours un certain degré de confidentialité. En tous les cas, en raison de la sensibilité du sujet, il n'est pas toujours pratique ou souhaitable d'impliquer l'opinion publique à un stade aussi précoce. Le manque de démocratie n'apparaît pas alors comme un déficit puisque l'on parle de deux choses différentes; accorder l'effet direct à des accords qui ne sont pas nés d'une procédure démocratique est une chose, la nécessité d'impliquer le public dans les affaires internationales en est une autre.

Tel que mentionné auparavant dans l'affaire *Kupferberg*, la Cour de Justice n'a pas perdu beaucoup de temps à expliquer ses arguments: l'arrêt ne contient pas de considérations à cet égard. Le principe de l'effet direct des accords bilatéraux a été donné sans se préoccuper de l'implication du Parlement européen. Cette question n'était pas soulevée par la cour nationale qui faisait le renvoi et la Cour de Justice ne s'est pas sentie obligée de l'aborder de sa propre initiative.

Compte tenu du fait qu'à ce moment-là le déficit démocratique était majeur, est-ce que l'avis de la Cour de Justice était erroné? Bien sûr, un État membre qui y voyait un problème aurait pu demander l'adoption d'une décision contraire des organes communautaires politiques, mais une telle décision est difficile à obtenir³⁰, spécialement après la conclusion de l'accord. Néanmoins, on peut expliquer l'arrêt *Kupferberg* dans le contexte de la Communauté européenne comme elle était alors. La reconnaissance de l'effet direct signifiait plus pour la Communauté que pour un État unitaire ou fédéral. Dans la Communauté européenne, l'effet direct représentait l'élément supranational même, rendant l'effet direct en quelque sorte indispensable. Comme toutes les décisions de la Cour de Justice sur l'effet direct du droit communautaire, il s'agissait d'une interprétation téléologique du Traité. Pour la Cour de Justice, s'arrêter à la question du déficit démocratique aurait signifié geler le processus d'intégration européenne.

En même temps, l'absence d'implication du Parlement européen dans la conclusion des traités n'était pas perçue comme une affaire de grande importance, du moins personne ne s'en est beaucoup préoccupé, parce que le déficit démocratique n'était pas du tout limité au domaine des relations internationales. Ce déficit démocratique pouvait se manifester dans tout le domaine de la législation du marché commun et dans tous les champs d'action de la Communauté économique européenne. C'était précisément l'une des raisons pour lesquelles les cours supérieures de plusieurs États membres ont affirmé qu'elles étaient réticentes à l'égard de l'effet direct et de la suprématie du droit communautaire. La Cour de Justice n'était pas impressionnée. Au contraire, elle semblait plutôt penser que l'on devait accepter les circonstances: la création de cet ordre juridique nouveau qu'était

³⁰ Dans la Communauté européenne, le droit de l'initiative appartient exclusivement à la Commission, et il n'est pas certain si elle agirait sur une simple instigation du Parlement européen.

la Communauté européenne devait précéder le parachèvement institutionnel et dans la constitutionnalisation graduelle de l'Union, l'épanouissement des compétences du Parlement européen suivrait. À cet égard, la Cour de Justice avait raison.

Un autre fait qui peut avoir mené les institutions communautaires et la Cour de Justice à négliger le déficit démocratique est que le domaine de la conclusion des accords internationaux ne se prête pas trop à ce genre d'arguments. À cette époque, la Communauté était surtout active dans la conclusion de traités commerciaux afin d'ouvrir des marchés nouveaux pour le commerce européen et, dans ce domaine, il était peu commun que les parlements nationaux jouent un rôle majeur.

Néanmoins, les commentateurs auraient pu se préoccuper de la question. L'accord avec le Portugal contenait des dispositions qui pouvaient certainement toucher aux intérêts des particuliers. En fait, avec la prolifération d'accords d'association, il arrive de plus en plus souvent que les règles adoptées soient susceptibles d'avoir des conséquences pour les particuliers³¹.

Avec l'expansion des activités de la Communauté, le fait que celles-ci touchent de plus en plus la sphère privée des citoyens, le renforcement de la position du Parlement européen, la création d'une Union européenne et l'émergence de la notion de la citoyenneté européenne, le rapport entre effet direct et démocratie a une importance accrue. En même temps, le caractère démocratique du processus de conclusion des traités s'est accru, de même que la légitimité du Parlement européen lui-même. Le Parlement européen participe à la conclusion de tous les accords « importants » (Article 300 du *Traité de Rome*), bien que de façon *post hoc*. Dans la mesure où l'implication du Parlement européen n'est pas garantie, on pourrait soutenir que l'exclusion de l'effet direct serait opportune.

