

AVIS 1/94 DE LA COUR

du 15 novembre 1994

Par une demande introduite au titre de l'article 228, paragraphe 6, du traité CE, la Commission a sollicité l'avis de la Cour sur la compétence de la Communauté européenne pour conclure l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce et notamment l'Accord général sur le commerce des services (GATS) et l'Accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, y compris le commerce des marchandises de contrefaçon (TRIPs).

Sommaire

Exposé de la demande

I — Accords issus du Cycle d'Uruguay	I - 5279
II — Statut des Communautés européennes dans l'OMC	I - 5281
III — Négociation et signature de l'Accord OMC	I - 5282
IV — Questions de la Commission et procédure	I - 5282
A — Questions de la Commission	I - 5282
B — Procédure	I - 5283
V — Sur la recevabilité de la demande	I - 5283
VI — Sur la formulation des questions	I - 5284
VII — Cœur du litige	I - 5285
VIII — Points d'accord	I - 5286
IX — Accords multilatéraux sur le commerce des marchandises	I - 5286
X — Analyse des accords GATS et TRIPs	I - 5289
A — GATS	I - 5289
1. Raison d'être du GATS	I - 5289
2. Substance du GATS	I - 5289
3. Définition des services et modalités de fourniture	I - 5290
4. Double «universalité» du GATS	I - 5291

AVIS RENDU EN VERTU DE L'ARTICLE 228 DU TRAITÉ CE

5. Nature des engagements pris	I - 5291
a) Engagements généraux	I - 5292
b) Engagements spécifiques	I - 5292
6. Caractère dynamique de l'accord	I - 5293
B — TRIPs	I - 5294
1. Objectifs et raison d'être	I - 5294
2. Champ d'application et moyens adoptés en vue de réaliser les objectifs poursuivis	I - 5295
3. Dispositions spécifiques de substance	I - 5297
a) Droits d'auteur et droits connexes	I - 5297
b) Propriété industrielle	I - 5298
i) Marques	I - 5298
ii) Indications géographiques	I - 5298
iii) Dessins et modèles industriels	I - 5299
iv) Brevets	I - 5300
v) Schémas de configuration (topographies) de circuits intégrés	I - 5300
vi) Protection des renseignements techniques non divulgués	I - 5300
vii) Contrôle des pratiques anticoncurrentielles dans les licences contractuelles	I - 5301
4. Dispositions spécifiques de procédure (moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle)	I - 5301
a) Mesures correctives	I - 5301
b) Garanties procédurales	I - 5302
XI — Politique commerciale commune, GATS et TRIPs: positions des parties à la procé- dure	I - 5303
A — GATS	I - 5303
B — TRIPs	I - 5313
XII — GATS, TRIPs et pouvoirs implicites	I - 5318
A — Considérations générales sur les pouvoirs implicites	I - 5318
B — GATS	I - 5320
1. Position de la Commission	I - 5320
a) Quant à l'existence de compétences internes	I - 5320
	I - 5277

i) Sur les compétences déduites de dispositions spécifiques du traité CE	I - 5320
ii) Sur les pouvoirs déduits de dispositions générales (articles 100 A et 235 du traité CE)	I - 5322
b) Quant à la nécessité d'une action extérieure de la Communauté	I - 5323
2. Positions des parties ayant présenté des observations	I - 5325
i) Sur les compétences déduites de dispositions spécifiques du traité CE	I - 5325
ii) Sur les compétences qui pourraient être déduites de dispositions du traité à caractère général (articles 100 A et 235 du traité CE)	I - 5331
C — TRIPs	I - 5332
1. Position de la Commission	I - 5332
a) Quant à l'existence de compétences internes	I - 5332
i) Sur les compétences déduites du droit dérivé	I - 5332
ii) Sur les compétences qui pourraient être déduites de dispositions du traité à caractère général (articles 100 A et 235 du traité CE)	I - 5335
b) Quant à la nécessité d'une action extérieure de la Communauté ...	I - 5336
2. Positions des parties ayant présenté des observations	I - 5337
XIII — Problème de la représentation de certains territoires dépendant d'États membres mais n'appartenant pas à la Communauté	I - 5344
XIV — Incidence de la question de la compétence sur les modalités d'expression des points de vue au sein de l'OMC	I - 5346
XV — Questions d'ordre budgétaire et financier	I - 5349
XVI — Réponses proposées par la Commission, le Conseil et les États ayant présenté des observations, aux questions posées dans la demande d'avis	I - 5350
XVII — Questions posées par la Cour à la Commission, au Conseil et aux États membres et réponses apportées à ces questions	I - 5355
A — Première question	I - 5355
B — Deuxième question	I - 5356
C — Troisième question	I - 5357
D — Quatrième question	I - 5365
E — Cinquième question	I - 5367

AVIS RENDU EN VERTU DE L'ARTICLE 228 DU TRAITÉ CE

F — Sixième question	I - 5370
G — Septième question	I - 5377
H — Huitième question	I - 5380
I — Neuvième question	I - 5381
J — Dixième question	I - 5383
K — Onzième question	I - 5384

Prise de position de la Cour

I — Introduction	I - 5389
II — Sur la recevabilité de la demande	I - 5391
III — Sur la formulation des questions de la Commission	I - 5392
IV — Sur la représentation de certains territoires dépendant des États membres	I - 5393
V — Sur les questions d'ordre budgétaire et financier	I - 5394
VI — Sur les Accords multilatéraux relatifs au commerce de marchandises	I - 5395
VII — Sur l'article 113 du traité CE, le GATS et le TRIPs	I - 5399
A — Le GATS	I - 5399
B — Le TRIPs	I - 5404
VIII — Sur les pouvoirs implicites externes de la Communauté européenne, le GATS et le TRIPs	I - 5409
A — Le GATS	I - 5410
B — Le TRIPs	I - 5417
IX — Sur l'obligation de coopération entre États membres et institutions communautaires	I - 5419

Exposé de la demande

I — Accords issus du Cycle d'Uruguay

Les négociations économiques « les plus complexes de toute l'histoire mondiale » (selon l'expression du Conseil) se sont terminées par la signature à Marrakech le 15 avril 1994 de l'Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales du

Cycle d'Uruguay. Ces négociations ont duré sept ans: leur point de départ a été la déclaration ministérielle de Punta del Este du 20 septembre 1986. Les représentants des gouvernements et des Communautés européennes qui ont établi l'Acte final sont convenus qu'il était souhaitable qu'il entre en vigueur le 1^{er} janvier 1995 ou le plus tôt possible après cette date.

L'Acte final contient un accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (ci-après l'« Accord OMC »). Sera créé ainsi un cadre institutionnel commun pour la conduite des relations commerciales entre les Membres. Cet accord ne comporte pas de dispositions de nature substantielle. Celles-ci se trouvent dans les annexes qui comprennent divers « accords commerciaux *multilatéraux* », lesquels font partie intégrante de l'Accord OMC.

On relève à cet égard:

- l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (TRIPs, annexe 1C) ²;
 - un mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (annexe 2);
 - un mécanisme d'examen des politiques commerciales (annexe 3).
- L'Accord OMC et ses annexes constituent un « paquet » unique. Un État qui veut devenir Membre de l'OMC doit accepter tous les accords *multilatéraux* négociés dans le cadre du Cycle d'Uruguay. La procédure de règlement des différends vaut pour tous ces accords multilatéraux. Cette procédure permet, en dernier ressort, des mesures dites de « rétorsion croisée ». La violation d'un seul élément de l'ensemble (que ce soit dans le secteur des marchandises, des services ou de la protection de la propriété intellectuelle) peut être compensée par une mesure de rétorsion dans un secteur différent [article 22, paragraphe 3, sous b), du mémorandum d'accord concernant le règlement des différends] ou dans le domaine d'un autre accord [article 22, paragraphe 3, sous c), du mémorandum]. Par ailleurs, comme l'expose la
- des Accords multilatéraux sur le commerce des marchandises dont le GATT 1994 (annexe 1A);
 - l'Accord général sur le commerce des services (GATS, annexe 1B) ¹;

1 — GATS est l'abréviation du titre anglais: « General Agreement on Trade in Services. »

2 — TRIPs est l'abréviation du titre anglais: « Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights. »

Commission, « une compensation peut être offerte de la même façon dans un autre secteur ou dans le cadre d'un autre accord que celui dans le cadre duquel s'est produite l'infraction ».

procédure de règlement des litiges qui lui était propre.

Ce système du « paquet » unique met fin à ce que l'on a appelé le GATT à la carte. Les accords particuliers issus du Tokyo Round comportaient une participation variable. En outre, chaque accord était assorti d'une

En annexe à l'Accord OMC se trouvent aussi quatre accords *plurilatéraux* (qui concernent respectivement les marchés publics, le commerce des aéronefs civils, le secteur laitier et la viande bovine). En ces domaines, il est admis une exception au principe du « paquet » unique: les accords ne lieront que les Membres de l'OMC qui les auront acceptés. Mais la procédure de règlement des différends s'appliquera dans les rapports entre les parties qui les auront acceptés.

II — Statut des Communautés européennes dans l'OMC

Deux dispositions de l'Accord OMC visent expressément les Communautés européennes.

Par ailleurs, l'article XI, paragraphe 1, qui traite des Membres originels de l'OMC, dispose que:

L'article IX qui traite de la prise de décisions dispose que, en cas de décision prise aux voix, « aux réunions de la Conférence ministérielle et du Conseil général, chaque Membre de l'OMC disposera d'une voix » et que « dans les cas où les Communautés européennes exerceront leur droit de vote, elles disposeront d'un nombre de voix égal au nombre de leurs États membres qui sont Membres de l'OMC ».

« Les parties contractantes au GATT de 1947 à la date de l'entrée en vigueur du présent Accord, et les Communautés européennes, qui acceptent le présent Accord et les Accords commerciaux multilatéraux et pour lesquelles des listes de concessions et d'engagements sont annexées au GATT de 1994 et pour lesquelles des listes d'engagements spécifiques sont annexées à l'Accord général sur le commerce des services (figurant à l'annexe 1B) deviendront Membres originels de l'OMC. »

III — Négociation et signature de l'Accord OMC

La déclaration de Punta del Este qui constitue le point de départ des négociations a été approuvée par le Conseil et par les représentants des gouvernements des États membres « pour autant qu'elle les concerne ». Les négociations ont été menées, au nom de la Communauté et des États membres, par la seule Commission. Le Conseil expose qu'« afin de garantir le maximum de cohérence dans la conduite des négociations, il a été décidé que la Commission agirait comme négociateur unique de la Communauté et des États membres ». Le procès-verbal de la réunion au cours de laquelle le Conseil a approuvé la déclaration de Punta del Este relève toutefois que « la présente décision (d'autoriser la Commission à ouvrir les négociations prévues dans la déclaration) ne préjuge pas la question de la compétence de la

Communauté et des États membres sur des sujets particuliers ».

L'Accord OMC a été signé, d'une part, par le président du Conseil et Sir Leon Brittan, membre de la Commission, au nom du Conseil de l'Union européenne, et, d'autre part, par les représentants des États au nom de leurs gouvernements respectifs. Cette procédure a été suivie en exécution de la décision prise par le Conseil et par les représentants des États membres lors d'une réunion qui s'est tenue les 7 et 8 mars 1994. Il ressort du mémoire du Conseil que la Commission a fait acter pour sa part, au procès-verbal de cette réunion, que « l'Acte final (...) ainsi que les accords qui y sont annexés relèvent de la compétence exclusive de la Communauté européenne ».

IV — Questions de la Commission et procédure

A — Questions de la Commission

Le 6 avril 1994, soit quelques jours avant la date prévue pour la signature de l'Accord OMC à Marrakech, mais quelques semaines après l'approbation de l'Acte final par le Comité des négociations commerciales (institué par la conférence de Punta del Este afin de mener à bien les négociations du Cycle d'Uruguay), la Commission a fait parvenir

une demande d'avis à la Cour au titre de l'article 228, paragraphe 6, du traité CE.

Les questions sont les suivantes:

« Eu égard aux résultats des négociations commerciales du Cycle d'Uruguay du GATT

contenus dans l'acte final du 15 décembre 1993:

1) La Communauté européenne a-t-elle compétence pour conclure toutes les parties de l'Accord instituant l'OMC qui concernent le commerce des services (GATS) et les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, y compris le commerce des marchandises de contrefaçon (TRIPs), sur la base du traité CE, et plus particulièrement sur la base de l'article 113 seul ou combiné avec les articles 100 A et/ou 235 dudit traité?

2) La Communauté européenne a-t-elle compétence pour conclure seule les parties de l'Accord OMC qui concernent les produits et/ou services relevant exclusivement du champ d'application des traités CEEA et CEEA?

3) Si la réponse aux questions qui précèdent est affirmative, cela affecte-t-il l'aptitude des États membres de conclure l'Accord OMC, alors qu'il est déjà convenu qu'ils seront Membres originaires de l'OMC? »

B — Procédure

Conformément à l'article 107, paragraphe 1, du règlement de procédure de la Cour, la demande d'avis a été signifiée au Conseil de l'Union européenne (ci-après le « Conseil ») et aux États membres. Des observations écrites ont été présentées par le Conseil ainsi que par les gouvernements danois, allemand, hellénique, espagnol, français, néerlandais, portugais et du Royaume-Uni. Sur sa demande, le Parlement européen a été admis à présenter des observations.

V — Sur la recevabilité de la demande

Sans soulever formellement l'irrecevabilité de la demande, le Conseil rappelle que, dans tous les cas où la procédure de l'article 228, paragraphe 6, a été utilisée, « la présentation de la demande est intervenue avant la signature de l'accord ». Selon lui, « (l')on peut (...) sérieusement s'interroger sur la question de savoir si la procédure d'avis préalable (à l'égard d'un accord 'envisagé') (...) est ouverte après que des obligations aient été

créées sur le plan international ». Le gouvernement néerlandais partage ces doutes.

Le gouvernement espagnol conclut formellement à l'irrecevabilité de la demande. La procédure de l'avis ne pourrait être engagée qu'à un moment où la Communauté n'a pas

encore pris un engagement international. Le gouvernement espagnol souligne que la signature visait à authentifier les textes issus des négociations et comportait l'engagement de les soumettre à l'approbation des autorités respectives.

Le *gouvernement français* fait à la Commission un reproche plus politique. Sans parler d'irrecevabilité, elle explique que, en attendant le dernier moment, c'est-à-dire lorsqu'il s'est agi de signer et de conclure l'Accord

OMC alors que le désaccord sur l'existence de compétences nationales était apparu dès 1992, la Commission a manqué d'esprit de coopération et a adopté une attitude qui va à l'encontre de la cohérence de l'action de la Communauté et de celle des États membres. Les États ne peuvent guère soumettre l'Accord OMC à l'approbation de leurs Parlements alors que la question de la compétence n'est pas tranchée. Quant au Conseil, il ne peut guère, lui non plus, saisir le Parlement européen d'une proposition de décision de conclure l'Accord, alors que les bases juridiques de cette décision, de même que la question de la compétence, sont incertaines.

VI — Sur la formulation des questions

Le *Conseil* critique la manière dont la Commission a formulé ses questions.

Selon lui, comme la procédure porte sur un accord qui a été signé par la Communauté et ses États membres au titre de leurs compétences respectives, il ne s'agit pas de savoir si la Communauté peut conclure seule cet accord (hypothèse théorique selon lui), mais bien de savoir si « la conclusion conjointe des accords issus du Cycle d'Uruguay par la Communauté et les États membres est compatible avec la répartition des compétences établie par les Traités instituant les Communautés européennes ».

Selon le *gouvernement portugais*, les questions formulées par la Commission correspondent à une phase dépassée du processus de conclusion de l'Accord. Il importe en réalité de déterminer si la formule de l'accord mixte est ou non compatible avec les principes et règles des traités CE et CECA, relatifs à la répartition des compétences entre la Communauté et les États membres.

Le *gouvernement du Royaume-Uni* examine les questions dans un autre ordre que celui adopté par la Commission. Il explique d'abord la compétence de la Communauté en vertu de la théorie des pouvoirs implicites tout en soulignant la compétence parallèle des États membres, et il indique ensuite pourquoi l'article 113 ne peut constituer la base de conclusion des accords.

VII — Cœur du litige

Les problèmes qui doivent être tranchés ne concernent pas tous les Accords multilatéraux annexés à l'Accord OMC ni même l'Accord instituant l'OMC.

Comme le souligne le Conseil, ce sont d'abord les *dispositions de substance* qui sont en cause. Les dispositions institutionnelles ne soulèvent aucun problème spécifique du point de vue de la compétence: la compétence pour participer aux arrangements institutionnels découle nécessairement de celle qui existe à l'égard des dispositions de substance: les arrangements institutionnels sont destinés à assurer la « gestion » des arrangements de substance. Il n'est donc pas indispensable de procéder ici à la description de ces arrangements institutionnels.

Parmi les dispositions de substance, expose le Conseil, ce sont les trois grands accords sur les marchandises (le GATT version 1994), sur les services (le GATS) et sur la propriété intellectuelle (le TRIPS) qui doivent être considérés.

En ce qui concerne le commerce de marchandises (qui fait l'objet du GATT 1994 et de divers mémorandums interprétatifs), il y a accord du Conseil, des gouvernements ayant présenté des observations et du Parlement européen pour estimer que la Communauté

est compétente. Les seules réserves concernent les produits CECA (réserve émise par le Conseil et par tous les gouvernements ayant présenté des observations), l'accord sur les obstacles techniques aux échanges (réserve du gouvernement néerlandais uniquement) et la nécessité d'utiliser à titre complémentaire comme base juridique l'article 43 du traité CE pour l'agriculture (mais cette dernière réserve, qui émane du Conseil, du Royaume-Uni et du Parlement européen, ne met pas en cause la compétence exclusive de la Communauté).

Ce sont les services et la propriété intellectuelle qui sont au centre du désaccord. La Commission s'oppose ici à huit États (tous sauf le royaume de Belgique, le grand-duché de Luxembourg, l'Irlande et la République italienne) et au Parlement européen. La divergence est, en bref, la suivante.

Pour la Commission, la compétence de la Communauté est exclusive (soit au titre de la politique commerciale commune, soit, subsidiairement, au titre des pouvoirs implicites ou plus exactement du parallélisme des compétences internes et externes). Pour les États membres ayant présenté des observations, la

compétence est partagée entre les États et la Communauté. En toute hypothèse, les États ayant présenté des observations et le Parlement excluent la compétence au titre de la

politique commerciale commune. Le Parlement ne prend pas formellement position sur le bien-fondé de la thèse subsidiaire de la Commission.

VIII — Points d'accord

Avant d'expliquer les points de divergence et les raisonnements invoqués à l'appui des positions défendues par les uns et les autres, il importe de relever les points sur lesquels il semble que les vues soient convergentes.

— De ce que le Conseil et tous les États membres ont signé l'Accord OMC et ses annexes, il résulte qu'il y a accord sur l'opportunité, voire la nécessité, de sa conclusion.

— Il y a accord pour dire que la conclusion de l'Accord OMC requiert, selon l'article 228, paragraphe 3, deuxième alinéa, du traité CE, l'avis conforme du Parlement européen, parce que cet Accord prévoit la création d'un cadre institutionnel spécifique.

— La Commission a souligné que « pour des raisons politiques, sinon juridiques, (...) l'unanimité sera requise pour la conclusion du Cycle d'Uruguay dans son ensemble ». Ni le Conseil ni les États ayant présenté des observations ne l'ont contredite.

IX — Accords multilatéraux sur le commerce des marchandises

Les Accords multilatéraux sur le commerce des marchandises comprennent principalement le GATT de 1994, dont l'interprétation est précisée dans divers protocoles d'accord, des accords sur certains produits (agriculture et textiles) et des accords sur l'usage de réglementations restrictives telles que les obstacles techniques aux échanges, l'application de mesures sanitaires et phytosanitaires, et les TRIMs (« Trade related investment measures »).

La *Commission* considère que tous ces accords « concernent le commerce des marchandises et visent tous l'expansion du commerce international par l'élimination des obstacles aux échanges et des distorsions commerciales » et tombent dans le champ d'application de l'article 113 du traité CE.

Le *Conseil* admet que « la compétence exclusive de la Communauté couvre *presque*

la totalité des dispositions du GATT et de ses annexes » et que cette compétence « découle principalement de l'article 113 ». Il souligne toutefois que le recours à l'article 43 s'imposera pour les accords sur l'agriculture et pour ceux relatifs aux mesures sanitaires et phytosanitaires, car ils « portent non seulement sur les mesures commerciales applicables aux échanges internationaux de produits agricoles, mais (...) surtout sur le régime interne d'organisation des marchés agricoles ».

Pour ce qui est de l'agriculture, le *gouvernement du Royaume-Uni* se rallie à la position du Conseil en l'appuyant par un raisonnement fondé sur des exemples concrets.

Il donne « deux exemples des incidences des accords contenus à l'annexe 1A de l'Accord OMC sur le régime communautaire interne des produits agricoles. Premièrement, les dispositions de l'accord sur l'agriculture limitant le « soutien interne » auront une incidence directe sur le montant de l'aide que les agriculteurs et les transformateurs de produits agricoles recevront des organisations communes de marchés agricoles, qui ont toutes été instituées au titre de l'article 43 du traité, et, partant, un effet direct sur le fonctionnement de ces organisations. Deuxièmement, les dispositions de l'accord sur l'agriculture sur les engagements de réduction des subventions à l'exportation affecteront le système communautaire de restitutions à l'exportation des produits agricoles communautaires institué et géré conformément à l'article 43. Pratiquement toutes les organisations communes de marché comportent des dispositions relatives aux restitutions à l'exportation et le système est géré selon des règlements

d'exécution du Conseil et de la Commission pris conformément aux dispositions régissant les organisations communes ».

Le Royaume-Uni souligne que ces mesures concernent les produits agricoles originaires de la Communauté, alors que les instruments habituels de la politique commerciale (restrictions quantitatives, mesures tarifaires) concernent les produits importés et non pas les produits indigènes. Il en déduit que ces mesures relèvent du champ d'application de l'article 43.

Ces remarques sur l'agriculture ne mettent pas en cause la compétence exclusive de la Communauté.

Le *Parlement européen* est également d'avis que le recours à l'article 43 du traité s'impose, vu l'importance considérable que revêt l'accord sur l'agriculture. Il signale que le système des préférences généralisées est fondé tant sur l'article 113 que sur l'article 43 du traité [règlement (CEE) n° 3917/92 du Conseil, du 21 décembre 1992 (JO L 396, p. 1), et règlement (CE) n° 3668/93 du Conseil, du 20 décembre 1993 (JO L 338, p. 22)].

Le *gouvernement néerlandais* consacre plus particulièrement son attention à l'accord sur

les obstacles techniques aux échanges. A la différence de la Commission qui revendique une compétence exclusive de la Communauté pour ce nouvel accord, le gouvernement néerlandais estime que « la Communauté a, dans une large mesure, acquis une compétence exclusive dans le domaine des entraves techniques aux échanges », mais que « les États membres ont encore une compétence propre, en raison du caractère de certaines directives, mais aussi du fait qu'une harmonisation complète n'a pas été réalisée ni n'est envisagée dans ce domaine ».

Dans le domaine du commerce des marchandises, la véritable pomme de discorde entre Commission, d'une part, et Conseil et gouvernements ayant présenté des observations, d'autre part, est constituée par les produits CECA.

Selon la *Commission*, les Accords multilatéraux sur le commerce des marchandises ne requièrent aucune autre base juridique que l'article 113, même dans la mesure où ils concernent les produits CECA ou les produits Euratom.

La Commission s'efforce de réduire l'importance qu'attachent les autres parties à l'article 71 du traité CECA. Cette clause de non-affectation de l'article 71 ne réserverait aucun droit des États membres au sens de l'article 232, paragraphe 1, du traité CE.

La Commission invoque l'avis 1/75, du 11 novembre 1975 (Rec. p. 1355, et spécialement p. 1365), selon lequel:

« il est exclu que (l'article 71 du traité CECA) puisse rendre inopérants les articles 113 et 114 du traité CEE, et affecter les attributions de compétence à la Communauté pour la négociation et la conclusion d'accords internationaux relevant du domaine de la politique commerciale commune ».

La Commission considère enfin qu'une autre manière légale de conclure des accords commerciaux en vertu du traité CECA serait de recourir aux dispositions de l'article 95.

Le *Conseil* estime, au contraire, que « la conclusion du GATT et de ses annexes par les États membres, dans la mesure où leurs dispositions relèvent de la compétence en matière de politique commerciale que l'article 71 du traité CECA leur réserve, est, de toute évidence, compatible avec le traité ».

Le *gouvernement espagnol* insiste sur la compétence exclusive des États membres pour les produits CECA. La *République hellénique* partage cette opinion. Il en va de même du *gouvernement portugais*.

Le *gouvernement du Royaume-Uni* se fonde également sur l'article 71 du traité CECA pour conclure à la compétence des États membres, mais il admet que, comme la Commission l'a exposé, le recours à l'article 95 du traité CECA serait une autre manière légale de conclure l'accord.

Quant au *gouvernement français*, il considère que « la conclusion par la CECA sur le fon-

dement de l'article 95 de ce traité, d'accords relatifs au régime commercial de produits CECA n'a pas eu pour effet de transférer à la CECA les compétences reconnues aux États membres par l'article 71 du même traité » et que, « en conséquence, les États membres peuvent décider de conclure eux-mêmes le GATT et ses annexes en ce qui concerne les dispositions relatives au commerce de produits CECA relevant de la compétence que leur réserve l'article 71 du traité CECA ».

X — Analyse des accords GATS et TRIPs

A — GATS

1. *Raison d'être du GATS*

Pourquoi un accord général sur le commerce des services? Dans certains pays développés, le secteur des services est devenu le secteur dominant de l'économie. Selon la Commission, certains économistes voient dans cette évolution « le présage d'une restructuration fondamentale de l'économie mondiale et d'un transfert de plus en plus net de la simple industrie vers les économies des pays en développement qui deviendraient de ce fait les principaux exportateurs de produits manufacturés. » « Les économies développées exporteraient principalement des services et des biens à haute valeur ajoutée (à forte proportion de savoir-faire) ». « L'expansion

du commerce international des services a pris un retard sur la croissance de ce secteur dans les économies nationales du fait qu'aucune règle internationale n'offrait la sécurité et la prévisibilité nécessaires aux opérateurs. D'où l'idée de créer un cadre qui permettrait d'introduire la libéralisation par la négociation de nouvelles règles. »

2. *Substance du GATS*

Le GATS constitue une tentative de transposer les principes du GATT dans le domaine des services, où les entraves au commerce ne sont pas constituées par des droits de douane ou des quotas à l'importation, mais par des réglementations relatives à l'accès aux marchés et aux qualifications des prestataires de services. Les disciplines à respecter ne sont

pas toutes d'ores et déjà définies. Ainsi que le gouvernement français l'a souligné sur un plan plus général à propos de l'OMC, le GATS constitue une enceinte de négociation pour approfondir les disciplines déjà convenues et pour conclure des accords dans de nouveaux domaines.

3. Définition des services et modalités de fourniture

La notion de service est très large puisqu'elle englobe « *tous les services de tous les secteurs* à l'exception des services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental ». Quant au « service fourni dans l'exercice du pouvoir gouvernemental », il s'entend de « tout service qui n'est fourni ni sur une base commerciale ni en concurrence avec un ou plusieurs fournisseurs de services » [article 1^{er}, paragraphe 3, sous b) et c), du GATS].

Le commerce des services comprend, selon l'article 1^{er}, paragraphe 2, du GATS, quatre types ou modes de fourniture de services:

— le « *cross-border supply* » (ou « fournitures transfrontalières »): c'est la fourniture d'un service en provenance d'un Membre et à destination de tout autre Membre. Le Conseil en donne l'exemple suivant: un bureau d'architectes établi

dans un pays A livre un projet d'installations électriques à un bureau d'ingénierie établi dans un pays B.

— La « *consumption abroad* » (ou « consommation à l'étranger »): c'est la fourniture d'un service sur le territoire d'un Membre à l'intention d'un consommateur de services de tout autre Membre. Exemple: les services rendus dans un pays A aux touristes venus d'un pays B.

— La « *commercial presence* » (« présence commerciale » ou « présence de personnes morales »): c'est la fourniture d'un service par un fournisseur de services d'un Membre, grâce à une présence commerciale sur le territoire de tout autre Membre. La « *présence commerciale* » s'entend, selon l'article XXVIII, sous d), de « tout type d'établissement commercial ou professionnel, y compris sous la forme:

i) de la constitution, de l'acquisition ou du maintien d'une personne morale, ou

ii) de la création, ou du maintien d'une succursale ou d'un bureau de représentation,

sur le territoire d'un Membre en vue de la fourniture d'un service ».

Il s'agit donc, comme le note le Conseil, du cas de l'établissement et de la prestation de services dans un pays B de la part d'entreprises ou de professionnels d'un pays A. Ce mode de fourniture se rencontrera pour les services bancaires, par exemple.

dit, sont visés les transports, les services financiers et les assurances, les télécommunications, les services informatiques et l'audio-visuel, le secteur du tourisme, l'hôtellerie et la restauration, la construction, les professions libérales et même l'éducation et les soins de santé, etc. Le GATS couvre, d'autre part, tous les aspects de l'établissement et de l'activité des prestataires de services. Le GATS s'applique « aux mesures des Membres qui affectent le commerce des services », tel qu'il a été défini. Il englobe donc:

— Le « *movement of persons* » (« mouvement de personnes », « présence de personnes physiques »). C'est la fourniture d'un service par un fournisseur de services d'un Membre, grâce à la présence de personnes physiques de ce Membre, sur le territoire de tout autre Membre. Selon le Conseil, c'est le cas d'une entreprise d'un pays A qui fournit ses services dans un pays B avec des travailleurs provenant du pays A. L'on songera tout naturellement à l'exécution de travaux de construction.

— toutes les conditions liées à l'établissement (par constitution ou acquisition d'une société ou par la création d'une succursale);

— toutes les conditions du régime d'exercice de ces activités (depuis le régime de la faillite jusqu'au régime fiscal ou à celui du personnel).

4. Double « universalité » du GATS

Le Conseil souligne que le GATS a une double universalité. Il couvre, d'une part, tous les secteurs des services (voir ci-dessus la définition du service, sous X., A., 3.): autrement

5. Nature des engagements pris

Il convient de distinguer les engagements généraux et les engagements spécifiques.

a) Engagements généraux

L'engagement le plus important est le principe du traitement de la nation la plus favorisée (article II, paragraphe 1). Toutefois, pendant une période qui ne devrait pas dépasser dix ans (voir l'annexe), un pays peut maintenir une mesure qui opère une discrimination entre ses partenaires commerciaux pour autant que cette mesure figure à l'annexe sur la liste des exemptions et satisfasse aux conditions qui y sont indiquées. L'article V prévoit, en outre, une dérogation permanente au principe du traitement de la nation la plus favorisée en faveur des intégrations *régionales*, et ce sur le modèle de l'article XXIV du GATT.

Un autre engagement général est celui de la transparence: chaque Membre est tenu notamment de publier les mesures ou réglementations relatives aux services (article III, paragraphe 1), ce que l'Accord appelle les « mesures d'application générale pertinentes qui visent ou qui affectent le fonctionnement du présent accord ».

Il faut relever aussi l'engagement de prévoir des procédures (judiciaires, arbitrales ou administratives) de recours contre les décisions administratives affectant le commerce des services (article VI, paragraphe 2).

Il convient encore d'épingler l'engagement de tout Membre d'éviter qu'un fournisseur monopolistique d'un service sur son territoire n'agisse de manière incompatible avec le principe du traitement de la nation la plus favorisée ou de ses engagements spécifiques (article VIII, paragraphe 1).

Enfin, des engagements sont pris en ce qui concerne la reconnaissance d'autorisations, de licences ou de certificats pour les fournisseurs de services (article VII).

b) Engagements spécifiques

Les engagements spécifiques que l'on trouve dans les parties III et IV de l'Accord et les annexes consistent dans l'engagement d'un Membre de *donner accès aux marchés* aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre, et dans celui d'accorder aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre, en ce qui concerne les mesures affectant la fourniture de services, un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres services similaires et à ses propres fournisseurs de services similaires (*principe du traitement national*).

Les restrictions qui sont couvertes par l'engagement de donner accès aux marchés sont précisées à l'article XVI, paragraphe 2: il

s'agit en substance de renoncer à imposer des limites quantitatives à l'activité des prestataires de services des autres Membres. Le Conseil cite comme exemples de telles limites:

- nombre maximal d'entreprises de télévision ou de transport contrôlées par des entreprises ou des ressortissants de pays tiers;

- nombre maximal de médecins « étrangers »;

- pourcentage maximal de participation « étrangère » au capital des entreprises de télévision, de transport, etc.;

- interdiction de certaines activités aux banques ou aux compagnies d'assurance sous contrôle étranger;

- établissement de « quotas » dans le secteur audiovisuel pour les productions de pays tiers.

Ces engagements, qui ne sont ni inconditionnels ni absolus, sont consignés dans *des listes par pays*. Un Membre peut indiquer dans sa liste qu'il n'ouvre pas un accès complet à son marché, pose des conditions (par exemple une présence commerciale) ou énonce des restrictions. Ces conditions et restrictions sont spécifiées dans sa liste. Il en va de même pour ce qui est de l'engagement du traitement national.

Pour la Communauté européenne, la liste a été déposée par la Communauté et les États membres: toutefois les engagements souscrits visent chaque État membre nommément et les conditions et restrictions ne sont pas identiques pour tous les États membres.

Ces engagements spécifiques sont le produit de négociations multilatérales où la réciprocité n'était pas recherchée secteur par secteur, mais de façon globale.

6. Caractère dynamique de l'accord

Destiné à constituer une enceinte de négociations, le GATS revêt, souligne le Conseil, un caractère dynamique. Le Conseil relève l'article XIX du GATS qui a trait à l'obligation d'engager des séries de négociations successives en vue d'élever progressivement le niveau de libéralisation. Il faut noter aussi l'article X

qui prévoit des négociations multilatérales fondées sur le principe de non-discrimination au sujet des mesures de sauvegarde d'urgence. L'on peut encore souligner l'article XIII qui, tout en prévoyant l'inapplicabilité du principe du traitement de la nation la plus favorisée, des engagements spécifiques d'ouverture de l'accès au marché et de l'octroi du traitement national aux marchés publics de services, dispose que des négociations multilatérales auront lieu à ce sujet dans un certain délai. Enfin, il convient d'épingler l'article XV qui prévoit l'engagement de négociations en vue d'élaborer les disciplines multilatérales nécessaires pour éviter les effets de distorsion dus à des subventions.

B — TRIPs

1. Objectifs et raison d'être

Le TRIPs a pour objectif premier, comme l'a souligné le gouvernement français, de renforcer et d'harmoniser à l'échelle mondiale la protection de la propriété intellectuelle.

Le gouvernement français expose que, les efforts entrepris dans ce but dans d'autres enceintes et, en particulier, les travaux menés entre 1980 et 1984 pour réviser la Convention d'Union de Paris pour la protection de

la propriété industrielle ayant échoué, les pays développés ont insisté pour que la propriété intellectuelle soit incluse dans le Cycle d'Uruguay de manière à tirer parti de la dynamique d'ensemble du GATT (avec ses moyens de négociation) et de son mécanisme de règlement des différends.

Le commerce de produits de contrefaçon dans certains pays tiers (marques usurpées, formes de produits imitées, produits ou procédés protégés par un brevet contrefaits, ou encore copies pirates de livres, de disques et de vidéocassettes) cause, ainsi que l'expose la Commission, un préjudice considérable à l'industrie de la Communauté. L'absence d'une protection efficace de la propriété intellectuelle dans certains pays tiers a été considérée comme ayant le même effet sur « les marchandises faisant l'objet de droits de propriété intellectuelle » que toute autre restriction des importations.

La Commission relève que des mesures de rétorsion commerciale ont été appliquées tant par les États-Unis que par la Communauté à l'égard de pays qui soit n'assuraient qu'une protection insuffisante de la propriété intellectuelle, soit opéraient des discriminations entre leurs partenaires commerciaux. Ces mesures ont contribué à amener les pays en développement à accepter l'idée d'un renforcement de la propriété intellectuelle alors que, jusque-là, ils avaient tendance à voir dans cette branche du droit un instrument d'exploitation aux mains des économies industrialisées. Par ailleurs, les pays en développement sont, expose la Commission, de plus en plus conscients des avantages possibles d'une protection renforcée de la pro-

priété intellectuelle en termes d'incitation à l'innovation locale.

2. *Champ d'application et moyens adoptés en vue de réaliser les objectifs poursuivis*

L'Accord TRIPs a un champ très vaste puisqu'il couvre tant la propriété littéraire et artistique (droit d'auteur et droits voisins) que la propriété industrielle (marques, indications de provenance et appellations d'origine, brevets, dessins et modèles, savoir-faire), à l'exclusion toutefois des obtentions végétales (article 1^{er}, paragraphe 2, du TRIPs).

La partie I de l'Accord TRIPs (articles 1^{er} à 8) contient les dispositions générales et principes fondamentaux. La partie II (articles 9 à 40) fixe les normes sur l'existence, la portée et l'exercice des droits de propriété intellectuelle. La partie III (articles 41 à 61) énonce les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle. La partie IV (article 62) définit les procédures relatives à l'acquisition et au maintien des droits de propriété intellectuelle. La partie V (articles 63 et 64) traite du règlement des différends. Dans la partie VI (articles 65 à 67), figurent les dispositions transitoires et, dans la partie VII (articles 68 à 73), les dispositions institutionnelles et finales.

La protection de la propriété intellectuelle que le TRIPs vise à établir a un caractère minimal. Le TRIPs laisse ses membres libres tout à la fois d'établir une protection plus large et de choisir les moyens les plus appropriés pour la mise en œuvre de ses dispositions (article 1^{er}, paragraphe 1, du TRIPs).

L'applicabilité de l'accord est déterminée par un critère personnel (droit applicable à certaines personnes physiques et morales ressortissantes de pays tiers; article 1^{er}, paragraphe 3, du TRIPs).

Le TRIPs prévoit à la fois le principe du traitement national (article 3) et celui du traitement de la nation la plus favorisée (article 4). Ces deux principes comportent des exceptions. Ainsi, le principe du traitement national ne vaut que sous réserve des exceptions déjà prévues par la Convention d'Union de Paris pour la protection de la propriété industrielle, par la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, par la Convention de Rome sur la protection des artistes, interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion et par le traité de Washington sur la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés. En outre, en ce qui concerne les artistes interprètes ou exécutants, les producteurs de phonogrammes et les organismes de radiodiffusion,

l'obligation de traitement national est limitée aux droits qui sont visés par le TRIPs lui-même (article 3, paragraphe 1, du TRIPs).

Les dispositions de substance spécifiques sont regroupées dans les parties II, III et IV du TRIPs.

Les objectifs du TRIPs sont poursuivis, comme l'expose le Conseil, par une double voie: d'abord, par un renvoi aux conventions internationales qui, selon l'expression de la Commission, « (jouissaient) d'un degré d'acceptation relativement élevé », à savoir les Conventions de Paris sur la propriété industrielle et de Berne sur la propriété littéraire et artistique — conventions qui, de leur côté, visent aussi une harmonisation des droits ainsi que l'octroi du traitement national dans les domaines non harmonisés; ensuite, par des dispositions de substance spécifiques (les « plus éléments ») « dans des domaines », souligne la Commission, « de la propriété intellectuelle où les pays participants ressentaient le besoin immédiat d'une protection plus étendue ».

Le renvoi à la Convention d'Union de Paris englobe toutes les dispositions de substance de cette convention: seules sont exclues les dispositions institutionnelles, finales et transitoires (article 2, paragraphe 1, du TRIPs). Le renvoi à la Convention de Berne porte également sur toutes les dispositions de substance de la Convention, à l'exception de celles sur les droits moraux des auteurs (article 9, paragraphe 1, du TRIPs).

Un important problème est soustrait au domaine de ces dispositions de substance spécifiques: c'est celui de l'épuisement des droits. L'une des dispositions générales du TRIPs, l'article 6, spécifie:

« Aux fins du règlement des différends dans le cadre du présent accord, sous réserve des dispositions des articles 3 [traitement national] et 4 [traitement de la nation la plus favorisée], aucune disposition du présent accord ne sera utilisée pour traiter la question de l'épuisement des droits de propriété industrielle. »

Pour rappel, le principe de l'épuisement est celui qui refuse aux titulaires de droits de propriété intellectuelle la faculté d'invoquer ceux-ci pour contrôler la circulation de produits qu'ils ont eux-mêmes mis sur le marché ou qui ont été mis sur le marché avec leur consentement. Selon la Commission, il résulte de l'article 6 du TRIPs que « si un membre applique le principe de l'épuisement 'national' (ou 'régional' pour les unions douanières ou régionales), les dispositions de l'Accord TRIPs relatives au règlement des

différends (y compris les plaintes pour violation et sans qu'il y ait violation) ne peuvent être invoquées ».

Les États de la Communauté, tenus d'appliquer le principe de l'épuisement dans les relations intracommunautaires, seront libres de l'exclure si le produit importé provient d'un pays tiers: il en sera de même de la Communauté elle-même.

Toutefois, si un État membre applique à ses ressortissants le principe de l'épuisement, sans le limiter au cas de mise en circulation dans un État de la Communauté, il devra l'appliquer également de cette manière aux ressortissants de pays tiers, en vertu du principe du traitement national. De même, le principe du traitement de la nation la plus favorisée empêchera tout pays membre du TRIPs d'appliquer une règle différente selon qu'il s'agit de ressortissants de tel pays tiers ou de tel autre pays tiers.

Selon la Commission, l'article 6 du TRIPs permettra à un Membre de « continuer à s'opposer aux importations parallèles de marchandises (...) commercialisées à l'étranger (*i. e. dans un pays tiers*) par le détenteur de la propriété intellectuelle ou avec son consentement ». La Commission estime que la limitation du principe de l'épuisement aux relations intracommunautaires « est nécessaire pour respecter les dispositions du droit

communautaire et permettre aux titulaires communautaires de droits de conquérir des marchés étrangers (*i. e. ceux de pays tiers*) tout en conservant un certain contrôle sur l'importation (ou la réimportation) de marchandises à base de technologie dans la Communauté ».

3. *Dispositions spécifiques de substance*

a) Droits d'auteur et droits connexes

La protection du droit d'auteur porte sur les *expressions* et est exclue pour les idées, méthodes de fonctionnement ou concepts mathématiques en tant que tels (article 9, paragraphe 2, du TRIPs). La *durée* minimale de la protection est fixée (article 12).

Les *programmes d'ordinateur* seront protégés en tant qu'œuvres littéraires en vertu de la Convention de Berne (article 10, paragraphe 1, du TRIPs).

Les *droits voisins* qui sont ceux des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de

phonogrammes et des organismes de radio-diffusion sont consacrés et définis (article 14 du TRIPs).

Un droit de location doit être accordé aux auteurs de programmes d'ordinateurs. Ce droit n'est à prévoir pour les auteurs d'œuvres cinématographiques que si la location (a) « conduit à la réalisation largement répandue de copies de ces œuvres qui compromettent de façon importante le droit exclusif de reproduction conféré dans (*le pays membre en question*) aux auteurs et à leurs ayants droit ».

b) Propriété industrielle

i) Marques

La protection à accorder aux marques vaut tant pour celles de produits que pour celles de services.

Les signes susceptibles de constituer une marque sont déterminés et les droits conférés par la marque définis (articles 15, paragraphe 1, et 16, paragraphe 1, du TRIPs).

L'enregistrabilité de la marque peut être subordonnée à son usage, mais non le dépôt de la demande d'enregistrement (article 15, paragraphe 3). La durée minimale de l'enregistrement et de ses renouvellements est fixée (article 18). En cas d'introduction d'une obligation d'usage, le TRIPs fixe la durée minimale du non-usage qui peut entraîner la radiation de la marque (article 19).

La protection des marques notoires au sens de l'article 6 bis de la Convention d'Union de Paris est étendue aux marques de services (article 16, paragraphe 2) et au-delà du cercle des produits similaires (article 16, paragraphe 3).

Les Membres du TRIPs ont la faculté de déterminer les conditions de l'octroi de licences et des cessions. Toutefois, l'octroi de licences obligatoires est exclu et la cession de la marque pourra avoir lieu sans transfert concomitant de l'entreprise à laquelle la marque appartient.

ii) Indications géographiques

La section 3 de la Partie II du TRIPs prévoit des dispositions très précises quant à la protection à assurer aux indications géographiques, entendues comme « des indications qui servent à identifier un produit comme étant

originaires du territoire d'un Membre, ou d'une région ou localité de ce territoire, dans les cas où une qualité, réputation ou autre caractéristique déterminée du produit peut être attribuée essentiellement à cette origine géographique » (article 22, paragraphe 1, du TRIPs).

De manière générale, il s'agira d'empêcher:

« a) l'utilisation, dans la désignation ou la présentation d'un produit, de tout moyen qui indique ou suggère que le produit en question est originaire d'une région géographique autre que le véritable lieu d'origine d'une manière qui induit le public en erreur quant à l'origine géographique du produit;

b) toute utilisation qui constitue un acte de concurrence déloyale au sens de l'article 10 bis de la Convention de Paris (1967) » (article 22, paragraphe 2, du TRIPs).

indiqués doivent pouvoir être utilisés également « dans les cas où la véritable origine du produit est indiquée ou dans ceux où l'indication géographique est employée en traduction ou accompagnée d'expressions telles que 'genre', 'type', 'style', imitation ou autres » (article 23, paragraphe 1, du TRIPs).

Toutefois, ces règles ne valent que pour l'avenir. En effet,

« aucune disposition de la présente section n'exigera d'un Membre qu'il empêche un usage continu et similaire d'une indication géographique particulière d'un autre Membre identifiant des vins ou des spiritueux, en ce qui concerne des produits ou des services, par un de ses ressortissants ou une des personnes domiciliées sur son territoire qui a utilisé cette indication géographique de manière continue pour des produits ou services identiques ou apparentés sur le territoire de ce Membre soit a) pendant au moins dix ans avant le 15 avril 1994, soit b) de bonne foi avant cette date » (article 24, paragraphe 4, du TRIPs).

iii) Dessins et modèles industriels

Une protection renforcée doit être mise en place en faveur des indications géographiques pour les vins et les spiritueux: les moyens d'empêcher l'utilisation d'une indication géographique identifiant des vins ou des spiritueux qui ne sont pas originaires du lieu

Le domaine de l'esthétique industrielle est aussi couvert par le TRIPs. Une protection

doit être assurée aux dessins et modèles industriels nouveaux ou originaux (article 25, paragraphe 1). La portée de la protection est définie et la durée minimale en est fixée (article 26).