Cette question a une importance accrue dans le contexte de la mondialisation. À notre avis, si les institutions politiques ne règlent pas le sujet, les cours ont le devoir de protéger le citoyen européen, au moins depuis l'introduction de l'objectif de la démocratie dans les traités. Si cette question surgit devant la Cour de Justice, les États membres et les institutions communautaires seront de plus en plus susceptibles d'invoquer ce point de vue afin d'argumenter contre l'effet direct des dispositions qui leur causent des inconvénients. Il me semble impossible d'éviter d'affronter ces arguments de façon systématique.

C. L'économie politique de l'effet direct

Le second obstacle majeur à l'effet direct des accords internationaux est que les parties contractantes, pour des raisons politiques, ne veulent pas toujours respecter leurs engagements ou le faire selon la lettre. Tout comme la justification principale de l'effet direct est l'augmentation de l'efficacité des règles, l'objection principale à l'effet direct est qu'il rend le non-respect plus difficile.

³¹ Le principe de l'effet direct de ce genre de décisions a été reconnu par la Cour de Justice des Communautés européennes, C.J.E. *Sevince c. Staatssecretaris van Justitie*, C-192/89, [1990] E.C.R. I-03461.

Du point de vue politique, quelques-uns trouveront que des accords commerciaux devraient avoir un effet direct pour mieux contrer les tendances protectionnistes des États individuels³²; éliminer le protectionnisme est dans l'intérêt de l'Union européenne. D'un autre côté, les gouvernements pourraient préférer retenir le contrôle, pour mieux protéger leurs choix sociaux ou mieux pouvoir atteindre leurs buts de politique étrangère.

Dans les relations internationales, l'Union européenne, comme d'autres États, aime utiliser ses traités commerciaux bilatéraux pour renforcer sa politique étrangère³³. Ceci peut l'amener parfois à suspendre le respect de ses engagements internationaux.

Il est de rigueur aujourd'hui, dans la pratique de la Communauté, de toujours inclure dans les accords bilatéraux des dispositions relatives à la protection des droits de l'homme³⁴. Ces dispositions ont l'objet de rendre l'application du traité conditionnelle au respect d'un certain niveau de protection des droits de l'homme dans l'État étranger. Il existe plusieurs formes de dispositions relatives à la protection des droits de l'homme : par exemple, en soulignant que l'accord est fondé sur le respect des principes démocratiques et des droits de l'homme (« *based on respect for democratic principles and human rights* »)³⁵, ou que le respect des principes démocratiques et des droits de l'homme est un élément essentiel de l'accord (« *an essential element of the agreement* »)³⁶. En plus, des clauses peuvent prévoir la suspension immédiate du traité ou d'une partie du traité au cas où le partenaire serait en carence substantielle³⁷, ou la possibilité de prendre des « mesures appropriées » si les parties ne respectent pas leurs obligations³⁸. Ce genre de clause sert tout d'abord à encourager les États concernés à appliquer des politiques acceptables en matière de droits de l'homme et, en second lieu, à faciliter la suspension de l'accord en cas de carence³⁹.

En termes constitutionnels, les actions des États sont le résultat de plusieurs exigences politiques; tous les gouvernements ne sont pas guidés exclusivement par des intérêts libéraux. Voilà pourquoi dans beaucoup d'États l'effet des traités internationaux est une question qui ne relève pas des cours, même en l'absence d'une décision explicite par les organes politiques. Comme un commentateur l'a noté, il y a

³² Cottier et Schefer, *supra* note 1 à la p. 93.

³³ Ceci concerne les traités bilatéraux seulement. La suspension d'un traité peut être une option dans le cas de traités bilatéraux, mais il pourrait bien être trop draconien dans d'autres cas, surtout s'il entraîne des conséquences pour des pays autres que celui visé ou si les conséquences ne sont pas acceptables en vue de la politique interne.

³⁴ Daniela Napoli, « *The European Union's Foreign Policy and Human Rights* » dans Nanette A. Neuwahl et Allen Rosas, dir., *The European Union and Human Rights*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1995, 297, aux pp. 306-308 [Napoli].

³⁵ C'est le cas notamment avec les accords conclus avec l'Argentine, le Chili, le Paraguay, l'Uruguay, le Macao et la Mongolie.