Pour les textiles en particulier, les modalités de protection ne doivent pas être telles qu'elles compromettent indûment la possibilité de l'obtenir (article 25, paragraphe 2, du TRIPs).

iv) Brevets

Dans la section 5 de la partie II sur les brevets, on trouve d'abord des dispositions sur la brevetabilité (article 27). Ainsi doit être brevetable toute invention de produit ou de procédé sans discrimination quant au domaine technologique (même article). Toutefois, les pays en développement se voient reconnaître la faculté de différer, pendant une certaine période, l'obligation d'étendre la protection à des brevets de produits dans les domaines de la technologie où, selon leur droit, la brevetabilité est exclue à la date d'application générale de l'Accord (article 65, paragraphe 4). Les droits conférés par le brevet sont définis (article 28) et doivent avoir une durée minimale de vingt ans (article 33). L'article 31 prévoit enfin des dispositions destinées à restreindre les conditions dans lesquelles des licences obligatoires pourront être accordées.

v) Schémas de configuration (topographies) de circuits intégrés

Les dispositions relatives aux topographies de circuits intégrés sont destinées à remédier aux insuffisances du traité de Washington sur la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés. Elles définissent tant la portée du droit qui doit être conféré (article 36) que la durée de la protection (article 38).

vi) Protection des renseignements techniques non divulgués

Les Membres du TRIPs sont tenus de protéger au titre de la concurrence déloyale les renseignements non divulgués (article 39, paragraphe 1). Les détenteurs légitimes de ces renseignements doivent avoir la possibilité d'empêcher qu'ils soient « divulgués à des tiers ou acquis, ou utilisés par eux, sans leur consentement et d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes. » Cette protection est subordonnée à la condition que ces renseignements soient secrets, aient une valeur commerciale parce qu'ils sont secrets, et aient fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions afin de les garder secrets (article 39, paragraphe 2).

vii) Contrôle des pratiques anticoncurrentielles dans les licences contractuelles

Les Membres ont reconnu que certaines pratiques ou clauses en matière de licences de droits de propriété intellectuelle, qui limitent la concurrence, peuvent avoir des effets préjudiciables sur les échanges et entraver le transfert et la diffusion de technologies (article 40). Le TRIPs leur reconnaît dès lors le droit de spécifier les pratiques ou conditions qui pourraient constituer un usage abusif de droits de propriété intellectuelle et d'adopter des mesures appropriées pour prévenir ou contrôler ces pratiques.

4. Dispositions spécifiques de procédure (moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle)

Pour aboutir à une protection uniforme minimale de la propriété intellectuelle, il ne suffit pas de définir le contenu des divers droits qui doivent être reconnus. Il faut encore prévoir des « moyens efficaces et appropriés » pour les faire respecter (voir l'exposé des motifs du TRIPs). C'est ce qui explique l'existence de la partie III du TRIPs relative aux procédures que les pays membres doivent instaurer de manière à permettre une action efficace contre tout acte qui porterait atteinte aux droits de propriété intellectuelle couverts par le TRIPs (article 41, paragraphe 1). Cette partie III énumère, d'une part, les mesures que les titulaires de droits de propriété intellectuelle doivent pouvoir requérir

des autorités judiciaires, administratives et douanières, tant contre les atteintes à leurs droits que contre les risques d'atteinte à leurs droits (a), et impose, d'autre part, que les procédures au moyen desquelles de telles mesures peuvent être obtenues satisfassent à certaines exigences (b).

a) Mesures correctives

Le TRIPs prévoit tout à la fois des mesures destinées à faire cesser ou à réprimer les atteintes aux droits de propriété intellectuelle (injonction de cessation, dommages-intérêts, confiscation ou destruction des objets contrefaits, sanctions pénales) et des mesures destinées à prévenir des atteintes aux droits de propriété intellectuelle (mesures provisoires, suspension de la mise en circulation par les autorités douanières).

Les autorités judiciaires doivent être habilitées à enjoindre au contrevenant de cesser de porter atteinte au droit de propriété intellectuelle du demandeur (article 44, paragraphe 1).

Les autorités judiciaires doivent avoir le pouvoir de condamner le contrevenant à verser

au titulaire du droit méconnu des dommages-intérêts adéquats si ce contrevenant savait ou avait des motifs raisonnables de savoir que son activité portait atteinte à un droit de propriété intellectuelle (article 45, paragraphe 1).

l'autre partie soit entendue (article 50, paragraphe 2), celle-ci pouvant toutefois demander ultérieurement une révision (article 50, paragraphe 4).

Les autorités judiciaires doivent encore être habilitées à ordonner que les marchandises qui portent atteinte à un droit de propriété intellectuelle soient écartées des circuits commerciaux sans aucun dédommagement ou détruites, à moins que, dans ce dernier cas, cela soit contraire aux prescriptions constitutionnelles existantes (article 46).

Des sanctions pénales pouvant aller jusqu'à l'emprisonnement doivent être édictées pour des actes délibérés de contrefaçon de marque ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur, commis à une échelle commerciale (article 61).

Quant aux mesures préventives, elles sont de deux sortes.

Ensuite, les Membres devront instaurer des procédures permettant au titulaire, qui a des motifs valables de soupçonner qu'est envisagée une importation de marchandises de marque contrefaites ou de marchandises pirates portant atteinte au droit d'auteur, de présenter aux autorités administratives ou judiciaires compétentes une demande écrite visant à faire suspendre la mise en libre circulation de ces marchandises par les autorités douanières. Les Membres pourront prévoir des mesures similaires pour d'autres atteintes à des droits de propriété intellectuelle (article 51).

Ces mesures de suspension de la mise en libre circulation de marchandises ont également un caractère provisoire. Leur maintien est subordonné à l'engagement d'une procédure au fond (voir l'article 55).

b) Garanties procédurales

Tout d'abord, les autorités judiciaires doivent être habilitées à prescrire l'adoption de mesures provisoires rapides et efficaces pour empêcher qu'un acte portant atteinte à un droit de propriété intellectuelle soit commis (article 50, paragraphe 1). Le cas échéant, ces mesures pourront être adoptées sans que

Les procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle doivent être loyales et équitables (article 41, paragra-

phe 2). L'exigence du caractère loyal et équitable des procédures est précisé de plusieurs manières.

Les décisions au fond doivent s'appuyer exclusivement sur des éléments de preuve dont les parties ont pu débattre et doivent être, de préférence, écrites et motivées (article 41, paragraphe 3).

Les titulaires de droits doivent avoir accès aux procédures judiciaires civiles destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle, et les défendeurs doivent être informés en temps opportun par un avis écrit suffisamment précis indiquant notamment les fondements des allégations (article 42). Les parties doivent être autorisées à se faire représenter par un conseil juridique indépendant et les prescriptions en matière de comparution personnelle obligatoire ne doivent pas être excessives (article 42). Toutes les parties à de telles procédures doivent être habilitées à justifier leurs allégations et à présenter tous les éléments de preuve pertinents (article 42), et doivent disposer du droit d'exiger la production par la partie adverse des éléments de preuve qui sont en sa possession (l'article 43).

Les parties doivent disposer d'un droit de recours devant une autorité judiciaire contre les décisions administratives finales et contre les décisions judiciaires initiales (article 41, paragraphe 4).

La possibilité de dommages-intérêts doit être prévue à l'encontre des titulaires de droits de propriété intellectuelle qui useraient de manière abusive ou injustifiée des procédures dont ils peuvent se servir (article 48, paragraphe 1).

XI — Politique commerciale commune, GATS et TRIPs: positions des parties à la procédure

Comme il a déjà été indiqué, la Commission d'une part, le Conseil, les États ayant présenté des observations et le Parlement européen, d'autre part, sont en désaccord total sur l'inclusion des matières couvertes par le GATS et le TRIPs dans la politique commerciale commune pour laquelle la Communauté a une compétence exclusive au titre de l'article 113 du traité CE.

Les positions des parties sur le GATS et le TRIPs seront examinées successivement.

A — GATS

La *Commission*, dans sa thèse principale, estime que les services couverts par le GATS relèvent de la politique commerciale commune. Cette dernière ne saurait être limitée aux marchandises. L'idée essentielle de la Commission est que tout accord qui tend à influencer directement ou indirectement le

volume ou la structure du flux des échanges commerciaux est un accord de politique commerciale et doit être conclu sur la base de l'article 113.

Quels sont ses arguments principaux?

du courant doctrinal « le plus modéré » excluent les services fournis par l'intermédiaire d'un établissement situé dans le pays où les services sont rendus. Pour la Commission, il n'y a aucune raison d'opérer ainsi une distinction entre la fourniture transfrontalière directe de services qui, seule, ferait partie de la politique commerciale commune et la fourniture de services par voie d'une présence commerciale qui ferait partie d'une politique extérieure d'établissement.

- D'abord, la jurisprudence de la Cour qui a souligné que « la notion de politique commerciale a le même contenu, qu'elle s'applique dans la sphère d'action internationale d'un État ou dans celle de la Communauté » (avis 1/75, précité, spécialement p. 1362, quatrième alinéa). Or, selon la Commission, aucun État membre ne pourrait sérieusement prétendre que le commerce des services n'est pas du commerce et que les accords qu'il conclurait en cette matière ne relèvent pas de sa politique commerciale.
- Les liens ou les ressemblances soulignés par les économistes entre marchandises et services, les deux secteurs étant englobés dans la balance commerciale.
- La doctrine juridique qui, dans son dernier état, estimerait, de façon pratiquement unanime, que le commerce des services fait partie de la politique commerciale commune. La Commission admet toutefois que certains représentants
- La finalité du GATS qui est la libéralisation du commerce des services.
- Les instruments utilisés (traitement de la nation la plus favorisée, transparence) qui sont des instruments traditionnels de la politique commerciale. Il en irait de même pour les dispositions relatives à l'accès aux marchés et au traitement national. Les listes d'engagements spécifiques, bien qu'elles se rapportent dans une large mesure à des barrières réglementaires, seraient comparables aux listes tarifaires des Membres dans le secteur des marchandises.

Pour le surplus, la Commission s'efforce de montrer que les dispositions du GATS trouvent leur pendant dans des dispositions comparables du GATT.

L'imbrication marchandises-services serait encore démontrée par la possibilité de mesures de rétorsion croisée, et cette imbrication confirmerait que marchandises et services font partie d'une même politique commerciale.

Les clauses relatives à des négociations ultérieures (voir ci-dessus X., A., 6., Caractère dynamique du GATS) « ne peuvent modifier la base juridique de l'accord présentement examiné ». « Tout accord qui résultera de ces dispositions devra faire ultérieurement l'objet d'une appréciation spécifique pour en déterminer la base juridique. »

Que les secteurs des services couverts par le GATS ne soient pas tous harmonisés en droit communautaire et restent, dans certains cas, régis par les législations nationales ne met pas en cause, de l'avis de la Commission, la compétence de la Communauté. « Le GATT, et notamment sa disposition sur le traitement national, affecte les législations et réglementations nationales des États membres (par exemple les législations fiscales) depuis de nombreuses années sans que l'on ait jamais fait valoir qu'il relève en partie de la compétence des États membres. »

La Commission fournit, pour terminer, deux précisions sur les articles 59 et 75 du traité CE.

L'article 59, deuxième alinéa, du traité CE, qui donne au Conseil le pouvoir d'étendre le bénéfice du chapitre sur les services aux prestataires de services ressortissants d'un État tiers et établis à l'intérieur de la Communauté, ne s'oppose-t-il pas à l'inclusion du commerce des services dans l'article 113 du traité CE? Non, répond la Commission. Il s'agit d'une disposition interne et non d'une disposition de politique commerciale commune. « Elle ne peut servir de base juridique à une politique conventionnelle qui est censée couvrir tous les modes de fourniture internationale de services, telle que le GATS. »

Dans la mesure où il concerne aussi les transports, le GATS ne relève-t-il pas de l'article 75 qui confère aux institutions la compétence interne (voir arrêt du 31 mars 1971, dit « AETR », Commission/Conseil, 22/70, Rec. p. 263, sur le parallélisme des compétences internes et externes)? La réponse de la Commission est négative. Le précédent AETR peut être invoqué pour conclure des accords dans les secteurs de la politique des transports qui ne sont pas de nature commerciale. D'ailleurs, dans le secteur des transports, le Conseil a adopté un certain nombre de mesures restrictives des échanges, notamment des sanctions économiques, fondées sur l'article 113, qui comportent l'interruption du commerce des services de transport.

Toutes les autres parties à la procédure sont résolument hostiles au point de vue défendu par la Commission.

Selon le *Conseil*, l'interprétation de la notion de politique commerciale commune que préconise la Commission aboutit à transformer celle-ci en politique commune en matière de relations économiques extérieures. Dans l'économie mondiale, les fluctuations des taux de change des monnaies ou les différences entre les coûts salariaux influencent le volume et les courants d'échanges internationaux d'une manière plus significative que des variations du tarif douanier par exemple. « Si la thèse de la Commission était suivie, on devrait nécessairement conclure que la Communauté détient, au titre de l'article 113, une compétence exclusive pour réglementer les taux de change des monnaies des États membres ou pour mettre en œuvre une politique de fixation des salaires. Une telle interprétation viderait complètement de son contenu la compétence des États membres en matière de politique économique, tout au moins en ce qui concerne les relations extérieures ».

Lors de la Conférence intergouvernementale sur l'Union politique, la Commission avait proposé un tel élargissement des compétences de la Communauté. La notion de politique commerciale commune aurait été remplacée par celle de politique commune en matière de relations économiques extérieures, qui aurait compris notamment « les mesures économiques et commerciales en matière de services, de capitaux, de propriété intellectuelle, d'investissement, d'établissement et de concurrence », domaine aux limites extensibles. Cette politique aurait relevé de la compétence exclusive de la Communauté (article Y 17, paragraphe 2, de la proposition de la Commission). La Communauté aurait été exclusivement représentée par la Commission dans les relations avec les pays tiers, avec les organisations internationales et dans les conférences internationales.

D'après le Conseil, la Commission chercherait, dans sa demande d'avis, à faire consacrer, par voie d'interprétation judiciaire, des propositions qui ont été rejetées lors de la Conférence intergouvernementale sur l'Union politique. Cet argument se retrouve dans les mémoires des gouvernements français, danois et du Royaume-Uni.

Le Conseil ne distingue pas vraiment les arguments qu'il développe pour exclure les services de la politique commerciale et ceux qu'il invoque, en examinant la théorie du parallélisme des compétences internes et externes, pour conclure à une compétence conjointe de la Communauté.

Selon le Conseil, le GATS vise principalement la fourniture de services par une présence commerciale dans le pays du destinataire de ces services. Cela tient à la nature même des services. Ceux-ci sont consommés ou utilisés en même temps qu'ils sont fournis et ils ne sont pas stockables ou transportables; ils doivent, en conséquence, être consommés sur place dans l'endroit même où ils sont fournis. Or, réglementer la présence commerciale, c'est réglementer les conditions d'établissement des sociétés des pays tiers et le régime juridique qui leur sera applicable après cet établissement.

D'après le Conseil, ce régime du *premier* établissement est régi par le droit national et

échappe à la notion de politique commerciale commune. De même, pour la consommation à l'étranger (exemple de touristes indiens en visite en France), le Conseil fait observer que les compétences en matière de tourisme continuent d'appartenir aux États membres et qu'une proposition d'attribution de compétence à la Communauté en cette matière a été rejetée lors de la Conférence intergouvernementale sur l'Union politique. Pour ce qui est du « mouvement de personnes », le Conseil note que l'entrée et le séjour dans les États de la Communauté de personnes physiques, ressortissantes de pays tiers, employées par un prestataire de services d'un pays tiers relèvent des législations nationales et de la seule compétence des États membres. Quant aux fournitures transfrontalières, le Conseil souligne que la compétence des États membres pour réglementer ces « échanges internationaux de services » n'a jamais été contestée. « Un État membre peut introduire des 'quotas d'écran' destinés à obliger les salles de cinéma à réserver une partie minimale à la projection de films produits dans la Communauté et à limiter en conséquence la possibilité de diffusion de films non communautaires. » En somme, selon le Conseil, les échanges internationaux de services ne relèvent de l'article 113 que dans la mesure où les services en question seraient directement liés à la livraison de marchandises (par exemple le montage d'une machine).

Le gouvernement du Royaume-Uni développe une argumentation plus spécifique quant à la portée de la notion de politique commerciale commune.

Il relève d'abord que, pour les services, les chapitres du traité sur l'établissement et les services ne concernent que les ressortissants des États membres. Seul un ressortissant d'un État membre est autorisé à créer un établissement principal dans un État membre. Seul un ressortissant d'un État membre établi dans un État membre peut créer un établissement secondaire dans un autre État membre. Seuls encore les ressortissants des États membres peuvent se prévaloir de la libre prestation des services, même si l'article 59, deuxième alinéa, prévoit la possibilité d'étendre le bénéfice de la libre prestation de services aux ressortissants de pays tiers établis dans un État membre.

Le Royaume-Uni fait valoir ensuite qu'une interprétation littérale de l'article 113, limitant cette disposition aux échanges de marchandises, est tout à fait cohérente avec le système du traité. En effet, « si les États pouvaient maintenir des politiques commerciales différentes, c'est-à-dire soumettre les importations en provenance de pays tiers à des règles différentes en matière de tarifs et de contingents, il s'ensuivrait un détournement des flux commerciaux ». Au contraire, ce risque n'existe pas pour les services. Il n'y a « pas de risque que des prestataires de services ou des personnes ayant l'intention de s'établir dans un État membre qui impose des restrictions aux ressortissants de pays tiers le fassent par l'intermédiaire d'un État membre aux règles plus permissives. Si un État membre permet au ressortissant d'un pays tiers d'exercer une activité de service sur son territoire, ce ressortissant n'acquiert pas par là le droit d'exercer une activité de service dans un autre État membre, étant donné qu'il n'est

pas ressortissant d'un État membre ». « Aucune logique (...) n'impose donc l'existence d'une politique commerciale commune exclusive en matière de services, alors qu'il y a une logique impérative qui impose une politique commerciale commune exclusive en matière de marchandises. »

Même si l'on parle de « commerce des services », les problèmes que celui-ci pose sont très différents de ceux que soulèvent les produits. Pour les services, les questions essentielles sont l'établissement de sociétés étrangères, leurs investissements directs, la libre circulation du personnel nécessaire à la prestation de services ainsi que la réglementation concernant l'accès aux professions de services.

Le Royaume-Uni rappelle, enfin, que l'Accord GATS couvre aussi les services de transport et que ses annexes couvrent les transports aériens ainsi que les négociations sur les transports maritimes. Il se réfère à l'article 61, premier alinéa, à l'article 74 du traité CE et à la jurisprudence (arrêt AETR, précité, et avis 1/76, du 26 avril 1977, Rec. p. 741, sur le projet d'accord relatif à un Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure) pour conclure que « c'est le titre sur les transports et ce titre seul qui, dans le traité, constitue la base des accords avec des pays tiers en matière de prestations de services de transport ».

A cet égard, le Royaume-Uni invoque encore la pratique du Conseil. Lorsque celui-ci a pris des mesures externes qui ont pour objet essentiel de réglementer les transports, il l'a fait sur le fondement du titre des transports. Le Royaume-Uni cite à ce sujet: la décision 80/50/CEE du Conseil, du 20 décembre 1979, instituant une procédure de consultation en ce qui concerne les relations entre États membres et pays tiers dans le domaine des transports aériens ainsi que les actions relatives à ce domaine au sein des organisations internationales (JO 1980, L 18, p. 24); la décision 82/505/CEE du Conseil, du 12 juillet 1982, concernant la conclusion de l'accord relatif aux services occasionnels internationaux de voyageurs par route effectués par autocars ou par autobus (ASOR) (JO L 230, p. 38), accord conclu entre la Communauté économique européenne, d'une part, et l'Autriche, l'Espagne, la Finlande, la Norvège, le Portugal, la Suède, la Suisse et la Turquie, d'autre part; le règlement (CEE) n° 4055/86 du Conseil, du 22 décembre 1986, portant application du principe de la libre prestation des services aux transports maritimes entre États membres et entre États membres et pays tiers (JO L 378, p. 1); la décision 92/384/CEE du Conseil, du 22 juin 1992, concernant la conclusion de l'accord entre la Communauté économique européenne, le royaume de Norvège et le royaume de Suède dans le domaine de l'aviation civile (JO L 200, p. 20); la décision 92/577/CEE du Conseil, du 27 novembre 1992, concernant la conclusion de l'accord entre la Communauté économique européenne et la république d'Autriche en matière de transit de marchandises par rail et par route (JO L 373, p. 4); la décision 92/578/CEE du Conseil, du 30 novembre 1992, concernant la conclusion de l'accord entre la Communauté économique européenne et la Confédération suisse sur le transport par rail et par route (JO L 373, p. 26). Pour ce qui est de ces deux dernières décisions, le Royaume-Uni souligne que la Commission avait proposé comme base juri-

dique l'article 113 du traité CEE, mais que le Conseil a pris la décision sur le fondement de l'article 75 du traité CEE.

Le *gouvernement français* attire d'abord l'attention sur le champ d'application très large de l'Accord OMC qui:

« s'étend potentiellement à toute matière économique liée au développement des échanges. Ce champ est donc susceptible de recouvrir l'ensemble des politiques de la Communauté. Cela ne signifie pas, à l'évidence, que ces politiques, lorsqu'elles sont projetées vers l'extérieur dans le cadre de l'OMC, et sous prétexte qu'elles ont un impact commercial, devraient se diluer complètement dans la politique commerciale commune. Une telle dilution poserait de graves problèmes de cohérence, par exemple en matière d'environnement: les mêmes mesures selon qu'elles seraient envisagées, sur le plan interne ou dans d'autres enceintes extérieures, en tant que s'intégrant dans la politique de l'environnement relèveraient d'une compétence partagée, alors que discutées au sein de l'OMC elles relèveraient de la politique commerciale commune et donc de la compétence exclusive de la Communauté ».

A l'encontre de la position défendue par la Commission en matière de services, le *gouvernement français* invoque ensuite certains arguments déjà relatés ci-dessus tels que celui tiré des travaux de la Conférence intergouvernementale sur l'Union politique, celui du

lien entre l'Union douanière et la politique commerciale commune au vu du risque de détournements de trafic et encore celui déduit de ce que le GATS couvre des modes de fourniture de services autres que les fournitures transfrontalières. Quant au recours à des instruments classiques de politique commerciale (tels que la clause de la nation la plus favorisée ou le principe du traitement national) dont la Commission fait grand cas, il se borne à faire remarquer que ces instruments ont été utilisés en dehors de relations commerciales entre États et cite à cet égard le cas d'une convention sur le statut des réfugiés. En définitive, elle conclut, comme le Conseil, que seuls les services directement liés à la fourniture d'une marchandise relèvent de la politique commerciale commune.

De l'examen des quatre modes de fourniture des services couverts par le GATS, le *gouvernement espagnol* conclut que les trois derniers (consommation à l'étranger, présence commerciale et mouvements de personnes) relèvent de la compétence des États membres: les dispositions des articles 48, 52 et 59 du traité CE ne règlent la libre circulation des travailleurs, le droit d'établissement et la libre prestation des services qu'à l'égard des ressortissants des autres États membres de la Communauté.

Le *gouvernement portugais* souligne de manière générale que la clé de la controverse qui oppose la Commission et les États membres n'est pas la question des instruments et de la finalité, mais plutôt la nature des

matières régies par l'Accord OMC. « Au stade actuel de l'internationalisation des économies nationales, tout moyen interne ou externe, du domaine bilatéral ou multilatéral, adopté dans le cadre des relations économiques, est susceptible d'influencer directement ou indirectement le volume ou la structure des flux et des échanges commerciaux. C'est pourquoi ce critère ne peut à lui seul servir de fondement à la délimitation de la compétence exclusive des Communautés dans le cadre de la politique commerciale commune (...). Une telle interprétation entraînerait un transfert vers la sphère de compétence communautaire exclusive de matières relatives à la politique des taxes commerciales, des monnaies nationales et des coûts salariaux directs et indirects. »

Pour ce qui est plus spécifiquement des services, le gouvernement portugais souligne que si les fournitures transfrontalières de services relèvent sans aucun doute du domaine d'application de l'article 113, il n'en va pas de même d'autres modes de fourniture de services comme la consommation à l'étranger et les mouvements de personnes: en effet, la réglementation du tourisme, l'entrée et le déplacement des nationaux de pays tiers, de même que le statut de la main-d'œuvre en provenance des pays non communautaires relèvent de la compétence propre des États. Quant à la présence commerciale, le gouvernement portugais note que l'article 52 du traité CE ne confère pas à la Communauté de compétence propre dans le domaine de l'établissement de ressortissants de pays tiers.

l'intervention conjointe de la Communauté et des États en raison du caractère dynamique et évolutif de la structure institutionnelle qu'il crée. La participation des États membres serait justifiée par des compétences qui leur appartiennent en propre, lesquelles sont soit « concurrentes de celles de la Communauté ou prioritaires par rapport à celles-ci ou exclusives ». La République hellénique ne fournit aucune autre précision.

Le *gouvernement néerlandais* épingle le fait que les fournitures transfrontalières ne jouent pas un rôle essentiel dans le GATS et que celui-ci concerne en réalité l'établissement des prestataires de services ressortissants de pays tiers et l'exercice de leur activité dans les États membres. Comme exemple de cas où les États membres ont une compétence exclusive, il cite le déplacement des personnes physiques (ressortissants d'États tiers) à destination du territoire d'un État membre.

Il souligne encore que la politique commerciale et la politique des transports ont été explicitement conçues comme des domaines à part et que l'action extérieure en matière de transports ne saurait être fondée sur l'article 113.

La *République hellénique* estime que la conclusion du GATS suppose nécessairement

Pour ce qui est des échanges de services financiers, il attire l'attention de la Cour sur certaines mesures communautaires: la

deuxième directive du Conseil en matière bancaire qui comporte un titre consacré aux relations avec les pays tiers³, la première directive en matière d'assurance contre les dommages qui prévoit la possibilité pour la Communauté de conclure des conventions avec des pays tiers⁴ et la décision du Conseil approuvant l'accord conclu avec la Suisse en matière d'assurance⁵. Les deux premiers actes sont fondés sur l'article 57, paragraphe 2, et le troisième l'est à la fois sur l'article 57, paragraphe 2, et l'article 235. Il n'a donc pas été question de l'article 113.

Le *gouvernement allemand* se rallie aussi aux observations du Conseil. Il souligne que le GATS régit les services de transports, domaine qui est visé au niveau communautaire par les articles 74 et suivants du traité CE. Selon lui, « l'article 113 du traité CE ne suffit pas pour justifier la compétence de l'Union européenne, le large domaine couvert par le GATS allant bien au-delà des services liés à la libre circulation des marchandises. » En outre, il relève que, dans certains secteurs tels que l'éducation et la culture, la Communauté ne dispose que d'une compétence très limitée, la politique culturelle de fond restant du ressort des États membres comme l'atteste l'article 128 du traité CE. Par ailleurs, dans d'autres secteurs, la Communauté n'a carrément aucune compétence. Le

gouvernement allemand cite à cet égard des matières telles que le droit d'entrée, de séjour et de travail des salariés de pays tiers en rapport avec des prestations de services, ainsi que le statut d'entreprises de pays tiers.

Le *gouvernement danois* estime, quant à lui, de manière générale que l'article 113 du traité n'englobe pas la politique économique étrangère et, comme le Conseil et d'autres gouvernements, il se réfère à cet égard aux travaux de la Conférence intergouvernementale sur l'Union politique. Pour ce qui est plus particulièrement du GATS, le *gouvernement danois* est d'avis que l'article 113 ne saurait être utilisé pour conclure un accord sur les services, notamment en matière de transports. Il est nécessaire, selon lui, de faire appel à d'autres dispositions du traité (chapitre sur l'établissement ou la quatrième partie du traité relative aux transports).

Le *Parlement européen* estime que la Commission tente de faire relever l'ensemble des relations économiques internationales de la politique commerciale commune et à placer, de ce fait, sous l'empire de l'article 113 du traité, des matières qui relèvent de la libre circulation des services, des transports, de la fiscalité, du rapprochement des législations, etc. D'après lui, l'argumentation de la Commission, qui fait appel à des conceptions économiques, est contestable. Il ne s'agit pas de faire de la prospective et de la théorie économiques, mais de traiter la question dans son contexte juridique actuel.

3 — Directive 89/646/CEE du Conseil, du 15 décembre 1989, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, et modifiant la directive 77/780/CEE (JO L 386, p. 1).

4 — Directive 73/239/CEE du Conseil, du 24 juillet 1973, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, et son exercice (JO L 228, p. 3).

5 — Décision 91/370/CEE du Conseil, du 20 juin 1991, relative à la conclusion de l'accord entre la Communauté économique européenne et la Confédération suisse concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie (JO L 205, p. 2).

Le Parlement européen admet certes que, en se plaçant dans la perspective d'une structure étatique souveraine, la notion d'échanges commerciaux ne concerne pas seulement les produits finis, mais l'ensemble des éléments, en amont et en aval, qui vont de la conception à la vente à l'acheteur final. Pour intéressante que soit cette conception, elle doit toutefois céder le pas aux questions de légalité, telle qu'elle est conçue actuellement au sein de la Communauté.

Une interprétation extensive de la notion de politique commerciale commune se ferait au détriment des prérogatives du Parlement européen, ce qui est incompatible avec le principe constitutionnel de la participation parlementaire, dégagé par la jurisprudence « dioxyde de titane » (arrêt du 11 juin 1991, Commission/Conseil, C-300/89, Rec. p. I-2867).

Le Parlement européen fait valoir que, ni dans l'avis 1/78 (« caoutchouc »), du 4 octobre 1979 (Rec. p. 2871), ni dans d'autres cas portés devant elle, la Cour n'a fait application de l'article 113 du traité en dehors du domaine des marchandises.

Le Parlement européen souligne que l'article 228, paragraphe 3, deuxième alinéa, du traité CE, tel que révisé à Maastricht, qui prévoit l'avis conforme du Parlement européen pour les accords qui créent un cadre institutionnel, est une base juridique nécessaire pour la conclusion de l'Accord OMC.

Envisageant certains secteurs de services particuliers, le Parlement européen émet l'avis que la base juridique pour la conclusion d'accords internationaux en matière de transport est l'article 75 du traité et non l'article 113. L'article 75 du traité serait à considérer comme une « *lex specialis* » par rapport à d'autres dispositions du traité concernant les relations extérieures de la Communauté. Il ressortirait clairement du libellé de l'article 75, sous a) et c), que cette disposition peut servir de base juridique pour tout acte communautaire visant à régler des questions de transports en liaison avec des pays tiers, tel que des accords de transit ou des mesures d'infrastructure vers les frontières des pays tiers.

Le Parlement estime également que les dispositions du GATS relatives aux marchés publics échappent à l'article 113 du traité. Sur ce point, il renvoie à l'affaire C-360/93, actuellement pendante, dans laquelle il a agi en annulation contre des décisions du Conseil relatives à un accord entre la Communauté et les États-Unis portant sur la conclusion de marchés publics parce qu'elles étaient fondées sur le seul article 113. A son avis, de tels actes auraient dû être adoptés sur la base des articles 59 à 66 et 100 A.

Enfin, dans la mesure où le GATS concerne des investissements opérés par des entreprises étrangères, le Parlement fait valoir que les articles 52 et 57, paragraphe 2, du traité devraient constituer la base juridique. Sur ce point, il renvoie à ses observations dans le cadre de la demande d'avis 2/92, actuellement pendante devant la Cour.

Par ailleurs, le Parlement européen s'efforce de réfuter les arguments que, pour soutenir que les services relèvent de la politique commerciale commune, la Commission tire de ce que des décisions communautaires, en matière de sanctions économiques, ont été adoptées sur la seule base de l'article 113. D'abord, ces mesures visaient à interrompre un flux commercial, c'est-à-dire à affecter le commerce des marchandises et non pas à réglementer les transports. Ainsi, pour reprendre le cas de l'embargo sur les échanges avec l'Iraq⁶ portant sur les produits importés ou exportés, on voit mal comment la mesure aurait pu être effective si elle ne s'était pas appliquée aux transports aériens et maritimes. Ensuite, ces décisions ont été adoptées dans des situations d'urgence. Il s'agit d'actes atypiques dans lesquels la base juridique apparaît après les considérants faisant état d'une concertation politique entre les États membres. La meilleure preuve en est que le traité sur l'Union européenne leur fait un sort tout à fait particulier. L'article 228 A, tel qu'il a été introduit à Maastricht, dispose, en effet, que « lorsqu'une position commune ou une action commune adoptées en vertu des dispositions du traité sur l'Union européenne relatives à la politique étrangère et de sécurité commune prévoient une action de la Communauté visant à interrompre ou à réduire, en tout ou en partie, les relations économiques avec un ou plusieurs pays tiers, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission, prend les mesures urgentes nécessaires ».

B — TRIPs

La Commission part d'une double idée. D'une part, la politique commerciale com-

mune englobe toutes les mesures dont l'objet principal est d'influencer le volume ou la structure des échanges de marchandises ou de services en réglementant ou en harmonisant les droits de propriété intellectuelle. D'autre part, les règles concernant les droits de propriété intellectuelle sont étroitement liées au commerce des produits et des services auxquels elles s'appliquent. Elle en déduit, dans sa conclusion principale, que la compétence de la Communauté est exclusive au titre de l'article 113 du traité CE.

Dès lors que l'accord envisagé a pour objet de régler directement le commerce des droits de propriété intellectuelle, il doit être considéré comme relevant de la politique commerciale commune.

Pour démontrer le lien très étroit unissant les droits de propriété intellectuelle, d'une part, et les produits et services, d'autre part, la Commission se réfère à l'article 36 du traité CE et à la règle correspondante que la Cour a dégagée en matière de services.

Selon la Commission, les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce entrent dans le champ d'application de la politique commerciale commune.

6 — Règlement (CEE) n° 2340/90 du Conseil, du 8 août 1990, empêchant les échanges de la Communauté concernant l'Iraq et le Koweït (JO L 213, p. 1).

Par ailleurs, la Commission fait état de la pratique des institutions.

domaine de la protection des droits de propriété intellectuelle par rapport au traitement accordé à l'industrie des États-Unis⁸.

La Commission cite trois cas où le Conseil et elle-même ont utilisé le règlement (CEE) n° 2641/84 du Conseil, qui a mis en place un nouvel instrument de politique commerciale destiné à permettre à la Communauté de répondre à toute pratique commerciale illicite d'États tiers et d'éliminer le préjudice qui en résulte pour l'industrie communautaire⁷. Bien que ce règlement ne fasse pas spécialement mention de la violation des droits de propriété intellectuelle, le Conseil et la Commission en ont usé jusqu'à présent à trois reprises pour défendre les intérêts de la Communauté dans le domaine de la propriété intellectuelle. La Commission en conclut que, afin d'assurer la protection de ses droits de propriété intellectuelle qui affectent le volume de ses échanges de marchandises et de services avec l'étranger, la Communauté a compétence exclusive pour prendre des mesures visant à faire appliquer le droit, en réponse à des pratiques commerciales illicites, en recourant aux instruments de politique commerciale existants.

De même, la Communauté, à compter du 1^{er} janvier 1989, a suspendu la république de Corée de la liste des pays susceptibles de bénéficier de son système de préférences tarifaires généralisées, à titre de mesure de rétorsion contre le traitement discriminatoire subi par l'industrie communautaire dans le

En outre, plusieurs accords bilatéraux conclus par la Communauté avec des pays tiers contiennent des dispositions relatives à la protection des droits de propriété intellectuelle. C'est ainsi, par exemple, que la quasi-totalité des accords bilatéraux sur les textiles conclus dans les années 80 sur la base de l'article 113 du traité contiennent une disposition relative à la protection des marques, dessins ou modèles de produits textiles⁹. La Communauté a également conclu, sur la base de l'article 113, du traité un certain nombre d'accords réciproques avec des pays tiers pour la protection de certains noms de vins originaires de ces pays et bénéficiant d'une appellation d'origine¹⁰. Plus récemment, dans les accords européens conclus avec les pays d'Europe centrale et orientale, la Communauté a inséré des clauses visant à élever le niveau de protection de la propriété intellectuelle. Les dispositions commerciales de ces accords ainsi que les dispositions relatives aux droits de propriété intellectuelle ont été mises en vigueur au moyen d'accords intérieurs. Les décisions du Conseil appliquant

7 — Règlement du 17 septembre 1984 relatif au renforcement de la politique commerciale commune, notamment en matière de défense contre les pratiques commerciales illicites (JO L 252, p. 1).

8 — Voir règlement (CEE) n° 4257/88 du Conseil, du 19 décembre 1988, portant application de préférences tarifaires généralisées pour l'année 1989 à certains produits industriels originaires de pays en voie de développement (JO L 375, p. 1).

9 — Voir, par exemple, l'article 18 de l'accord entre la Communauté économique européenne et la république populaire de Chine sur le commerce des produits textiles, paragraphe 9 décembre 1988 (JO L 380, p. 1), et l'article 20 de l'accord entre la Communauté économique européenne et l'Union des républiques socialistes soviétiques sur le commerce des produits textiles, paragraphe 11 décembre 1989 (JO L 397, p. 1).

10 — Voir, par exemple, l'accord avec le royaume du Maroc: règlement (CEE) n° 482/77 du Conseil, du 8 mars 1977 (JO L 65, p. 1); l'accord avec la République tunisienne: règlement (CEE) n° 3618/87 du Conseil, du 30 novembre 1987 (JO L 340, p. 27); l'accord avec l'Autriche: décision 89/146/CEE du Conseil, du 12 décembre 1988 (JO 1989, L 56, p. 1).

ces accords intérimaires dans la Communauté étaient fondées sur l'article 113 du traité CE ¹¹.

protection des droits des artistes-interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes ¹³.

Enfin, en 1986, le règlement (CEE) n° 3842/86 du Conseil, du 1^{er} décembre 1986, fixant des mesures en vue d'interdire la mise en libre pratique des marchandises de contrefaçon ¹², a été adopté sur la base des articles 113 et 235 du traité. Ce règlement, dont l'objet est d'empêcher la mise sur le marché de marchandises de contrefaçon, est, selon la Commission, une mesure classique de politique commerciale ayant pour but de protéger les droits de propriété intellectuelle de la Communauté sur le plan international.

Comme il a été relevé lors de l'exposé des positions respectives des parties sur le GATS, le Conseil conteste radicalement la conception extensive qu'a la Commission de la politique commerciale commune. Selon lui, il ne suffit pas que le TRIPs ait une incidence sur les échanges commerciaux pour relever de la politique commerciale commune. C'est l'objet principal qui compterait pour déterminer la base juridique d'un acte. Le Conseil se réfère, à propos de l'article 100 A du traité CE, à l'arrêt du 17 mars 1993 sur la « directive déchets », Commission/Conseil (C-155/91, Rec. p. I-939, points 19 et 20).

A l'appui de sa position, la Commission invoque, en dernier lieu, l'action de la Communauté vers l'extérieur, spécialement, d'une part, sa participation aux conférences internationales qui ont établi le protocole relatif à l'arrangement de Madrid sur l'enregistrement international des marques de fabrique et le traité de Washington sur la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés (traité IPIIC), et, d'autre part, la décision du Conseil autorisant la Commission à négocier, au nom de la Communauté, un nouvel instrument de

Comme il l'a fait pour le GATS, le Conseil rappelle que les propositions de la Commission visant à donner à la Communauté la compétence exclusive pour la conclusion d'accords internationaux en matière de propriété intellectuelle ont été rejetées par la Conférence intergouvernementale sur l'Union politique.

A la Commission qui avait rappelé sa proposition de décision du Conseil obligeant les États membres à adhérer aux conventions de Berne (Acte de Paris) et de Rome, le Conseil réplique que cette proposition n'a pas été

11 — Voir, par exemple, la décision 92/230/CEE du Conseil, du 25 février 1992 (JO L 116, p. 1), relative à l'accord intérimaire avec la république de Hongrie (article 35); la décision 93/690/CE du Conseil, du 10 décembre 1993 (JO L 323, p. 1), relative à l'accord intérimaire avec la république de Bulgarie (article 37); la décision 92/229/CEE du Conseil, du 25 février 1992 (JO L 115, p. 1), relative à l'accord intérimaire avec la République fédérative tchèque et slovaque (article 36).

12 — JO L 357, p. 1.

13 — JO C 24 du 31.1.1991, p. 5.

acceptée par lui précisément en raison du transfert extraordinaire de compétences qu'une telle décision aurait entraîné.

Pour ce qui est de la présence de la Communauté sur la scène internationale dans le domaine de la propriété intellectuelle, le Conseil souligne que, chaque fois qu'il a autorisé la Commission à négocier au nom de la Communauté, c'était dans des matières où il existait des actes de droit dérivé.

Le *gouvernement allemand* estime, quant à lui, en ce qui concerne le TRIPs, que l'article 113 du traité CE peut constituer une base juridique uniquement pour la cession et la jouissance de droits de propriété intellectuelle en rapport direct avec des livraisons de marchandises et les services qui les accompagnent.

Le *gouvernement du Royaume-Uni* fait valoir que la politique commerciale commune, prévue par le traité pour les marchandises, a pour fonction de permettre la libre circulation, sur le marché interne, de toutes les marchandises, qu'elles soient originaires d'un État membre ou d'un pays tiers et mises en libre circulation dans un État membre. Ce rôle ne milite pas en faveur d'une extension de la politique commerciale commune à la négociation d'accords internationaux destinés à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle dans la Communauté et dans les pays tiers. Le fait qu'un État membre reconnaisse qu'une personne détient des droits de

propriété intellectuelle concernant des marchandises importées d'un pays tiers n'affecte pas le droit d'un titulaire d'un autre État membre d'invoquer les dispositions du droit de la propriété intellectuelle de ce dernier État membre pour limiter l'importation du produit en question — ce dernier titulaire peut invoquer l'article 36 du traité CE pour protéger les droits que lui reconnaît l'ordre juridique de cet État membre. Dès lors, le fait que les droits de propriété intellectuelle ne soient pas assujettis à la politique commerciale commune ne saurait entraîner un détournement des flux commerciaux.

Qualifiant d'extravagante la position de la Commission sur la portée de la politique commerciale commune, le gouvernement du Royaume-Uni souligne l'impossibilité de faire entrer dans une sphère de compétence communautaire exclusive un domaine qui reste pour une grande part soumis à des règles nationales non harmonisées. Il concède cependant que la section 4 de la partie III du TRIPs (articles 51 à 60), relative à la suspension de la mise en libre circulation par les autorités douanières, qui a son pendant dans les dispositions du règlement n° 3842/86, précité, sur les marchandises de contrefaçon, est couverte par l'article 113 du traité.

Le *gouvernement français* fait observer que le titre même de l'accord montre que le TRIPs ne traite pas principalement de commerce international, sous réserve de quelques dispositions relatives au commerce des marchandises de contrefaçon (à savoir quelques articles

de la partie III qui traitent des moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle et l'article 69 qui établit une coopération en vue d'éliminer le commerce international des marchandises de contrefaçon). Pour l'essentiel, il se rapporte aux prérogatives des titulaires de droits de propriété intellectuelle dont il s'agissait de renforcer et d'harmoniser la protection à l'échelle mondiale.

En réponse à l'argument que la Commission tire de l'insertion de clauses relatives à la propriété intellectuelle dans des accords avec des États tiers, la République française souligne que ces clauses se réduisent généralement à un seul article et ne constituent que des clauses de « meilleur effort » ne visant en réalité que les pays tiers concernés.

La France conclut que, n'ayant pas pour objet principal les échanges économiques internationaux mais la protection de la propriété intellectuelle, l'Accord TRIPs ne peut relever de la seule base juridique de l'article 113.

Selon le *gouvernement danois*, la Communauté ne saurait détenir une compétence exclusive en matière de propriété intellectuelle sur la base de l'article 113, car, comme il résulte de l'arrêt du 20 octobre 1993, *Phil Collins e.a.* (C-92/92 et C-326/92, Rec. p. I-5145), c'est un domaine qui, en l'absence d'harmonisation communautaire, relève de la compétence des législations nationales.

Les *gouvernements hellénique, néerlandais et portugais* font également valoir que l'Accord TRIPs porte sur des domaines qui relèvent de la compétence des États membres tant qu'aucune harmonisation n'a été réalisée au niveau communautaire.

Le *gouvernement espagnol* souligne, quant à lui, qu'il n'existe pas de réglementation communautaire couvrant tout ce qui a trait au droit de la propriété intellectuelle: dès lors, les États membres conservent une compétence et la Communauté ne peut revendiquer une compétence exclusive dans ce domaine.

A la Commission qui, pour appuyer sa thèse, cite des exemples de mesures de politique commerciale commune prises par la Communauté en vue de protéger la propriété intellectuelle, le *gouvernement espagnol* répond spécialement que ces mesures réglementaient le régime des importations, n'affectaient en rien le régime de la propriété intellectuelle et ne comportaient pas non plus d'engagements communautaires en la matière.

Le *Parlement européen* s'oppose également à la position de la Commission en ce qui concerne le TRIPs pour les mêmes raisons que celles qu'il a exposées pour le GATS (voir ci-dessus XI., A.).

XII — GATS, TRIPs et pouvoirs implicites

A — *Considérations générales sur les pouvoirs implicites*

Pour le cas où la Cour jugerait que le GATS et le TRIPs ne relèvent pas de la politique commerciale commune, la *Commission* expose, dans une thèse subsidiaire, que la Communauté a une compétence exclusive au titre de la théorie des pouvoirs implicites, pouvoirs dérivés soit de dispositions spécifiques du traité (telles que l'article 54 du traité CE), soit de dispositions à caractère général (article 100 A et article 235 du traité CE). Au contraire, les *États ayant présenté des observations et le Conseil*, tout en reconnaissant que la Communauté a certaines compétences, soutiennent que les États membres disposent eux aussi d'une compétence.

La *Commission* distingue deux situations dans lesquelles la Communauté disposerait d'une compétence implicite sur le plan international, compétence qui aurait un caractère exclusif:

- première situation: des dispositions du traité ont attribué aux institutions communautaires des compétences internes pour réaliser un objectif spécifique et la participation de la Communauté à l'engagement international est nécessaire à la réalisation de cet objectif (ce que la Com-

mission désigne comme la « doctrine de l'avis 1/76 »). Selon la Commission, il ne serait pas nécessaire que les compétences internes aient déjà été exercées.

- Seconde situation: du droit dérivé a été élaboré, même dans des domaines ne relevant pas des politiques communes, et les engagements internationaux envisagés contiennent des règles qui, si elles étaient adoptées par les États membres en dehors du cadre des institutions communes, pourraient affecter ou altérer la portée des règles communautaires existantes (ce que la Commission désigne comme la « doctrine AETR »).

Le *Conseil* fait valoir que les arguments développés par la Commission sur les pouvoirs implicites gommant les différences entre l'existence de compétences et leur exercice. Seul l'exercice par la Communauté de ses compétences internes pourrait conférer un caractère exclusif aux compétences externes qui en résultent. Par ailleurs, dès lors que les États restent compétents sur le plan interne, ils le restent aussi sur le plan international.

Le *gouvernement du Royaume-Uni* soutient que, lorsque l'objet d'un projet d'accord international relève du domaine d'une disposition du traité CE autorisant des mesures

internes et que des mesures internes ont été prises dans le cadre de cette disposition, la Communauté peut tirer de cette disposition une compétence externe implicite pour l'accord en cause. Mais le fait que la Communauté ait le pouvoir implicite de conclure un accord international n'exclurait pas nécessairement la participation des États membres. Celle-ci ne serait pas exclue, notamment, lorsque les réglementations internes régissant le domaine du projet d'accord ne constituent pas des mesures d'harmonisation exclusives. Les États membres pourraient alors participer à la conclusion de l'accord international en cause. Selon ces principes, dégagés par la jurisprudence de la Cour, la Communauté serait compétente pour participer à la conclusion de l'Accord GATS, en vertu des articles 54, 57, 66, 75, 84, 99 et 100 A du traité CE et en vertu des articles 100 A, 113 et 235 pour l'Accord TRIPs. Et les États membres seraient eux aussi compétents pour participer aux deux Accords.

Selon le gouvernement du Royaume-Uni, le caractère exclusif ou non de la compétence de la Communauté dépend non seulement des dispositions du traité, mais également de l'étendue des mesures qui ont été prises par les institutions communautaires pour l'application de ces dispositions.

Le *gouvernement français* souligne que, dans les cas où la Communauté dispose d'une compétence interne, mais ne l'a pas encore exercée, et dans les cas où les dispositions des accords avec des États tiers n'affectent pas les règles adoptées par la Communauté, les États

membres conservent une compétence pour contracter des engagements internationaux.

Selon le *gouvernement allemand*, la compétence externe implicite de la Communauté n'est de nature exclusive que si et dans la seule mesure où les organes communautaires ont effectivement exercé leur compétence sur le plan interne. Une compétence législative interne qui n'a pas été exercée ne pourrait conférer une compétence externe exclusive.