³⁶ Ceci est le cas dans les accords de coopération avec le Brésil, les pays de l'Amérique centrale, les pays du *Pacte des Andes* et l'Inde.

³⁷ Voir les accords avec les États baltes, l'Albanie et la Slovaquie.

³⁸ Voir les accords avec la Roumanie, la Bulgarie, la République Tchèque et la Slovaquie.

³⁹ Napoli, *supra* note 34, à la page 308. Aussi longtemps que l'accord a été suspendu, un particulier ne peut pas se servir de l'effet direct de l'accord.

peu de place dans une démocratie pour donner un effet direct pour des raisons constitutionnelles : « *direct effect for constitutional reasons* »⁴⁰. Dans cette optique, l'avis de la Cour de Justice dans l'affaire *Kupferberg* peut être considéré comme une exception à la règle. Il me paraît douteux que cette orientation de la jurisprudence puisse se développer dans le futur en vue d'inclure les accords multilatéraux.

La Cour de Justice ne s'est jamais clairement prononcée sur l'impact des dispositions de politique étrangère sur l'effet direct d'un accord⁴¹. On comprendra que sans l'effet direct, les gouvernements sont plus libres de jouer le rôle de politique étrangère qu'ils désirent.

D. Évaluation

De bonnes raisons peuvent inciter l'Union européenne à donner un effet direct à ses traités, ne serait-ce qu'en vue d'en assurer l'efficacité. Toutefois, contrairement à ce que la jurisprudence peut nous faire croire, il nous semble que l'on ne peut mettre de l'espoir sur un développement ultérieur dans ce sens, et ceci pour plusieurs raisons :

- Des raisons internes, comme les objectifs de politique sociale et aussi le protectionnisme, plaident parfois contre l'effet direct; ces objectifs peuvent amener les parties contractantes à contourner leurs obligations et l'effet direct pourrait leur rendre la chose plus difficile;
- La légitimité des règles n'a pas influencé la Cour de Justice par le passé, mais elle pourrait éventuellement le faire; elle devra être considérée par les institutions de l'Union pour ne pas augmenter le déficit démocratique;
- Le rôle croissant de l'Union européenne sur le plan international pourrait l'amener à faire dépendre l'application de ses traités du respect de ses objectifs de politique étrangère par les États tiers.

Nous ne pensons pas qu'il soit possible aujourd'hui d'adopter un principe d'effet direct des accords internationaux dans la constitution de l'Union européenne. Il semble plus logique que cette matière soit réglée de façon *ad hoc*.

La façon plus simple de procéder est le « cas par cas », soit dans une décision ou un règlement de la Commission ou du Conseil. En ce qui concerne l'accord même, on n'y insérera pas facilement une clause excluant l'effet direct. Il est plus convenable de l'exclure par l'introduction de formules vagues, de clauses échappatoires, de la conditionnalité ou d'une demande de mise en œuvre.

⁴⁰ Jackson, *supra* note 1 aux pp. 337 et s.

⁴¹ Est-ce que la présence de certaines dispositions échappatoires dans un accord bilatéral inclut l'effet direct ou est-ce que la Cour est simplement obligée d'accorder l'effet direct jusqu'à ce que l'Union procède à une suspension au niveau international? Ces questions n'ont pas été abordées par la Cour de Justice.

En ce qui concerne les critères de l'effet direct, en l'absence d'un mandat du législateur, on peut mentionner tout d'abord le caractère justiciable des termes; une disposition devrait être suffisamment claire et non ambiguë, non conditionnelle à la survenue d'un événement extérieur, non plus sujette à une action ultérieure du législateur.

Les contre-indications de l'effet direct sont contextuelles et elles comprennent une décision explicite du législateur, le non-respect flagrant d'une obligation par l'une des parties à un accord bilatéral, des objectifs politiques contraires et un manque de démocratie.

En raison de l'arrêt *Kupferberg*, on ne peut pas encore être certain que la simple existence dans un accord bilatéral de clauses échappatoires soit suffisante pour exclure l'effet direct de ces accords⁴². Le Traité CE lui-même contient plusieurs clauses déroatoires qui sont tout à fait applicables en justice.

⁴² Selon Peers, *supra* note 20 à la p. 206, le fait qu'il y ait plusieurs façons de remédier à une infraction (comme par exemple le compromis et l'offre de compensation aux parties concernées), fait penser que les obligations manquent de clarté et de précision et ne peuvent avoir de l'effet direct.