Le *gouvernement portugais* souligne que, dans les matières qui n'ont pas été réglementées par des actes communautaires ou dont la réglementation obéit à des critères d'harmonisation minimale, une compétence concurrente des États membres subsiste, mais elle n'est que transitoire.

Le *Parlement européen* fait observer que, si la Cour reconnaît la compétence de la Communauté pour conclure l'Accord OMC et ses annexes au titre de la théorie des pouvoirs implicites, les bases juridiques de la décision de conclure l'Accord au nom de la Communauté devront être indiquées avec précision dans cette décision.

B — GATS

i) Sur les compétences déduites de dispositions spécifiques du traité CE

1. *Position de la Commission*

L'argumentation de la *Commission* peut être divisée en deux parties. Dans la première, le propos de la Commission est d'identifier les compétences internes des institutions dont on peut déduire une compétence de la Communauté sur le plan international. Dans la seconde, son but est de convaincre de la nécessité d'une action de la Communauté ou du risque que comporteraient des actions en ordre dispersé des États membres vis-à-vis des États tiers.

a) Quant à l'existence de compétences internes

La Commission s'efforce d'abord de démontrer que la compétence de la Communauté sur le plan interne résulte des chapitres du traité sur le droit d'établissement et sur les services; elle se réfère peu au droit dérivé (i). Ensuite, pour le cas où il serait jugé que la Communauté ne dispose pas de pouvoirs suffisants sur la base de dispositions spécifiques du traité, elle soutient que la Communauté pourrait conclure le GATS en vertu de dispositions générales du traité telles que les articles 100 A et 235 (ii).

La Commission estime que la compétence interne de la Communauté englobe les quatre modes de fournitures visés par le GATS. Selon elle, la libre prestation de services au sens du traité inclut les « fournitures transfrontalières » (voir, par exemple, arrêt du 3 décembre 1974, Van Binsbergen, 33/74, Rec. p. 1299) tout comme la « consommation à l'étranger » au sens du GATS (voir l'arrêt du 26 février 1991, dit « Guide touristique », Commission/France, C-154/89, Rec. p. I-659, points 9 et 10). Les services rendus grâce à une présence commerciale (troisième mode de services prévu par le GATS) ou grâce au déplacement de personnes physiques (quatrième et dernier mode de services visé par le GATS) seraient également couverts par les dispositions du traité sur la libre prestation des services (articles 59 et 60, troisième alinéa) et par celles sur le droit d'établissement (articles 52 et 58 en liaison avec l'article 66).

La Commission ne cite donc, à l'appui de sa position, que des dispositions concernant uniquement les ressortissants des États membres de la Communauté. Elle considère qu'aucune disposition des chapitres du traité relatifs au droit d'établissement et aux services n'oblige toutefois le législateur communautaire à faire une application exclusivement intracommunautaire des pouvoirs qui lui sont conférés. Elle souligne également que le propre de la jurisprudence AETR est de trouver application dans les cas où le traité n'a prévu, de manière expresse, que l'établissement de règles internes.

La Commission relève que, tout comme dans le chapitre du traité sur la libre prestation des services, la notion de services dans le GATS désigne les services de tous les secteurs à l'exception des services fournis « dans l'exercice du pouvoir gouvernemental » (article 1^{er}, paragraphe 3, sous b), du GATS). Selon elle, cette exception aurait été introduite afin d'éviter des conflits avec les dispositions du traité CE qui excluent du domaine des services les activités relevant de l'exercice de l'autorité publique.

De ce que la jurisprudence de la Cour fait obligation aux États membres, en droit communautaire, « de prendre toutes mesures, qu'elles soient de procédure ou de fond, propres à garantir l'efficacité du droit communautaire », la Commission déduit la compétence de la Communauté pour assumer ce type d'obligations dans le cadre d'un accord international. C'est pourquoi elle estime que relève de la compétence exclusive de la Communauté l'article VI, paragraphe 2, sous a), du GATS, qui impose aux Membres de l'OMC l'obligation de maintenir ou d'instituer des tribunaux ou des procédures qui permettront d'obtenir la révision des décisions administratives affectant le commerce des services.

Passant à l'article XVI du GATS, relatif à la prise d'engagements spécifiques en matière d'accès aux marchés, la Commission soutient que, sur le plan interne, la Communauté possède les pouvoirs nécessaires pour supprimer les restrictions quantitatives à l'accès aux marchés énumérées dans cette disposition (quotas, nombre maximal de personnes employées par un fournisseur de services,

types de structures sociétaires obligatoires pour les fournisseurs de certains services, etc.).

Depuis le traité de Maastricht, la Communauté disposerait également, sur le plan interne, de pouvoirs législatifs qui couvrent entièrement l'article XI du GATS. Celui-ci prévoit que les Membres de l'OMC ne doivent pas appliquer de restrictions aux transferts et paiements internationaux concernant les transactions courantes ayant un rapport avec les engagements spécifiques, à l'exception de celles permises par l'article XII (protection de l'équilibre de la balance des paiements). En effet, en droit communautaire, toutes les restrictions au mouvement des capitaux et aux paiements entre les États membres comme entre les États membres et les pays tiers seraient interdites (article 73 B, paragraphes 1 et 2, du traité CE). De plus, l'article 73 C, paragraphe 2, conférerait au Conseil les pouvoirs nécessaires pour adopter des mesures relatives aux mouvements de capitaux à destination ou en provenance de pays tiers, lorsqu'ils impliquent des investissements directs.

En matière de reconnaissance des diplômes, licences et certificats (article VII du GATS), la Commission soutient que la Communauté dispose de pouvoirs internes sur la base des articles 49, 57 et 66 du traité et qu'elle en a d'ailleurs fait usage.

La Commission renvoie à cet égard à la directive 89/48/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans (JO 1989, L 19, p. 16), et à la directive 92/51/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, relative à un deuxième système général de reconnaissance des formations professionnelles (JO L 209, p. 25).

des règles portant application du principe de la libre prestation des services au transport maritime entre États membres et pays tiers. En outre, la Communauté aurait déjà fait un large usage de ses pouvoirs sur le plan externe.

ii) Sur les pouvoirs déduits de dispositions générales (articles 100 A et 235 du traité CE)

La Commission concède, certes, que le système général de reconnaissance mutuelle mis en place par ces deux directives ne concerne pas les qualifications ou l'expérience professionnelle obtenues dans un État tiers. Toutefois, selon elle, il ressort clairement de la ratio decidendi de l'arrêt du 9 février 1994, Tawil-Albertini (C-154/93, Rec. p. I-451), que des mesures de reconnaissance des qualifications obtenues dans les pays tiers peuvent être prises au niveau communautaire (points 11 à 15 de l'arrêt).

Pour le cas où les pouvoirs que la Communauté tire de dispositions spécifiques du traité CE ne couvriraient pas tout le domaine du GATS, la Commission soutient qu'il pourrait être fait appel à l'article 100 A pour le conclure. Selon elle, cet article impose « clairement » au Conseil une obligation juridique d'agir en vue de la réalisation du marché intérieur.

Enfin, en ce qui concerne tous les modes de transports, la Communauté disposerait, sur le plan interne, de larges pouvoirs pour prendre les mesures nécessaires afin d'atteindre les objectifs spécifiques de la politique commune qu'elle doit mener (articles 74 et suivants du traité CE). Tous les modes de transports constitueraient par excellence une fourniture de services pour laquelle une action internationale est particulièrement nécessaire afin d'atteindre les objectifs du traité. C'est ainsi que le règlement n° 4055/86, précité, arrête

Dans le cas où cette base serait, à son tour, jugée insuffisante, la Commission soutient qu'il y aurait lieu de recourir à l'article 235 du traité pour conférer aux institutions communautaires les pouvoirs externes nécessaires. En effet, les États membres n'auraient pas la faculté d'entreprendre une action commune par la voie d'un accord conclu hors du cadre communautaire lorsque les conditions de l'article 235 sont réunies. Or, selon la Commission, ces conditions seraient remplies. La nécessité de conclure l'accord n'est pas contestée: l'accord contribuera à la

réalisation des objectifs du traité et est en relation directe avec le fonctionnement du marché commun. Loin d'être susceptible de contribuer à la réalisation des objectifs spécifiques de la Communauté, une action unilatérale des États membres hors du cadre communautaire risquerait d'y faire obstacle et d'aboutir à la remise en question et à la désintégration progressives du marché intérieur.

b) Quant à la nécessité d'une action extérieure de la Communauté

En premier lieu, la Commission souligne que, si la Communauté était partie à l'accord à côté de ses propres États membres, la cohésion du marché intérieur serait atteinte. Elle invoque à cet égard trois arguments.

D'abord, prenant l'exemple des services financiers, elle fait valoir que la reconnaissance de la compétence des États membres mettrait ceux d'entre eux qui disposent de centres financiers développés en position de force dans les négociations bilatérales avec les pays tiers. En contrepartie de leurs offres relativement généreuses, ils seraient en mesure d'obtenir les concessions les plus importantes. Leurs prestataires de services amélioreraient ainsi leur position concurrentielle de manière disproportionnée par rapport aux prestataires de services d'autres États membres.

C'est précisément, selon la Commission, ce que la deuxième directive 89/646, précitée, sur l'activité bancaire a voulu éviter. Cette directive, qui a harmonisé les conditions d'agrément à l'intérieur de la Communauté, contient en effet aussi des dispositions sur le commerce des services financiers avec les pays tiers (voir le titre III consacré aux relations avec les pays tiers, articles 8 et 9). Elle vise à éviter des disparités dans les conditions d'accès des banques de pays tiers au marché intérieur et, réciproquement, à ce que tout pays tiers accorde aux établissements de crédit de la Communauté, de quelque État membre qu'ils soient, un accès effectif comparable à celui que la Communauté offre à ses établissements de crédit. Sur ce dernier point, lorsque la Commission constate qu'un pays tiers n'accorde pas un tel accès, « elle peut soumettre des propositions au Conseil en vue d'obtenir un mandat de négociation approprié pour obtenir des possibilités de concurrence comparables pour les établissements de crédit de la Communauté. Le Conseil décide à la majorité qualifiée » (voir l'article 9, paragraphe 3, de la deuxième directive).

Ensuite, la Commission souligne que, une fois implantées dans un État membre, les filiales de banques de pays tiers, désormais considérées, conformément à l'article 58 du traité, comme des ressortissants de la Communauté, pourront concurrencer les banques des autres États membres, sans que ceux-ci aient eu leur mot à dire.

Enfin, la Commission avance qu'il ne serait pas possible de décider que, en application

stricte de l'arrêt AETR, précité, la compétence de la Communauté se borne aux domaines qui ont fait l'objet d'une harmonisation sur le plan interne étant donné que tous les secteurs des services n'ont pas été harmonisés. En effet, si ce critère de répartition de compétence était adopté, les États, dont les secteurs clés dans le domaine des services sont l'objet de règles harmonisées, seraient complètement assujettis à la discipline communautaire alors que ceux dont les principaux secteurs de services n'ont pas ou peu été l'objet de règles harmonisées conserveraient une liberté de négociation presque intacte. Selon la Commission, une telle situation priverait la Communauté de la possibilité de négocier de manière équilibrée dans l'intérêt de tous les États membres dans tous les secteurs des services.

En second lieu, la Commission soutient que, si les États membres conservaient des compétences, il pourrait y avoir affectation ou altération des règles communautaires existantes. Elle invoque à cet égard trois arguments.

Elle relève d'abord que, trois ans après l'entrée en vigueur de l'Accord OMC, les Membres pourront modifier unilatéralement leur liste d'engagements spécifiques moyennant l'octroi d'une compensation aux Membres du GATS qui peuvent faire valoir que leurs droits sont « annulés ou compromis » par la modification. Les compensations dans le système du GATS ne pouvant consister

qu'en la modification de dispositions législatives ou réglementaires (afin par exemple d'assouplir les conditions d'accès au marché dans un secteur de services), la Commission est d'avis qu'elles affecteront la législation communautaire ou en altéreront la portée. C'est pourquoi les États membres ne pourraient se voir reconnaître le pouvoir de conclure le GATS.

Ensuite, selon la Commission, pour que des engagements internationaux soient de nature à affecter des règles communautaires existantes, il n'est pas nécessaire qu'ils soient en contradiction avec elles. Il suffit qu'ils concernent un domaine déjà couvert « en grande partie » par des règles communautaires (voir avis 2/91, du 19 mars 1993, Rec. p. I-1061, points 25 et 26). Or, l'intégralité du domaine visé par le GATS serait couvert par les règles communautaires.

Enfin, la Commission relève qu'aucune modification des engagements spécifiques n'est possible, en principe, au cours des trois années suivant l'entrée en vigueur de l'Accord OMC et de ses annexes. Dès lors, si les États membres concluaient l'Accord OMC en leur propre nom, ils pourraient, pendant toute cette période, tirer prétexte d'éventuelles incompatibilités de la législation communautaire avec leurs engagements au titre du GATS pour ne pas appliquer le droit communautaire.

2. Positions des parties ayant présenté des observations

Le Conseil et les gouvernements ayant présenté des observations contestent la position de la Commission.

Les États comme le Conseil ne formulent aucune observation en ce qui concerne la nécessité d'une action extérieure de la Communauté. Quels sont les arguments qu'ils opposent à la thèse de la compétence de la Communauté que la Commission prétend fonder sur des dispositions spécifiques du traité ou sur les dispositions à caractère général des articles 100 A et 235 du traité CE?

i) Sur les compétences déduites de dispositions spécifiques du traité CE

En premier lieu, le Conseil, le gouvernement espagnol et le gouvernement portugais soutiennent que la notion de services est plus large dans le GATS qu'en droit communautaire. En effet, à la différence du GATS, le traité ne viserait pas les prestations de services à titre gratuit (article 60 du traité).

Selon le Conseil, la Commission efface toute distinction entre le régime applicable aux ressortissants et sociétés des États membres et le régime applicable aux ressortissants et sociétés des États tiers. Le Conseil relève que les articles du traité relatifs au droit d'établissement et à la libre prestation des services ne se prononcent pas sur le traitement à réserver aux ressortissants et sociétés des États tiers. Le paragraphe 2 de l'article 59 du traité constituerait la seule exception. Cette disposition créerait une base juridique spécifique pour légiférer à l'égard de prestataires de services de pays tiers, pourvu qu'ils soient *déjà établis à l'intérieur de la Communauté*. Elle serait complètement redondante si, comme le soutient la Commission, la Communauté disposait déjà, sur le plan interne, de compétences vis-à-vis des ressortissants des États tiers en matière de libre prestation de services et de liberté d'établissement.

Selon le Conseil, le droit communautaire ne règle, pour ce qui est des ressortissants des pays tiers, que les problèmes de second établissement et de prestations de services à partir d'un premier établissement dans la Communauté. En ce qui concerne la « présence commerciale », le Conseil opère une distinction entre les filiales d'une société d'un État tiers et les simples succursales d'une société d'un État tiers. Il concède que le droit communautaire est susceptible de s'appliquer à la filiale communautaire d'une société d'un État tiers. Par contre, les simples succursales de sociétés de pays tiers, qui sont établies dans la Communauté, relèveraient de la compétence des États membres puisque l'article 58 du traité ne vise que les sociétés.

Le Conseil conteste la compétence que la Communauté aurait, selon la Commission, pour les engagements spécifiques relatifs à l'accès aux marchés de services. En effet, les listes d'engagements spécifiques ont, après de multiples débats, été déposées au nom de la Communauté et des États membres, et les limitations ainsi que les conditions apportées à ces engagements varient d'État membre à État membre. Le Conseil souligne qu'un survol rapide du document contenant les engagements spécifiques en matière de services, document qu'il juge d'une importance capitale, montre bien que ce sont les législations nationales qui sont directement visées. Par conséquent, l'offre d'engagements spécifiques faite par la Communauté et les États membres relève, pour la plus grande partie, de la compétence des États membres. De l'avis du Conseil, la seule existence de cette liste permet de répondre aux questions soumises à la Cour.

- les prestations de services à titre gratuit;
- les engagements en matière de mouvements de capitaux de ressortissants de pays tiers qui ne sont pas établis dans la Communauté (article XI du GATS), étant donné que l'article 67 du traité n'exige la suppression des restrictions aux mouvements de capitaux que pour les capitaux appartenant à des personnes résidant dans un État membre;
- les engagements relatifs à la reconnaissance des diplômes ou titres obtenus dans des pays tiers.

Selon le *gouvernement espagnol*, des pans entiers du GATS couvrent des domaines dans lesquels la Communauté est dénuée de pouvoirs sur le plan interne. Ainsi, relèveraient de la compétence des États membres les dispositions du GATS qui concernent:

- la fourniture de services par des sociétés de pays tiers souhaitant s'établir dans la Communauté (présence commerciale);
- la fourniture de services moyennant un mouvement de personnes physiques ressortissantes de pays tiers;

Le *gouvernement portugais* souligne que les modes de fourniture de services visés par le GATS, autres que les « fournitures transfrontalières », relèvent de la compétence des États membres.

Il insiste sur le fait que « les matières les plus importantes et les plus sensibles de libéralisation internationale des services visent les conditions d'établissement des sociétés de pays tiers et le régime applicable aux professionnels indépendants et aux employés des sociétés de pays tiers ». Pour lui, ces matières relèvent de la compétence des États.

Selon le *gouvernement danois*, il ne fait pas de doute que les actes juridiques communautaires pris dans le secteur des services ne concernent que certains domaines. Dans ces domaines, les actes juridiques adoptés ne visent que certains aspects de la prestation de services. Il en résulte que les États membres ont compétence pour conclure des accords internationaux, tant dans les domaines dans lesquels il n'y a pas de réglementation communautaire que dans ceux où il existe une réglementation communautaire, mais qui est fragmentaire.

Le *gouvernement néerlandais* se rallie à la position du Conseil et épingle un cas de compétence exclusive des États membres, celui du déplacement des personnes physiques d'un État tiers vers la Communauté (mobilité des travailleurs).

En synthèse, le *gouvernement du Royaume-Uni* estime que la Communauté a compétence pour participer à la conclusion de l'Accord GATS sur la base des articles 54, 57, 66, 75, 84, 99 et 100 A du traité CE. En effet, certains aspects de l'Accord relèvent de domaines de compétence de la Communauté qui sont couverts par ces dispositions et dans lesquels la Communauté a pris des mesures internes. Cependant, toutes les activités économiques couvertes par le GATS n'auraient pas fait l'objet d'une réglementation communautaire. Et lorsqu'une telle réglementation a été adoptée, elle consisterait souvent en des mesures d'harmonisation prévoyant des normes minimales que les États membres peuvent dépasser. Il en résulterait que les États membres sont eux aussi compétents pour participer à la conclusion du GATS.

Le Royaume-Uni souligne d'abord que ni le chapitre sur l'établissement ni celui sur les services ne réglementent:

— la prestation d'un service du territoire d'un pays tiers à destination du territoire d'un État membre (article I, paragraphe 2, sous a), du GATS);

— la prestation d'un service par un prestataire ressortissant d'un pays tiers, grâce à une présence commerciale (autre qu'une société visée par l'article 58 du traité CE) sur le territoire d'un État membre (article I, paragraphe 2, sous c), du GATS);

— la prestation d'un service par un prestataire ressortissant d'un pays tiers et grâce à la présence de personnes physiques d'un pays tiers sur le territoire d'un État membre (article I, paragraphe 2, sous d), du GATS).

Le *gouvernement du Royaume-Uni* relève spécialement qu'aucune disposition du traité ne traite du premier établissement des personnes physiques et morales ressortissantes des pays tiers qui désirent entreprendre une activité de services dans les États membres. Il souligne que l'article 59, deuxième alinéa, du traité ne vise que les ressortissants de pays tiers déjà établis dans la Communauté. En

l'absence d'une législation communautaire interne, ces questions restent de la compétence des États membres.

l'ensemble du territoire de la Communauté. » De même, les articles 8 et 9 de la directive 89/646, précitée, visent à garantir que les établissements de crédit communautaires, actifs dans des pays tiers, y jouissent d'avantages équivalents à ceux dont bénéficient les sociétés de pays tiers, mères de sociétés communautaires qui constituent des sociétés au sens de l'article 58 du traité.

i

Pour ce qui est des filiales et des succursales, le gouvernement du Royaume-Uni admet toutefois que les institutions communautaires ont pris des mesures déterminant « des règles relatives à l'exercice par la Communauté de la compétence externe concernant l'établissement de ressortissants de pays tiers dans la Communauté », sur la base de l'article 57, paragraphe 2, du traité CE.

Il existerait des dispositions similaires dans le secteur des assurances. Ainsi, l'article 32 de la directive 79/267/CEE du Conseil, du 5 mars 1979, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe sur la vie, et son exercice (JO L 63, p. 1), prévoit que « La Communauté peut, dans des accords conclus conformément au traité avec un ou plusieurs pays tiers, convenir de l'application de dispositions différentes de celles prévues au présent titre en vue d'assurer, sous condition de réciprocité, une protection suffisante des assurés des États membres. » Et l'article 32 ter, introduit par la directive 90/619/CEE du Conseil, du 8 novembre 1990 (JO L 330, p. 50), prévoit, dans son paragraphe 3, que « Lorsque la Commission constate [...] qu'un pays tiers n'accorde pas aux entreprises d'assurance de la Communauté un accès effectif au marché, comparable à celui qu'offre la Communauté aux entreprises d'assurance dans ce pays tiers, elle peut soumettre des propositions au Conseil en vue d'obtenir un mandat de négociation approprié pour obtenir des possibilités de concurrence comparables pour les entreprises d'assurance de la Communauté. Le Conseil décide à la majorité qualifiée. »

Ainsi, l'article 9, paragraphe 3, de la première directive 77/780/CEE du Conseil, du 12 décembre 1977, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice (JO L 322, p. 30), dispose que « [...] la Communauté peut, par des accords conclus conformément au traité avec un ou plusieurs pays tiers, convenir de l'application de dispositions qui, sur la base du principe de la réciprocité, accordent aux succursales d'un établissement ayant son siège social hors de la Communauté le même traitement sur

En matière de premier établissement de personnes physiques ressortissantes de pays tiers, le gouvernement du Royaume-Uni relève également l'existence d'une disposition de droit dérivé.

L'article 1^{er}, sous c), de la directive 73/148/CEE du Conseil, du 21 mai 1973, relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des ressortissants des États membres à l'intérieur de la Communauté en matière d'établissement et de prestation de services (JO L 172, p. 14), prise sur la base des articles 54, paragraphe 2, et 63, paragraphe 2, accorde en effet un droit de résidence au conjoint ou aux enfants ressortissants de pays tiers.

Le gouvernement du Royaume-Uni ajoute que ces dispositions exceptionnelles en matière de premier établissement de personnes morales ou physiques ressortissantes de pays tiers ont souvent une portée limitée.

Ainsi, le titre III de la première directive bancaire 77/780, précitée, n'empêcherait pas les États membres d'appliquer aux succursales d'institutions de crédit d'États tiers, lorsqu'elles commencent ou poursuivent leurs activités dans la Communauté, des conditions plus sévères qu'aux succursales d'institutions de crédit communautaires (voir, dans le même sens, les considérants de la deuxième directive 89/646, précitée, et le neuvième considérant de la directive 92/96/CEE

du Conseil, du 10 novembre 1992, JO L 360, p. 1, en matière d'assurance).

Le gouvernement du Royaume-Uni conclut que, sous réserve de ces dispositions exceptionnelles, le premier établissement de personnes morales et de personnes physiques ressortissantes de pays tiers constitue un domaine dans lequel les États membres gardent une compétence transitoire.

Il examine ensuite les compétences respectives des États membres et de la Communauté en ce qui concerne le régime auquel sont soumises les activités des filiales et des succursales de sociétés de pays tiers, une fois celles-ci établies dans la Communauté.

A cet égard, il relève que, sur le plan interne, dès que des filiales ou des succursales de sociétés immatriculées dans un État tiers sont établies dans un État membre, la Communauté est compétente en vertu des chapitres sur l'établissement et les services pour réglementer leurs activités. Il souligne également que la Communauté a fait usage de cette compétence dans certains secteurs.

Ainsi, la directive 89/117/CEE du Conseil, du 13 février 1989 (JO L 44 de 1989, p. 40),

concernant les obligations en matière de publicité de documents comptables (JO L 44, p. 40), s'applique non seulement aux succursales de sociétés communautaires, mais aussi aux succursales de sociétés de pays tiers (articles 1^{er} et 3). De même, la onzième directive 89/666/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, concernant la publicité des succursales créées dans un État membre par certaines formes de société relevant du droit d'un autre État (JO L 395, p. 36), s'applique aux succursales de sociétés de pays tiers (articles 7 à 10). Les titres III de la première directive bancaire 77/780, précitée, et de la directive 79/267, également précitée, en matière d'assurance contiennent également des dispositions relatives aux succursales d'entreprises qui ont leur siège social en dehors de la Communauté.

Mais pour le reste, faute de législation communautaire interne, le régime auquel est soumise l'activité d'une filiale ou d'une succursale d'une société d'un État tiers continue de relever de la compétence des États membres.

Pour ce qui est de l'article VI, paragraphe 2, sous a), du GATS (maintien ou institution de tribunaux ou procédures permettant d'obtenir la révision des décisions administratives affectant le commerce des services), le gouvernement du Royaume-Uni soutient que les questions relatives à la compétence, à la procédure et aux voies de recours restent de la compétence des États membres, sous réserve de quelques dispositions de droit dérivé qui

harmonisent les procédures et les voies de recours internes.

A cet égard, le gouvernement du Royaume-Uni cite la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (JO L 395, p. 33). Il précise toutefois que cette directive est une mesure d'harmonisation partielle, qui laisse aux États membres un choix étendu de moyens pour atteindre ses objectifs.

Il en conclut que les États membres sont compétents pour participer à la conclusion de l'Accord du GATS dans le domaine couvert par l'article VI, paragraphe 2, sous a), dudit accord.

Enfin, passant à l'article VII du GATS (reconnaissance des diplômes et qualifications), le gouvernement du Royaume-Uni expose que, si les règles communautaires prévoient l'harmonisation et la reconnaissance mutuelle des qualifications obtenues dans les États membres, ces derniers restent, en revanche, compétents pour les qualifications délivrées dans les États tiers. Il se réfère à cet égard à l'arrêt Tawil-Albertini, précité.

ii) Sur les compétences qui pourraient être déduites de dispositions du traité à caractère général (articles 100 A et 235 du traité CE)

Le *Conseil* conteste que les articles 100 A et 235 du traité imposent au législateur communautaire une obligation juridique d'agir. Admettre une telle idée effacerait la distinction entre l'existence d'une compétence et son exercice et serait en contradiction flagrante avec l'article 3 B du traité, qui énonce le principe de subsidiarité.

Le *gouvernement du Royaume-Uni* fait valoir que la Cour n'a pas admis que des directives instituant des normes minimales puissent être source d'une compétence communautaire exclusive (voir avis 2/91, précité, point 21). En effet, une compétence externe exclusive ne peut se fonder que sur des mesures internes d'harmonisation exclusive. A plus forte raison, une compétence externe exclusive ne peut, en l'absence de règles internes, découler du seul article 100.

Le *gouvernement français* n'interprète pas de la même façon que la Commission l'article 235 du traité. A la différence de celle-ci, il considère que le Conseil dispose d'un large pouvoir pour apprécier si une action de la Communauté est nécessaire à la réalisation de l'un des objets de la Communauté. Il estime que, en l'espèce, cette nécessité n'est pas apparue.

Le *gouvernement allemand* explique que l'article 235 ne saurait conférer des pouvoirs à la Communauté dans les secteurs qui relèvent de la compétence exclusive des États membres et que, en toute hypothèse, la libéralisation du commerce des services au plan mondial n'est pas l'un des objectifs de la Communauté.

Le *gouvernement portugais* conteste que, comme semble le soutenir la Commission, il soit possible de déduire une compétence obligatoire et exclusive dans une matière déterminée, sur le plan interne ou externe, de l'article 235 du traité. Il avance les raisons suivantes.

D'une part, le Conseil resterait libre d'apprécier quel type de moyens est le plus approprié pour réaliser les objectifs communautaires. Il pourrait par exemple, pour des raisons d'ordre international ou interne, préférer recourir au mécanisme de coopération entre la Communauté et les États membres, ce qui, sur le plan des relations externes, conduirait à la conclusion d'accords mixtes. Telle serait l'opinion de la Cour lorsqu'elle a considéré que « bien que l'article 235 permette au Conseil de prendre 'toutes dispositions appropriées' également dans le domaine des relations extérieures, cet article ne crée aucune obligation, mais confère au Conseil une faculté dont le non-exercice ne saurait affecter la validité d'une délibération » (arrêt AETR, précité, point 95). D'autre part, l'article 235 ne permet pas que les compétences résiduelles et propres des États membres soient transférées à la Communauté. A cet

effet, une révision des traités serait indispensable.

Le *gouvernement espagnol* considère que les articles 100 A et 235 du traité sont, parmi bien d'autres dispositions, celles qui fournissent une base juridique à la compétence communautaire.

Le *Parlement européen* fait valoir que, en aucune manière, un recours éventuel à l'article 235 du traité CE ne pourrait être interprété comme portant atteinte à sa liberté de refuser de rendre un avis conforme si l'accord lui paraît inacceptable, compte tenu des objectifs du traité et des intérêts des citoyens.

C — TRIPs

1. *Position de la Commission*

Tout comme pour le GATS, l'argumentation de la *Commission* peut être divisée en deux parties. Dans la première, le propos de la Commission est d'identifier les compétences internes des institutions dont on peut déduire une compétence de la Communauté sur le

plan international. Dans la seconde, son but est de convaincre de la nécessité d'une action de la Communauté ou du risque que comporteraient des actions en ordre dispersé des États membres vis-à-vis des États tiers.

a) Quant à l'existence de compétences internes

La Commission s'efforce d'abord de démontrer que la compétence de la Communauté sur le plan interne résulte des actes de droit dérivé existant en matière de propriété intellectuelle (i). Ensuite, pour le cas où il serait jugé que la Communauté ne dispose pas de pouvoirs suffisants sur la base des actes de droit dérivé, elle soutient que la Communauté pourrait conclure le TRIPs en vertu de dispositions générales du traité telles que les articles 100 A et 235 (ii).

i) Sur les compétences déduites du droit dérivé

En ce qui concerne le TRIPs, la Commission relève d'abord que l'article 36 du traité CE n'a pas pour objet de réserver certaines matières à la compétence exclusive des États membres (voir arrêt du 4 octobre

1991, Richardt et « Les Accessoires Scientifiques », C-367/89, Rec. p. I-4621, points 19 à 21).

Elle procède ensuite à une comparaison point par point et très détaillée entre l'Accord TRIPs et les dispositions de droit communautaire pertinentes pour en conclure, d'une manière générale, que la Communauté possède la compétence externe nécessaire pour conclure le TRIPs dans son intégralité.

1. En ce qui concerne le droit d'auteur (section 1 de la partie II du TRIPs, articles 9 à 14), tout d'abord, la Commission admet que la Communauté n'est partie ni à la convention de Berne (convention pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, Acte de Paris du 24 juillet 1971) ni à la convention de Rome (convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, du 26 octobre 1961).

Elle souligne que l'Accord TRIPs, dans la section 1 de sa partie II relative au droit d'auteur et à d'autres droits connexes au droit d'auteur, oblige les Membres de l'OMC à prévoir une protection minimale.

Elle rappelle que le Conseil a adopté plusieurs directives en matière de droits d'auteur et de droits voisins, qu'elle estime couvrir, sur le plan interne, les domaines visés par les articles 10 à 14 du TRIPs.

Ainsi, la directive 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (JO L 122, p. 42), correspondrait, quant à son article 1^{er}, paragraphe 1, à l'article 10, paragraphe 1, de l'Accord TRIPs, qui prescrit que les programmes d'ordinateur seront protégés en tant qu'œuvres littéraires en vertu de la convention de Berne. L'article 2, paragraphe 1, de la directive 92/100/CEE du Conseil, du 19 novembre 1992, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle (JO L 346, p. 61), correspondrait, selon la Commission, à l'article 11 de l'Accord TRIPs qui concerne les droits de location. Les articles 6, paragraphe 1, 7 et 8, paragraphe 1, de cette directive régleraient, quant à eux, la matière de l'article 14 de l'Accord TRIPs (les droits voisins). La directive 93/98/CEE du Conseil, du 29 octobre 1993, relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins (JO L 290, p. 9), couvrirait la matière de l'article 12 de l'Accord TRIPs relatif à la durée de la protection du droit d'auteur. Enfin, la Commission indique qu'elle a présenté au Conseil une proposition de directive concernant la protection juridique des bases de données (JO C 308 du 15.11.1993, p. 1), dont le but est de clarifier la protection des bases de données au regard du droit d'auteur et de conférer le droit d'empêcher l'extraction non autorisée d'informations contenues dans une base de données.

Elle précise que cette proposition n'a pas encore été adoptée, mais souligne que le pouvoir de la Communauté d'arrêter une telle directive n'a pas été contesté.

2. En ce qui concerne les marques (articles 15 à 21 du TRIPs, dans la section 2 de la partie II de l'accord), la Commission relève que, dans l'ordre interne, le Conseil a adopté le règlement (CE) n° 40/94, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire (JO 1994, L 11, p. 1), et la première directive 89/104/CEE, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques (JO 1989, L 40, p. 1).

Elle concède que la première directive est limitée aux dispositions nationales ayant l'incidence la plus directe sur le fonctionnement du marché intérieur, mais souligne que le Conseil s'est déclaré disposé à adopter ultérieurement de nouvelles directives rapprochant les législations nationales sur les marques.

3. En ce qui concerne les indications de provenance et les appellations d'origine (articles 22 à 24 du TRIPs, dans la section 3), la Commission soutient que les dispositions communautaires adoptées dans ce domaine seraient bien plus précises et plus étendues que ce que prescrit la section correspondante du TRIPs.

Tout d'abord, la directive 79/112/CEE du Conseil, du 18 décembre 1978, relative au rapprochement des législations des États membres concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires destinées au consommateur final ainsi que la publicité faite à leur égard (JO 1979, L 33, p. 1), aurait interdit tout étiquetage des denrées alimentaires susceptible d'induire l'acheteur en erreur quant à l'origine ou la provenance d'une denrée alimentaire. Ensuite, le Conseil a adopté le règlement (CEE) n° 2081/92, du 14 juillet 1992, relatif à la protection des indications géographiques et des appellations d'origine des produits agricoles et des denrées alimentaires (JO L 208, p. 1). Enfin, dans le cadre de l'organisation commune des marchés du vin, ou sur la base des articles 43 et 100 A du traité, le Conseil a adopté plusieurs règlements ayant trait à la désignation et la présentation des vins et spiritueux.

4. En matière de dessins et modèles industriels (couverts par la section 4 de la partie II du TRIPs, articles 25 et 26), la Commission signale avoir présenté au Conseil, sur la base de l'article 100 A du traité, une proposition de directive destinée à harmoniser les législations nationales sur les dessins et modèles, ainsi qu'une proposition de règlement créant un modèle communautaire. Le niveau de protection prévu par ces deux propositions serait, selon elle, beaucoup plus poussé que les obligations générales énoncées aux articles 25 et 26 de l'Accord TRIPs.

5. En matière de brevets (couverts par la section 5 de la partie II du TRIPs, articles 27 à

34), la Commission expose que font partie de l'ordre juridique communautaire tant la convention de Munich du 5 octobre 1973 sur la délivrance de brevets européens, que l'Accord de Luxembourg du 15 décembre 1989 en matière de brevets communautaires (JO L 401, p. 1), signé par les États membres mais non encore entré en vigueur. Elle fait valoir que la Communauté a le pouvoir d'adopter des dispositions dans le domaine du droit des brevets, lorsque ces dispositions sont nécessaires au bon fonctionnement du marché intérieur. D'ailleurs, le Conseil a adopté le règlement (CEE) n° 1768/92, du 18 juin 1992, concernant la création d'un certificat complémentaire de protection pour les médicaments (JO L 182, p. 1), et a arrêté une position commune sur la proposition de directive concernant la protection juridique des inventions biotechnologiques, qui harmonise le droit des États membres en ce qui concerne la brevetabilité du matériel biotechnologique.

6. En matière de topographie de circuits intégrés, la Commission relève que la directive 87/54/CEE du Conseil, du 16 décembre 1986, concernant la protection juridique des topographies de produits semi-conducteurs (JO 1987, L 24, p. 36), est, sur le plan interne, le pendant de la section 6 de la partie II du TRIPs (articles 35 à 38 concernant les schémas de configuration des circuits intégrés).

7. Quant à la partie III de l'Accord TRIPs, qui met en place des règles pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle, la Commission souligne que les pouvoirs de la Communauté sur le plan interne dans ce domaine sont aussi étendus que les disposi-

tions des articles 41 à 61 de l'Accord TRIPs. Elle ajoute que les pouvoirs de la Communauté ont déjà été exercés par l'adoption du règlement n° 3842/86, précité, fixant des mesures en vue d'interdire la mise en libre pratique des marchandises de contrefaçon.

En synthèse, pour la Commission, *toutes* les dispositions de l'Accord TRIPs trouvent leur pendant, sur le plan interne, dans des dispositions du droit communautaire dérivé.

ii) Sur les compétences qui pourraient être déduites de dispositions du traité à caractère général (articles 100 A et 235 du traité CE)

De manière générale, la Commission fait valoir les mêmes arguments en faveur du recours à l'article 100 A ou à l'article 235 comme base juridique pour la conclusion de l'Accord TRIPs, que ceux qu'elle a avancés à propos du GATS. Le seul argument particulier au TRIPs est le suivant. Comme le TRIPs fixe des règles dans des domaines où il n'y a pas de mesures d'harmonisation communautaire, sa conclusion permettrait de réaliser d'emblée une harmonisation à l'intérieur de la Communauté et, par là, de contribuer à l'établissement et au fonctionnement du marché intérieur.

b) Quant à la nécessité d'une action extérieure de la Communauté

La Commission fait valoir que, si la Communauté n'était qu'une simple partie au TRIPs, parmi d'autres, à côté de ses propres États membres, la cohésion du marché intérieur serait atteinte à un double titre. D'une part, celui-ci subirait une distorsion de la concurrence, d'autre part, les possibilités de concurrence sur le marché des États tiers s'en trouveraient artificiellement faussées.

Selon la Commission, le risque de distorsion des échanges est le suivant: si les États membres étaient libres de négocier et de conclure leurs propres accords dans le domaine couvert par le TRIPs, ils pourraient alors placer leurs entreprises dans une situation concurrentielle plus favorable que les entreprises d'autres États membres et, partant, donner à leur économie un avantage incompatible avec une concurrence non faussée sur le marché intérieur.

La Commission cite un exemple d'acte de droit dérivé qui ne permet pas aux États membres de négocier librement des accords bilatéraux avec les États tiers.

Dans le cadre de la directive 87/54, précitée, relative à la protection des topographies de

produits semi-conducteurs, les États membres ne peuvent étendre cette protection à des ressortissants d'États tiers qu'à certaines conditions. Cette directive a déjà été utilisée à plusieurs reprises pour étendre la protection des topographies de produits semi-conducteurs sur la base de la réciprocité à une liste limitée de pays satisfaisant aux critères de la directive et offrant le même niveau de protection aux ressortissants de la Communauté. Les États membres ne sont pas autorisés à déroger aux dispositions des décisions du Conseil qui offrent cette protection. La raison en est donnée dans le préambule de la directive où il est exposé que les différences qui caractérisent la protection juridique découlant des législations des États membres ont des effets négatifs directs sur le fonctionnement du marché commun.

En ce qui concerne le risque d'atteinte à la cohérence globale des règles communautaires en cas de compétence partagée, la Commission fait valoir que l'adoption de l'Accord TRIPs tant par les États membres, en leur propre nom, que par la Communauté, est susceptible d'« affecter » le droit communautaire ou d'en « altérer la portée », au sens de la jurisprudence AETR, pour les raisons suivantes.

Premièrement, même s'il ne fixe que des exigences minimales, le TRIPs « affecterait » néanmoins le droit communautaire dans les domaines où le niveau de protection que ce dernier assure est inférieur à celui prévu par le TRIPs.

Deuxièmement, même si le TRIPs ne prévoit qu'un niveau de protection minimal, celui-ci devra être étendu à tous les Membres dudit accord. Si les États membres pouvaient négocier avec les États tiers, en dehors du cadre communautaire, pour étendre aux ressortissants des pays tiers la protection de la propriété intellectuelle, il y aurait des divergences et des conflits potentiels entre leurs régimes extérieurs dans ce domaine et celui de la Communauté.

Troisièmement, même si le TRIPs ne prévoit que des exigences minimales, les règles communautaires dans le domaine de la propriété intellectuelle ne fixent pas, pour leur part, un niveau de protection minimal. Se référant à l'avis 2/91, précité, dans lequel la Cour aurait estimé que la simple coexistence de règles internationales et de règles communautaires couvrant le même domaine est susceptible d'affecter le droit communautaire, même en l'absence de contradiction entre elles, la Commission en déduit que la conclusion du TRIPs par les États membres « affecterait » les règles communautaires existantes.

Quatrièmement, le TRIPs laisse à ses Membres la faculté d'élever leur niveau de protection pour autant que la nouvelle protection qui en résulte reste conforme aux dispositions minimales de l'Accord. Puisque la Communauté applique, pour sa part, le principe de l'épuisement national ou « communautaire », il suffirait qu'un État membre adopte le principe de l'« épuisement international » prévu dans le TRIPs pour que les

règles communautaires et le fonctionnement du marché intérieur en soient affectés.

Enfin, si le TRIPs était conclu et par la Communauté et par les États membres, sur la base d'une compétence partagée, cela affecterait gravement le droit communautaire, car cela reviendrait en pratique à « geler » ou à écarter les règles communautaires d'harmonisation dans le domaine d'Application de l'accord. Il y aurait également « affectation » du droit communautaire dans la mesure où les États membres continueraient à se prévaloir de l'exception de l'article 36 du traité CE pour protéger l'« objet » spécifique des droits de propriété intellectuelle, ce qui empêcherait l'harmonisation au niveau communautaire et l'établissement ou le fonctionnement du marché intérieur.

2. Positions des parties ayant présenté des observations

Le *Conseil* analyse tout d'abord l'état de l'action législative de la Communauté en matière de propriété intellectuelle. Il distingue quatre « blocs » de législation communautaire.

— Le premier « bloc » est constitué par les mesures communautaires arrêtées, notamment, sur la base de l'article 43 du traité CE, qui portent sur la protection des indications géographiques.

Le Conseil estime que la portée de ce premier « bloc » coïncide avec celle de la section 3 de la partie II du TRIPs, relative aux indications géographiques, et il considère que les conditions pour que joue une compétence externe implicite en application de la jurisprudence AETR sont généralement réunies dans ce cas.

Conseil, du 16 décembre 1986, concernant la protection juridique des topographies de produits semi-conducteurs (JO L 24, p. 36), et première directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques (JO L 40, p. 1)].

- Le deuxième « bloc » de législation est constitué par les mesures communautaires d'harmonisation des législations nationales arrêtées sur la base de l'article 100 A du traité ainsi que, dans certains cas, sur la base des articles 57 et 66, et qui portent sur certains aspects du régime de la propriété intellectuelle.

Selon le Conseil, la portée du deuxième « bloc » de législation ne recoupe que très partiellement les domaines couverts par les sections 1 et 2 de la partie II du TRIPs (droit d'auteur et marques). Le Conseil relève que, en revanche, aucune mesure d'harmonisation n'a été adoptée dans le domaine des dessins et modèles industriels et des brevets (couvert par les sections 4 et 5 de la partie II du TRIPs).

Il s'agit des directives sur le droit d'auteur et droits voisins [directive 92/100/CEE du Conseil, du 19 novembre 1992, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle (JO L 346, p. 61); directive 93/83/CEE du Conseil, du 27 septembre 1993, relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble (JO L 248, p. 15); directive 93/98/CEE du Conseil, du 29 octobre 1993, relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins (JO L 290, p. 9); directive 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (JO L 122, p. 42); directive 87/54/CEE du

En toute hypothèse, l'adoption de dispositions de droit communautaire n'impose pas l'obligation de les appliquer à des ressortissants de pays tiers, alors que, précisément, le TRIPs a pour objet de préciser les règles minimales qui devront être appliquées aux ressortissants de ces pays.

- Le troisième « bloc » de législation communautaire est constitué par les mesures communautaires qui visent à créer, pour certains aspects des droits de propriété intellectuelle, un régime communautaire

de protection s'ajoutant aux régimes établis par chaque législation nationale. Il s'agit du règlement (CEE) n° 1768/92 du Conseil, du 18 juin 1992, concernant la création d'un certificat complémentaire de protection pour les médicaments (JO L 182, p. 1), et du règlement n° 40/94, précité, sur la marque communautaire.

Les mesures comprises dans ce troisième « bloc » ne visent, selon le Conseil, qu'à instituer un régime communautaire de protection se superposant aux régimes nationaux. Il estime en conséquence que, si la théorie des pouvoirs implicites dégagée par l'arrêt AETR peut jouer par rapport aux règlements communautaires, elle ne le peut que dans la mesure de l'objet de ces régimes complémentaires et ne s'étend pas à ce qui continue à faire l'objet des régimes nationaux des marques (harmonisés pour partie) et des brevets (non harmonisés).

- Le quatrième « bloc » de législation est constitué par le règlement n° 3842/86, précité, sur les mesures en vue d'interdire la mise en libre pratique des marchandises de contrefaçon.

Selon le Conseil, ce règlement correspond uniquement à certaines dispositions de la partie III de l'Accord TRIPS (partie rela-

tive aux moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle), à savoir celles qui ont trait à l'interdiction de mise en circulation des marchandises de contrefaçon (articles 51 à 60 du TRIPS). En revanche, l'essentiel des dispositions de cette partie III continue de relever de la compétence des États membres (articles 41 à 50 et 61). Il en est spécialement ainsi de celles qui concernent l'institution de sanctions pénales (article 61 du TRIPS).

Le Conseil estime, dès lors, que la jurisprudence AETR peut jouer seulement dans la — faible — mesure où le règlement interdisant la mise en libre pratique de marchandises de contrefaçon recoupe quelques dispositions de l'Accord TRIPS.

Le Conseil en déduit que la Communauté et les États membres sont conjointement compétents pour conclure l'Accord TRIPS.

Le gouvernement du Royaume-Uni souligne d'abord, quant à lui, que chaque fois qu'elle a pris des initiatives législatives dans le domaine de la propriété intellectuelle, la Communauté a pris soin de reconnaître le maintien des droits nationaux de propriété intellectuelle.

En conséquence, chaque État membre conserve son propre système juridique de protection des brevets, des marques, des

droits d'auteur et des dessins. Le gouvernement du Royaume-Uni insiste sur un point: même la marque communautaire et même le brevet communautaire (lorsqu'il sera introduit) coexisteront avec les droits nationaux, les laissant intacts pour l'essentiel.

Ensuite, le gouvernement du Royaume-Uni relève que les règles communautaires portant sur le contenu des droits de propriété intellectuelle sont rares. Il existe peu d'exemples d'harmonisation des règles nationales définissant l'objet spécifique de la propriété intellectuelle. Le Royaume-Uni en cite deux: la directive 89/104, précitée, sur la marque et la directive 87/54, également précitée, sur la topographie des produits semi-conducteurs.

En ce qui concerne notamment le droit d'auteur et les droits voisins, le Royaume-Uni relève qu'un certain nombre de dispositions du TRIPs porte sur le contenu ou l'objet spécifique du droit d'auteur et des droits voisins, alors qu'il n'y a eu aucune tentative d'harmonisation au niveau communautaire sur ces points. Il en déduit que « c'est aux États membres qu'il incombe de définir le contenu du droit d'auteur et des droits voisins dans leur législation interne, en se référant ou non à la convention » (de Berne).

Le Royaume-Uni rappelle également, quant au droit d'auteur, que l'article 9 de l'Accord TRIPs exige de ses Membres le respect des articles 1^{er} à 21 de la convention de Berne. Comme la Communauté n'est pas, en tant

que telle, partie à la convention de Berne, la décision de conclure un accord engageant les États à respecter les principes de la convention dans leurs relations avec des pays tiers relève du seul pouvoir des États membres.

En ce qui concerne les brevets, le Royaume-Uni rappelle qu'il n'existe aucune harmonisation au niveau communautaire. A la Commission, qui s'appuie sur la convention relative au brevet communautaire, le gouvernement du Royaume-Uni rétorque que cette convention — qui n'est pas entrée en vigueur — a été négociée au niveau intergouvernemental et non au niveau communautaire, et qu'elle laisse intacts les systèmes nationaux de brevets.

Outre les domaines des brevets et des droits d'auteur, le Royaume-Uni cite, notamment, trois domaines du droit de la propriété intellectuelle que couvre l'Accord TRIPs et pour lesquels il n'existe aucune mesure communautaire d'harmonisation: les dessins et modèles industriels, la protection des renseignements non divulgués et les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle.

Le Royaume-Uni souligne que, même là où il y a eu harmonisation au niveau communautaire des règles nationales, la portée en est limitée par une référence explicite aux législations des États membres ou par la reconnaissance implicite que les États membres

peuvent continuer de mettre en œuvre leur propre système de protection de la propriété intellectuelle dans les domaines qui ne sont pas couverts par la législation communautaire.

des brevets, aux marques, à la concurrence déloyale, aux secrets des affaires, à la protection des semi-conducteurs ou au droit du contrat (article 9, paragraphe 1).

Il cite, à cet égard, plusieurs exemples.

a) Les dispositions de la directive 87/54, précitée, sur la topographie des semi-conducteurs ne portent pas atteinte aux droits conférés par les États membres en application des obligations qui leur incombent en vertu des accords internationaux.

b) La directive 89/104, précitée, sur les marques ne vise pas un rapprochement intégral des législations concernées des États membres, mais seulement le rapprochement des dispositions qui ont l'incidence la plus directe sur le fonctionnement du marché interne (troisième considérant). Les États membres gardent, notamment, le droit de protéger les marques commerciales acquises par l'usage.

c) La directive 91/250, précitée, sur la protection juridique des programmes d'ordinateur, ne porte pas atteinte aux dispositions nationales relatives aux droits tirés

d) La directive 92/100, précitée, relative au droit de location et de prêt, laisse entier le pouvoir d'appréciation des États membres sur l'opportunité d'imposer aux sociétés de gestion collective l'obligation de n'exiger qu'une rémunération équitable, ainsi que la détermination des personnes redevables (article 4).

e) La directive 93/83, précitée, relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble, permet aux États membres de conférer aux titulaires des droits en cause une protection plus importante que le droit de s'opposer à une diffusion, prévu à l'article 8 de la directive 92/100 (article 6).

De manière générale, le gouvernement du Royaume-Uni relève encore que, sous réserve de certaines exceptions qu'il précise, aucune des mesures communautaires en matière de propriété intellectuelle ne traite des questions de réciprocité, de reconnaissance mutuelle ou des droits à accorder aux ressortissants de pays tiers dans la Communauté.

En conclusion, il estime que la Communauté et les États membres ont une compétence conjointe pour prendre part à la conclusion de l'Accord TRIPs. La Communauté est, certes, compétente pour participer à la conclusion du TRIPs, au titre de la doctrine des pouvoirs implicites, étant donné que certains aspects limités de cet accord sont couverts par des mesures internes prises en application des articles 100 A et 235 du traité CE, mais les États membres sont également compétents, car ils conservent une compétence interne importante dans les matières qui font l'objet du TRIPs.

En ce qui concerne le TRIPs et les pouvoirs implicites, les États membres autres que le Royaume-Uni se rallient, d'une manière générale, aux observations du Conseil. Seuls les gouvernements allemand, espagnol, français, portugais et néerlandais développent un peu cette question.

Le *gouvernement allemand* soutient que le TRIPs doit être conclu sous la forme d'un accord mixte. D'une part, la Communauté est compétente dans la mesure où elle a légiféré dans le domaine de la propriété intellectuelle. D'autre part, les États membres sont également compétents pour trois raisons. Le droit d'auteur reste non harmonisé dans une grande mesure; ce sont les États qui ont adhéré aux conventions internationales en la matière; les obligations qui résultent de l'Accord TRIPs ne peuvent, pour la plupart, être remplies que par les États membres (il s'agit notamment de l'obligation d'organiser des procédures administratives, civiles et même pénales pour l'application des différents droits de propriété intellectuelle).

Le *gouvernement espagnol* considère également que le TRIPs doit être conclu sous la forme d'un accord mixte. En effet, d'abord la réglementation communautaire ne couvre que certains aspects des droits de propriété intellectuelle et industrielle. Ensuite, elle n'a pas toujours pour objet d'harmoniser des législations nationales. Ainsi, le règlement n° 40/94, précité, sur la marque communautaire laisse intactes les législations nationales en matière de marque; il crée simplement un régime de protection spécifique pour la marque communautaire qui coexiste avec les marques nationales. Enfin, certaines dispositions communautaires en la matière se bornent à établir une protection minimale. Les États membres conservent alors la faculté d'arrêter des mesures plus restrictives [voir par exemple l'article 18 du règlement (CEE) n° 823/87 du Conseil, du 16 mars 1987, établissant des dispositions particulières relatives aux vins de qualité produits dans des régions déterminées (JO L 84, p. 59)].

Le *gouvernement espagnol* estime également que les dispositions du TRIPs relatives aux mesures à prendre pour garantir une protection efficace des droits de propriété intellectuelle et industrielle, telles que la garantie d'une procédure loyale et équitable, la présentation de moyens de preuve, le droit d'être entendu, la motivation des décisions, le droit de recours, les mesures provisoires et conservatoires, les actes d'office des autorités douanières, les dommages-intérêts et les sanctions pénales relèvent de la compétence des États membres. En effet, l'ordre juridique communautaire ne contiendrait aucune disposition sur ces points.

Par ailleurs, le gouvernement espagnol critique la référence faite par la Commission à l'article 36 du traité. Selon lui, elle est hors de propos. L'article 36 est uniquement applicable au commerce « entre les États membres » et ne s'applique pas, en conséquence, aux limitations apportées aux importations en provenance des pays tiers pour des raisons de protection de la propriété intellectuelle (voir l'arrêt du 15 juin 1976, EMI, 96/75, Rec. p. 913).

Le *gouvernement français*, quant à lui, s'en remet aux observations du Conseil.

Il souligne cependant que, pour les brevets, qui constituent l'essentiel de l'Accord TRIPs, la position de la Commission est critiquable. Il rappelle que, à l'échelle européenne, toute la matière est régie par des conventions internationales dont la principale en pratique (la convention de Munich, précitée, sur la délivrance de brevets européens) dépasse le cadre communautaire, puisque dix-sept pays européens y ont adhéré.

Le gouvernement français ajoute ensuite que l'une des spécificités du TRIPs est qu'il intervient dans un domaine où ont été adoptées depuis longtemps de vastes conventions multilatérales qui subsistent, et qui continuent à être administrées par l'institution spécialisée des Nations unies, l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI). La Communauté n'a jamais prétendu se substituer aux États membres dans ces conven-

tions, elle n'est pas Membre de l'OMPI et n'a pas demandé à le devenir. Si on admettait la thèse de la Commission, les États membres perdraient toute compétence externe parallèle et ne pourraient plus conclure ni administrer désormais des traités bilatéraux ou multilatéraux dans les matières couvertes par le TRIPs.

En ce qui concerne le TRIPs, le *gouvernement portugais* renvoie lui aussi aux observations du Conseil.

Il souligne simplement qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour (arrêts EMI et Phil Collins e. a., précités) que, en l'état actuel du droit communautaire et en l'absence de dispositions communautaires d'harmonisation des législations, il appartient aux États membres de fixer les conditions et les modalités de la protection de la propriété littéraire et artistique. D'après lui, les mesures d'harmonisation communautaire ne concernent qu'une partie très limitée des matières couvertes par l'Accord TRIPs (la section 6 de la partie II relative aux topographies de circuits intégrés).

Enfin, le gouvernement portugais insiste sur le fait que la participation des États membres s'impose également par la présence, dans la partie III du TRIPs, de dispositions relatives aux procédures judiciaires (section 2 de la partie III du TRIPs) et de nature pénale (sec-

tion 5 de la partie III du TRIPs), matières relevant de la compétence propre des États membres.

Le *gouvernement néerlandais* estime quant à lui que le TRIPs couvre dans une large mesure des domaines dans lesquels les États membres sont compétents, tant qu'aucune harmonisation n'a été réalisée au niveau communautaire. Il rappelle que le règlement sur la marque communautaire laisse subsister les législations nationales en matière de marques et que, par ailleurs, les règles conventionnelles en matière de brevet ont un caractère intergouvernemental.

Il insiste, par ailleurs, sur le fait que le TRIPs couvre des matières dans lesquelles les États

membres possèdent une compétence exclusive, notamment l'article 61 du TRIPs, relatif aux procédures pénales. A la différence de tous les autres États membres, le gouvernement néerlandais se réfère aux dispositions du titre VI du traité sur l'Union européenne, relatives à la coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures. D'après lui, en accordant aux dispositions relatives au droit pénal une place distincte de celle attribuée aux dispositions du traité CE, la conférence intergouvernementale a clairement indiqué que ce domaine relève de la compétence des États membres.

Ces seules raisons suffisent, selon lui, à rendre nécessaire la participation des États membres à la conclusion de l'Accord TRIPs. Cela est d'autant plus important que seuls les États membres peuvent être tenus pour responsables du respect des obligations qui, dans cette matière, résultent de l'Accord.

XIII — Problème de la représentation de certains territoires dépendant d'États membres mais n'appartenant pas à la Communauté

Quant à la situation des territoires dépendants, dont les relations extérieures sont assurées par certains États membres, il ne fait pas de doute, selon la *Commission*, que les États membres concernés ont la capacité de conclure l'Accord OMC au nom de ces territoires, dans la mesure où ces derniers peuvent être eux-mêmes parties à l'Accord OMC.

pétents pour la conclusion et l'exécution des accords pour les territoires auxquels les traités instituant les Communautés européennes ne s'appliquent pas, c'est-à-dire aux territoires d'outre-mer.

Le *Conseil* expose que, en ce qui concerne le GATT, certains États membres restent com-

Le *gouvernement du Royaume-Uni* fait observer qu'il est seul compétent pour

conclure l'Accord OMC au nom de ceux de ses territoires dépendants qui ne sont pas individuellement Membres de l'OMC. Il se réfère à l'avis 2/91, précité (point 35).

Le *gouvernement français* souligne, en se référant au même avis, que, lorsque les dispositions d'un accord international échappent au domaine assigné au régime d'association des pays et territoires d'outre-mer, les États membres qui assurent les relations internationales de ces territoires sont compétents pour conclure l'accord en cause.

L'Accord OMC et les accords qui y sont annexés échappent en de nombreux points au domaine assigné au régime d'association des pays et territoires d'outre-mer. Cela tient, en premier lieu, au champ d'application matériel de l'Accord OMC et de ses annexes: des secteurs spécifiques tels que la prestation de services en matière de transports, mais aussi la propriété intellectuelle, ne relèvent pas actuellement du régime d'association avec les PTOM (pays et territoires d'outre-mer). Cela résulte également du champ d'application « personnel » de l'Accord OMC et de ses annexes. En effet, les échanges de produits entre les pays et territoires d'outre-mer et les pays tiers, ainsi que l'établissement et la prestation de services de ressortissants ou d'entreprises de pays tiers, pour autant que ces derniers ne soient pas établis dans un État membre de la Communauté, ne relèvent pas des dispositions du régime d'association avec les PTOM.

Le *gouvernement néerlandais* estime que, quelle que soit la répartition finale des compétences entre la Communauté et les États membres, les États membres ayant des liens avec des pays et territoires d'outre-mer sont, au moins, habilités, pour défendre les intérêts de ces pays et territoires, à conclure l'Accord OMC de manière autonome et, lors de l'application de cet accord, à agir au bénéfice de ces pays et territoires.

Il rappelle à cet égard la jurisprudence de la Cour dans les avis 1/78, précité, relatif à l'accord international sur le caoutchouc naturel, et 2/91, également précité, relatif à la convention n° 170 de l'OIT.

Ensuite, il fait état de la déclaration relative à la représentation des pays et territoires d'outre-mer visés à l'article 227, paragraphes 3 et 5, sous a) et b), du traité CE, adoptée lors de la conclusion du traité sur l'Union européenne. Il interprète cette déclaration comme valant pour tous les chapitres du traité sur l'Union européenne¹⁴. D'après lui, en vertu de cette déclaration, l'État membre qui repré

14 — « La conférence, notant que, dans des circonstances exceptionnelles, il peut y avoir des divergences entre les intérêts de l'Union et ceux des pays et territoires d'outre-mer visés à l'article 227, paragraphes 3 et 5, points a) et b) du traité instituant la Communauté européenne, convient que le Conseil s'efforcera de trouver une solution conforme à la position de l'Union. Cependant, au cas où cela s'avérerait impossible, la conférence convient que l'État membre concerné peut agir séparément dans l'intérêt desdits pays et territoires d'outre-mer sans que cela porte atteinte à l'intérêt de la Communauté. Cet État membre informera le Conseil et la Commission lorsqu'une telle divergence d'intérêts risque de se produire et, si une action séparée est inévitable, indiquera clairement qu'il agit dans l'intérêt d'un territoire d'outre-mer mentionné ci-dessus. La présente déclaration s'applique également à Macao et au Timor oriental. »

sente internationalement des territoires dépendants doit veiller, dans la mesure du possible, à ce que son intervention n'aille pas à l'encontre de la position générale adoptée

par la Communauté en la matière. Ces principes valent aussi, selon le gouvernement néerlandais, dans le cadre de la gestion de l'Accord OMC.

XIV — Incidence de la question de la compétence sur les modalités d'expression des points de vue au sein de l'OMC

La *Commission* relève qu'elle a accepté que les États membres deviennent Membres de l'OMC, car elle a estimé opportun, pour des raisons politiques, de maintenir la situation qui existait dans le cadre du GATT, à savoir une appartenance conjointe des Communautés européennes et des États membres, cimentée par la discipline communautaire quant aux positions à prendre au sein du GATT.

Elle estime que la conclusion de l'Accord par la seule Communauté aura pour conséquence que les États membres, qui deviendront Membres à part entière de l'OMC, conformément aux articles XI et XIV de l'Accord OMC (voir ci-dessus II. Statut des Communautés européennes dans l'OMC), ne pourront plus exercer la totalité des leurs droits souverains au sein de l'OMC, mais seront soumis, en tant que Membres de l'OMC, aux procédures communautaires résultant de l'article 113 ou des autres dispositions pertinentes du traité CE. La Commission leur servira donc de porte-parole, et des positions officielles ne pourront être prises au sein de l'OMC que sur la base des procédures de l'article 113 (ou de tout autre article pertinent du traité). Les États membres ne pourront s'exprimer et prendre position que dans la

mesure où ils y seront spécialement autorisés, ou s'ils s'expriment au nom de l'un de leurs « territoires dépendants ». Telle est d'ailleurs la situation actuellement au sein du GATT.

La Commission soutient que, si les États membres conservaient certains pouvoirs pour le GATS ou pour le TRIPs, ils pourraient tout comme la Communauté se trouver dans l'impossibilité juridique d'exercer le droit de prendre des mesures de rétorsion croisée. Ainsi, dans l'hypothèse où un État membre, dans sa sphère de compétence, aurait été dûment autorisé à prendre des mesures de rétorsion mais estimerait qu'elles seraient inefficaces si elles étaient prises dans les domaines couverts par le GATS ou par le TRIPs, il ne disposerait pas, au regard du droit communautaire, du pouvoir de prendre des mesures de rétorsion dans le domaine du commerce des marchandises, puisque cette matière relève, en tout état de cause, de la compétence exclusive de la Communauté, au titre de l'article 113 du traité. Inversement, si la Communauté obtenait le droit de rétorsion dans le domaine des marchandises, mais s'estimait incapable de l'exercer, elle se trouverait dans l'impossibilité juridique de prendre des mesures de rétorsion dans le domaine

des services ou du TRIPs, car les pouvoirs nécessaires seraient réservés aux États membres.

Selon la Commission, reconnaître aux États membres des compétences dans le domaine du GATS et du TRIPs pourrait aboutir à des situations inéquitables tant pour les États membres que pour la Communauté. Ainsi, dans l'hypothèse où un pays tiers obtiendrait un droit de rétorsion à l'égard de la Communauté pour une infraction au GATT ou à l'un des accords sur les marchandises, mais où — selon la procédure de l'article 22 de l'accord sur le règlement des différends — il aurait été finalement autorisé à prendre des mesures de rétorsion dans le domaine relevant de la compétence des États membres dans le cadre du GATS ou du TRIPs, des États membres seraient punis pour une infraction imputable à la seule Communauté. De même, la Communauté pourrait se voir frappée par des mesures de rétorsion dans le secteur des marchandises pour une infraction commise par l'un de ses États membres dans le cadre du GATS ou du TRIPs.

Le Conseil conteste fermement que la détermination des modalités de participation de la Communauté et de ses États membres à l'OMC soit une question d'ordre politique. Il estime que la participation conjointe de la Communauté et des États membres à l'OMC est justifiée juridiquement et peut se faire dans le respect du principe de cohérence de l'action extérieure de l'Union consacré par

l'article C, deuxième alinéa¹⁵, et J.1, paragraphe 4, deuxième et troisième phrases¹⁶, du traité sur l'Union européenne, l'article 5 du traité CE, ainsi que des conditions posées par la Cour de justice dans son avis 2/91, précité.

Le Conseil déclare être conscient de l'obligation juridique qu'ont les institutions communautaires et les États membres de trouver des formules qui garantissent une action commune, coordonnée et cohérente de la Communauté et des États membres. Il concède ne pas être en mesure actuellement de présenter un texte définissant de telles formules de participation. Il en impute la responsabilité à la Commission qui, vu sa position « absolutiste » sur la compétence exclusive de la Communauté à conclure l'Accord OMC et ses annexes, aurait refusé de participer à une discussion de ce problème.

A son avis, ce problème n'est pas insurmontable. Les négociations du Cycle d'Uruguay ont été menées pour la Communauté et ses États membres de manière à assurer l'unité d'action. La gestion des accords au sein de l'OMC sera probablement moins compliquée que les négociations.

15 — « L'Union veille, en particulier, à la cohérence de l'ensemble de son action extérieure dans le cadre de ses politiques en matière de relations extérieures, de sécurité, d'économie et de développement. Le Conseil et la Commission ont la responsabilité d'assurer cette cohérence. Ils assurent, chacun selon ses compétences, la mise en œuvre de ces politiques. »

16 — En vertu de cet article, les États membres « s'abstiennent de toute action contraire aux intérêts de l'Union ou susceptibles de nuire à son efficacité en tant que force cohérente dans les relations internationales. Le Conseil veille au respect de ces principes ».

Rien n'autoriserait la Commission à supposer que les exigences énoncées dans le traité sur l'Union, les traités et la jurisprudence de la Cour pourraient être transgressés à l'avenir. La Commission peut d'ailleurs faire usage des moyens juridictionnels qui sont à sa disposition (articles 169 et 173 du traité) pour veiller à la conformité au droit communautaire des actes du Conseil et des États membres.

Les États membres ayant présenté des observations abondent dans le sens du Conseil.

Après s'être référé à l'avis 2/91, précité, et à l'article C, deuxième alinéa, du traité sur l'Union européenne, comme l'a fait le Conseil, le *gouvernement du Royaume-Uni* souligne que le type d'association étroite, préconisée par ces textes, caractérisait précisément les négociations du Cycle d'Uruguay. Celles-ci ont montré qu'il est possible de trouver et de faire fonctionner efficacement un système de négociation avec des pays tiers respectant les compétences de la Communauté et des États membres.

Relevant que le nombre de voix de la Communauté est directement et exclusivement fonction de l'appartenance des États membres à l'OMC, le *gouvernement français* considère, comme le Conseil, que l'appartenance des États membres se justifie non par de prétendues raisons politiques, mais par l'existence des compétences qu'ils détiennent, autrement dit par le caractère non exclusif de

la compétence de la Communauté pour conclure cet accord.

Le *gouvernement néerlandais*, qui se réfère à l'avis 2/91, précité, à l'obligation de loyauté communautaire formulée par l'article 5 du traité CE, ainsi qu'à la nécessité d'assurer la cohérence de l'action extérieure de l'Union, évoquée à l'article C, deuxième alinéa, du traité sur l'Union européenne, estime que le Conseil, la Communauté et les États membres pourraient s'entendre sur tous les aspects de l'action à mener dans le cadre de l'OMC, tels que le rapprochement mutuel des points de vue, l'exercice de la fonction de porte-parole au cours des négociations et l'intervention dans le cadre de l'arbitrage des différends.

Il souligne que l'élaboration d'un tel arrangement, dans le respect des compétences communautaires et nationales existantes, est une affaire interne, à régler entre la Communauté et les États membres, qui ne change rien au fait que la Communauté ne dispose pas de compétences exclusives dans les matières couvertes par l'Accord OMC.

Le *gouvernement espagnol* reconnaît, pour le cas d'une participation conjointe des États membres de la Communauté à la conclusion de l'Accord OMC et de ses annexes, la

nécessité de coordonner l'action actuelle et future de la Communauté et des États membres au sein de la nouvelle organisation. Il cite, à cet égard, la même jurisprudence (avis 1/78 et 2/91) et les mêmes textes conventionnels que les autres gouvernements ayant déposé des observations (devoir de loyauté communautaire énoncé à l'article 5 du traité CE).

Le *gouvernement hellénique* souligne simplement qu'une participation conjointe de la Communauté et des États membres aux procédures de prise de décision de l'OMC ne pourra fonctionner que si le principe de cohérence de l'action extérieure de l'Union européenne — que consacre l'article C, deuxième alinéa, du traité sur l'Union européenne — est respecté.

XV — Questions d'ordre budgétaire et financier

En ce qui concerne les dispositions financières de l'Accord OMC, la *Commission* souligne que les dépenses de fonctionnement de l'OMC, bien que vitales pour la bonne marche de l'Organisation, n'occupent pas, au sein de l'Accord, la place centrale qui était celle des dispositions financières dans l'économie de l'accord sur le caoutchouc naturel, objet de l'avis 1/78, précité (point 55). Le budget de l'OMC est une simple conséquence de la poursuite des objectifs généraux de l'Organisation.

Pour le cas où la Cour serait néanmoins d'avis que les États membres peuvent contribuer en leur propre nom au budget de l'OMC, la Commission souligne que les compétences partagées qui en résulteraient demeureraient limitées aux aspects budgétaires et financiers de la nouvelle organisation.

Le *gouvernement portugais* estime que l'une des raisons déterminantes pour qu'un accord international soit conclu de manière conjointe mais autonome par la Communauté et les États membres est le financement national des dépenses résultant de l'application du traité. La jurisprudence communautaire aurait confirmé cette interprétation dans l'avis 1/78, précité.

Par conséquent, même si le paiement des contributions fixées devait être effectué par les États membres, cela ne pourrait remettre en cause la compétence exclusive de la Communauté pour conclure l'Accord OMC: les États membres exécuteraient simplement pour le compte de la Communauté des obligations internationales que celle-ci était seule habilitée à contracter.

Le *gouvernement portugais* souligne que les États membres financeront les dépenses résultant de la création et du fonctionnement de l'OMC, étant donné qu'ils en sont Mem-

bres originaires (voir article XI de l'Accord instituant l'OMC). Il estime que ce fait suffit à justifier la participation des États membres à la conclusion de l'Accord, et ce pour deux raisons.

La première raison est tirée du droit communautaire: dans la pratique communautaire, l'une des raisons déterminantes pour qu'un accord international soit conclu par la Communauté et par les États membres est que le financement des dépenses résultant de l'application du traité incombe aux États membres.

Contrairement à ce que prétend la Commission, il importerait peu que le financement occupe une place essentielle dans l'économie de l'Accord (comme c'était le cas dans l'accord sur le caoutchouc naturel qui a donné lieu à l'avis 1/78) ou non. Ainsi, une série d'accords internationaux sur les produits de base auraient été conclus, postérieurement à l'avis 1/78, selon la formule de l'accord mixte, parce que la responsabilité

financière incombait aux budgets nationaux, alors même que les contributions ne visaient qu'à couvrir les dépenses inhérentes au fonctionnement des organismes créés pour gérer les accords en question. Inversement, des accords analogues auraient pris une forme purement communautaire pour la seule raison qu'il était prévu de mettre leur financement à la charge du budget communautaire.

En faveur de la participation des États membres à la conclusion de l'Accord OMC, le gouvernement portugais avance une seconde raison, tirée de son propre droit constitutionnel. En vertu de l'article 164, sous j), de la Constitution de la République portugaise, il appartiendrait à l'Assemblée de la République d'approuver les traités internationaux prévoyant la participation du Portugal à des organisations internationales et, ensuite, au président de la République de les ratifier (voir article 137, sous b). Selon lui, l'adhésion du Portugal aux Communautés européennes ne saurait faire échec à l'application de ces dispositions constitutionnelles, au moins dans les cas où la participation du Portugal à des organisations internationales implique des contributions financières à la charge du budget national.

XVI — Réponses proposées par la Commission, le Conseil et les États ayant présenté des observations, aux questions posées dans la demande d'avis

Au vu des considérations qui précèdent, la Commission et les parties ayant présenté des observations proposent les réponses suivantes aux questions posées.

La *Commission* conclut:

« — les parties de l'Accord instituant l'Organisation Mondiale du Commerce

(OMC) qui concernent le commerce des marchandises, c'est-à-dire l'accord du GATT de 1994 et ses annexes, relèvent de la compétence exclusive de la Communauté dans le cadre de l'article 113 du traité CE, à l'exception probablement de certains aspects relatifs aux produits CECA;

Le Conseil tire les conclusions suivantes:

« Quant à la procédure

- la partie de l'Accord OMC relative au commerce des services (GATS) relève également de la compétence exclusive de la Communauté, dans le cadre de l'article 113 du traité CE ou des articles 235 et/ou 100 A dudit traité et, le cas échéant, en application du principe des pouvoirs implicites au sens de la doctrine de l'avis 1/76 et de la doctrine AETR;

Le Conseil s'en remet à la sagesse de la Cour de justice sur le point de savoir si, dans les circonstances particulières de l'espèce — s'agissant d'un accord non 'envisagé' mais déjà signé sous réserve de conclusion — la demande d'avis (préalable) est recevable. Il estime, en tout état de cause, indispensable que les questions posées par la Commission soient reformulées par la Cour.

Quant au fond

- la partie de l'Accord OMC qui concerne le commerce dans le domaine des droits de propriété intellectuelle (TRIPs) relève elle aussi de la compétence exclusive de la Communauté dans le cadre de l'article 113 du traité CE ou des articles 100 A et/ou 235 dudit traité et, le cas échéant, en application du principe des pouvoirs implicites au sens de la doctrine de l'avis 1/76 et de la doctrine AETR. »

La Communauté détient une compétence exclusive à l'égard de la quasi-totalité de l'accord GATT, sauf exceptions, en particulier pour ce qui concerne le régime applicable aux produits relevant du traité CECA et pour les territoires d'outre-mer non couverts par les traités communautaires. Par ailleurs, la Communauté détient une compétence exclusive, en application de la jurisprudence AETR, à l'égard de certains aspects particuliers des accords GATS et TRIPs.

En outre et surtout, dans la mesure où le Conseil a d'ores et déjà décidé de ne pas exer-

cer la compétence potentielle de la Communauté à l'égard des accords GATS et TRIPs, la compétence des États membres est, pour bon nombre des matières couvertes par ces deux accords, prépondérante. Enfin, certaines des matières relevant des accords GATS et TRIPs ne peuvent relever, en tout état de cause, que de la seule compétence des États membres, en l'état actuel du traité. »

Le Conseil suggère:

« dans la mesure où la demande d'avis est recevable, la Cour y répond dans le sens suivant:

La conclusion des accords issus du Cycle d'Uruguay par la Communauté et les États membres conjointement est compatible avec la répartition des compétences établie par les traités instituant les Communautés européennes ».

Le gouvernement du Royaume-Uni conclut ce qui suit:

« 1) La Communauté est compétente pour prendre part à la conclusion de l'Accord

GATS en vertu des articles 54, 57, 66, 75, 84, 99 et 100 A du traité CE.

2) Les États membres sont eux aussi compétents pour prendre part à la conclusion de l'accord GATS.

3) Les États membres sont compétents pour participer à la conclusion de l'accord TRIPs.

4) La Communauté est compétente elle aussi pour prendre part à la conclusion de l'accord TRIPs, en vertu des articles 100 A, 113 et 235 du traité CE.

5) Les États membres sont compétents pour prendre part à la conclusion de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce ».

Le gouvernement français « invite la Cour à répondre à la demande de la Commission que la conclusion de l'Accord OMC (ensemble les accords y annexés) relève à la fois de compétences de la Communauté et de compétences des États membres et que, pour ce

qui concerne la Communauté, la décision ne saurait être fondée sur une base juridique limitée au seul article 113 non plus que sur les seuls articles 100 A, 113 et 235 ».

Le *gouvernement espagnol* invite la Cour à rendre un avis constatant qu'il existe des compétences partagées entre la Communauté et les États membres dans le cadre de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce et que, par conséquent, cet accord a un caractère mixte.

— dans la mesure où les matières visées par l'Accord OMC relèvent en partie de la compétence de la Communauté et pour une autre partie de celle des États membres, la forme de l'accord mixte est non seulement compatible avec le système communautaire de répartition de compétences prévu par les traités de base mais est aussi la seule à assurer l'unité et la cohérence dans la représentation internationale des intérêts de l'Union européenne et des États membres au sein de l'Organisation mondiale du commerce. »

Le *gouvernement allemand* conclut:

Le *gouvernement portugais* conclut:

« — L'Accord OMC dans la partie relative aux services, aux droits de propriété intellectuelle, à la réglementation des échanges commerciaux de produits visés par le traité CECA, régit des matières qui, en partie, relèvent de la compétence concurrente ou propre des États membres;

« les accords GATS et TRIPs, les droits de douane CECA et l'Accord OMC doivent être conclus sous la forme d'*accords mixtes*. Ils doivent être ratifiés par la République fédérale d'Allemagne ».

Le *gouvernement danois* conclut:

— le financement des dépenses de fonctionnement de l'OMC à partir des budgets nationaux est une question réservée à la compétence propre des États membres;

« les Communautés européennes n'ont pas (...) de compétence exclusive pour conclure

l'accord instituant l'organisation mondiale du commerce ».

Le gouvernement hellénique

Selon le gouvernement danois,

« attend de la Cour qu'elle se prononce en faveur des positions défendues par le Conseil ».

« il est loisible aux États membres de décider si la Communauté conclut l'accord. Les États membres peuvent également choisir la forme mixte, de sorte que l'accord soit conclu tant par la Communauté que par les États membres. De l'avis du gouvernement danois, la question de la mise en œuvre de l'accord devrait entrer dans cette appréciation. Dans les domaines dans lesquels les États membres ont l'intention, présentement ou dans l'avenir, de mettre en œuvre cet accord de manière nationale, il n'est pas opportun que la Communauté conclue seule l'accord. Tel est le cas pour certaines parties des accords GATS et TRIPS. Pour les deux domaines qui sont couverts par ces deux accords, le gouvernement danois juge nécessaire de maintenir la compétence mixte et d'ajouter à l'accord l'indication de la base juridique nécessaire ».

Quant au *Parlement européen*, il propose à la Cour de:

« — déclarer que l'accord instituant l'Organisation mondiale du Commerce doit être conclu sur la base de l'article 228, paragraphe 3, deuxième alinéa, du traité CE;

— déclarer que, indépendamment de ce qui vient d'être énoncé, l'article 113 du traité CE ne constitue pas une base juridique suffisante;

— déclarer qu'en aucune manière un recours éventuel à l'article 235 du traité CE ou à la jurisprudence de la Cour de justice ne pourrait être interprété comme pouvant entraîner, pour le Parlement, une obligation juridique de rendre un avis conforme, même dans les cas où la conclusion de l'accord, eu égard à son contenu, serait inacceptable pour le Parlement européen. »

Pour le cas où la Cour considérerait la demande d'avis introduite par la Commission comme recevable, le *gouvernement néerlandais* estime que la conclusion de l'Accord OMC et de ses annexes relève de la compétence conjointe des États membres et de la Communauté.

XVII — Questions posées par la Cour à la Commission, au Conseil et aux États membres et réponses apportées à ces questions

La Cour a décidé d'adresser à la Commission et aux parties ayant présenté des observations les questions suivantes.

crainte de ceux-ci de ne pas pouvoir acquérir la qualité de Membre de l'OMC en l'absence d'une offre « Services » présentée en leur nom. Cette concession, purement politique, n'emporterait pas reconnaissance de la compétence des États membres pour conclure le GATS.

A — Première question

La Commission est priée de répondre à l'argument que le Conseil tire de la façon dont la liste des engagements spécifiques déposée au nom de la Communauté et des États a été confectionnée. D'un examen de ce document, il résulte, en effet, que les conditions mises à la suppression des restrictions à l'accès au marché des services et les limitations apportées à cette suppression varient d'État membre à État membre.

En réponse, la Commission estime que la façon dont l'offre communautaire a été préparée, son contenu et son titre n'ont aucune incidence sur la question de la détermination de la compétence communautaire.

Quant aux variations selon les États membres dans les conditions mises à la suppression des restrictions à l'accès aux marchés des services d'un État membre à l'autre, elles s'expliquent par la méthodologie adoptée par le GATS et par l'inachèvement de l'harmonisation communautaire.

Le GATS aurait pour objectif fondamental de libéraliser les échanges internationaux de services. Toutefois, dans un souci de flexibilité, les articles XVI et XVII du GATS autoriseraient les Membres de l'OMC à inscrire des limitations et des conditions dans leurs listes d'engagements spécifiques. Pour des raisons de transparence, il aurait été jugé préférable d'énumérer les types de restrictions existantes plutôt que d'énoncer une clause générale de « standstill ».

Ainsi, elle aurait accepté que la liste soit déposée au nom de la Communauté et de ses États membres uniquement afin d'apaiser la

L'énumération des restrictions existantes varierait d'État membre à État membre parce

que l'harmonisation communautaire n'a pas été totale et que les États membres disposent encore d'une compétence concurrente dans la sphère interne. Il n'en découlerait pas pour autant que les compétences sur le plan externe sont également partagées.

Le domaine des marchandises offrirait un exemple frappant d'une compétence exclusive externe de la Communauté superposée à une compétence interne pour partie concurrente. Par exemple, la réglementation en matière de barrières techniques au commerce continue à relever pour partie de la compétence des États membres sur le plan interne alors que, dans la sphère internationale, la Communauté dispose d'une compétence exclusive sur la base de l'article 113 du traité. C'est en vertu de cette disposition que la Communauté a conclu le Code sur les barrières techniques du GATT. Si, aujourd'hui, un inventaire de la situation en matière de standards et normes techniques applicables aux marchandises, comparable à la liste d'engagements dans le domaine des services, devait être dressé, la diversité serait considérable. Cela ne remettrait toutefois pas en cause la compétence exclusive de la Communauté de conclure un accord international visant à la libéralisation de ce domaine. La Communauté en conclut qu'aucun argument ne peut être tiré du mode d'élaboration et du contenu des listes d'engagements spécifiques pour déterminer les compétences respectives de la Communauté et des États membres pour conclure le GATS.

B — Deuxième question

Selon le résumé que la Commission fait de l'avis 1/76, la compétence de la Communauté pour prendre des engagements internationaux n'est pas limitée à l'éventualité où la compétence interne a déjà été utilisée, mais peut également exister lorsque les mesures communautaires internes ne sont adoptées qu'à l'occasion de la conclusion et de la mise en vigueur des accords internationaux. La Commission est priée d'indiquer les mesures internes dont l'adoption est envisagée à l'occasion de la conclusion et de la mise en vigueur du GATS et du TRIPS.

La Commission fait valoir que, dans sa proposition d'actes de mise en œuvre des résultats du Cycle d'Uruguay, récemment transmise au Conseil, elle a proposé:

- un amendement des articles 5 et 29 du règlement (CE) n° 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire (JO L 11, p. 1);
- une modification des règlements du Conseil relatifs à la protection des indications géographiques des vins, des vins aromatisés et des boissons spiritueuses [règlements (CEE) n°s 822/87 du Conseil, du 16 mars 1987, portant organisation

commune du marché viti-vinicole (JO L 84, p. 1); 1576/89 du Conseil, du 29 mai 1989, établissant les règles générales relatives à la définition, à la désignation et à la présentation de boissons spiritueuses (JO L 160, p. 1), et 1601/91 du Conseil, du 10 juin 1991, établissant les règles générales relatives à la définition, à la désignation et à la présentation des vins aromatisés, des boissons aromatisées à base de vin et des cocktails aromatisés de produits viti-vinicoles (JO L 149, p. 1)];

— une décision d'étendre la protection de la directive 87/54/CEE du Conseil, du 16 décembre 1986, concernant la protection juridique des topographies de produits semi-conducteurs (JO 1987, L 24, p. 36) aux personnes physiques et morales des pays Membres de l'OMC;

— une proposition modifiée de règlement fixant les mesures en vue d'interdire la mise en libre pratique, l'exportation ou le transit des marchandises de contrefaçon et de marchandises pirates.

La Commission ajoute que, dans l'immédiat, elle s'est limitée à proposer seulement les mesures qui sont absolument nécessaires pour une mise en œuvre correcte de l'Accord OMC et de ses annexes. C'est pourquoi elle n'envisagera qu'ultérieurement des mesures communautaires pour la mise en œuvre du GATS.

C — *Troisième question*

1. La Commission a exposé qu'aucune disposition des chapitres du traité CE sur le droit d'établissement et la libre prestation de services n'oblige le législateur communautaire à faire un usage purement interne (c'est-à-dire à l'égard des ressortissants des États membres) des pouvoirs qui lui sont conférés par ces chapitres. La Commission est priée d'indiquer les cas dans lesquels, et les considérations sur la base desquelles, le législateur communautaire a déjà fait usage de ces pouvoirs à l'égard de ressortissants de pays tiers.

La Commission a fourni une liste de trente-trois actes de droit dérivé, comportant un volet externe. Certains ont été pris dans les domaines bancaire, financier, des assurances et des télécommunications et sont fondés sur les articles 54, 57, paragraphe 2, ou 66, du traité. D'autres ont été adoptés dans le domaine des transports et sont fondés sur l'article 84, paragraphe 2, du traité. Les plus importants des actes cités par la Commission peuvent être regroupés comme suit.

a) Certains actes de droit dérivé prévoient que leurs dispositions s'appliquent également aux succursales communautaires de sociétés d'États tiers, voire arrêtent des dispositions spécifiques pour celles-ci.

Voir:

- l'article 3 de la directive 89/117/CEE du Conseil, du 13 février 1989, concernant les obligations en matière de publicité des documents comptables des succursales, établies dans un État membre, d'établissements de crédit et d'établissements financiers ayant leur siège social hors de cet État membre (JO L 44, p. 40), fondée sur l'article 54 du traité;
- l'article 7 de la onzième directive 89/666/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, concernant la publicité des succursales créées dans un État membre par certaines formes de société relevant du droit d'un autre État (JO L 395, p. 36), fondée sur l'article 54 du traité;
- la directive 91/308/CEE du Conseil, du 10 juin 1991, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, fondée sur les articles 57, paragraphe 2, et 100 A (JO L 166, p. 77);
- la directive 94/19/CE du Parlement européen et du Conseil, du 30 mai 1994, relative aux systèmes de garantie des dépôts (JO L 135, p. 5), fondée sur l'article 57, paragraphe 2, du traité. L'article 6 de cette

directive prévoit que les États membres vérifient si les succursales créées par des établissements de crédit ayant leur siège social hors de la Communauté disposent d'une couverture équivalente à celle prévue par la présente directive. A défaut, les États membres peuvent leur imposer d'adhérer à un système de garantie des dépôts existant sur leur territoire.

b) En matière financière, la réglementation communautaire s'applique à toutes les valeurs mobilières qui sont admises ou font l'objet d'une demande d'admission à la cote officielle d'une bourse de valeurs située ou opérant dans un État membre, même si leur émetteur est établi dans un État tiers.

Voir les articles 1^{er} de la directive 79/279/CEE du Conseil, du 5 mars 1979, portant coordination des conditions d'admission de valeurs mobilières à la cote officielle d'une bourse de valeurs (JO L 66, p. 21) et de la directive 80/390/CEE du Conseil, du 17 mars 1980, portant coordination des conditions d'établissement, de contrôle et de diffusion du prospectus à publier pour l'admission de valeurs mobilières à la cote officielle d'une bourse de valeurs (JO L 100, p. 1), toutes deux fondées sur les articles 54, paragraphe 3, sous g), et 100 du traité.

c) Dans un ordre d'idées très proche, une directive s'applique aux sociétés de pays tiers

dont les actions sont admises à la cote officielle d'une bourse de valeurs communautaire.

Voir la directive 82/121/CEE du Conseil, du 15 février 1982, relative à l'information périodique à publier par les sociétés dont les actions sont admises à la cote officielle d'une bourse de valeurs (JO L 48, p. 26), fondée sur les articles 54, paragraphe 3, sous g), et 100 du traité.

Une autre directive s'applique aux sociétés de pays tiers qui acquièrent ou cèdent une participation importante dans une société qui relève de la législation d'un des États membres et dont les actions sont admises à la cote officielle d'une bourse de valeurs communautaire.

Voir la directive 88/627/CEE du Conseil, du 12 décembre 1988, concernant les informations à publier lors de l'acquisition et de la cession d'une participation importante dans une société cotée en bourse (JO L 348, p. 62), fondée sur l'article 54 du traité.

d) La directive « télévision sans frontières » charge les États membres de veiller à ce que toutes les émissions de radiodiffusion télévisuelle transmises soit par des organismes de radiodiffusion télévisuelle relevant de sa com-

pétence, soit par des organismes de radiodiffusion télévisuelle utilisant une fréquence ou la capacité d'un satellite accordée par cet État membre, ou une liaison montante vers un satellite située dans cet État membre, tout en ne relevant pas de la compétence d'un État membre, respectent le droit applicable aux émissions destinées au public de cet État membre.

Voir l'article 2 de la directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle (JO L 298, p. 23), fondée sur les articles 57, paragraphe 2, et 66, du traité.

e) Certains actes de droit dérivé habiliter la Communauté à coopérer avec les autorités de pays tiers afin de renforcer l'efficacité de la législation communautaire.

Voir:

— la directive du Conseil 92/30/CEE du Conseil, du 6 avril 1992, sur la surveillance des établissements de crédit sur une base consolidée (JO L 110, p. 52), fondée sur l'article 57, paragraphe 2, du traité. L'article 8 habilite le Conseil à

conclure des accords avec les pays tiers dans le but de convenir des modalités d'application de la surveillance sur une base consolidée, d'une part, aux établissements de crédit dont le siège de l'entreprise mère est situé dans un pays tiers, et, d'autre part, aux établissements de crédit situés dans un pays tiers et dont l'établissement de crédit ou la compagnie financière qui en est l'entreprise mère a son siège dans la Communauté;

- la directive 89/592/CEE du Conseil, du 13 novembre 1989, concernant la coordination des réglementations relatives aux opérations d'initiés (JO L 334, p. 30), fondée sur l'article 100 A du traité. L'article 11 habilite la Communauté à conclure des accords avec des États tiers dans les domaines régis par la directive.

f) Certains actes de droit dérivé habilite la Communauté à conclure des accords avec un ou plusieurs pays tiers en vue de convenir de règles plus favorables pour les succursales communautaires de sociétés de ces États tiers que celles prévues par ces actes de droit dérivé, pour autant qu'un traitement comparable est réservé aux succursales de sociétés communautaires dans ces pays tiers (principe de réciprocité). La Commission se réfère à cet égard:

- à l'article 9, paragraphe 3, de la première directive 77/780/CEE du Conseil, du 12 décembre 1977, visant à la coordina-

tion des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice (JO L 322, p. 30), fondée sur l'article 57 du traité;

- à l'article 32 de la première directive 79/267/CEE du Conseil, du 5 mars 1979, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe sur la vie, et son exercice (JO L 63, p. 1), également fondée sur l'article 57 du traité;

- à l'article 29 de la première directive 73/239/CEE du Conseil, du 24 juillet 1973, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, et son exercice (JO L 228, p. 3), fondée sur l'article 57, paragraphe 2, du traité. En application de l'article 29 de cette première directive, un accord a ainsi été conclu avec la Confédération suisse sur la base des articles 57, paragraphe 2, et 235 (JO 1991 L 205, p. 2).

g) D'autres actes de droit dérivé organisent une procédure permanente d'évaluation de l'accès réservé aux opérateurs économiques communautaires aux marchés d'États tiers.

S'il apparaît que les entreprises communautaires n'y bénéficient pas d'un accès au marché comparable à celui qu'offre la Communauté aux entreprises de ces États tiers, la Commission peut engager des négociations avec le pays tiers en question en vue de remédier à la situation, voire proposer au Conseil de fermer le marché communautaire aux filiales communautaires de sociétés de cet État tiers.

La Commission se réfère à cet égard:

- à l'article 8 de la deuxième directive 90/619/CEE du Conseil, du 8 novembre 1990, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie, fixant les dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services et modifiant la directive 79/267/CEE (JO L 330, p. 50);
- à l'article 7 de la directive 93/22/CEE du Conseil, du 10 mai 1993, concernant les services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières (JO L 141, p. 27), fondée sur l'article 57, paragraphe 2, du traité.
- aux articles 8 et 9 de la deuxième directive 89/646/CEE du Conseil, du 15 décembre 1989, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, et modifiant la directive 77/780/CEE (JO L 386, p. 1), fondée sur l'article 57, paragraphe 2;
- à l'article 4 de la directive 90/618/CEE du Conseil, du 8 novembre 1990, modifiant, en ce qui concerne plus particulièrement l'assurance de la responsabilité civile résultant de la circulation des véhicules automoteurs, les directives 73/239/CEE et 88/357/CEE qui portent coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie (JO L 330, p. 44);
- h) En matière financière, des directives du Conseil autorisent la Communauté à conclure des accords avec des pays tiers en vue de reconnaître, moyennant réciprocité, les prospectus établis et contrôlés conformément à la réglementation de ce ou de ces pays tiers en vue d'une admission à la cote ou en vue d'une offre publique.

Voir la directive 87/345/CEE du Conseil, du 22 juin 1987, modifiant la directive 80/390, précitée (JO L 185, p. 81), fondée sur l'article 54, paragraphe 2, du traité, et la directive 89/298/CEE du Conseil, du 17 avril 1989, portant coordination des conditions d'établissement, de contrôle et de diffusion du prospectus à publier en cas d'offre publique de valeurs mobilières (JO L 124, p. 8), fondée sur l'article 54 du traité.

i) En matière de marchés publics, une directive prévoit que l'offre présentée pour l'attribution d'un marché de fournitures, qui contient une part de produits originaires d'un pays tiers excédant 50 % de la valeur totale des produits composant cette offre, peut être rejetée, à moins que la Communauté n'ait conclu avec ce pays tiers un accord assurant un accès comparable et effectif des entreprises de la Communauté à ses marchés.

En vertu d'une autre directive, lorsque la Commission constate qu'un pays tiers, en ce qui concerne l'attribution de marchés de services, n'accorde pas aux entreprises de la Communauté un accès effectif comparable à celui qu'accorde la Communauté aux entreprises de ce pays tiers, elle peut proposer au Conseil de décider de suspendre ou de restreindre l'attribution de marchés de services:

- aux entreprises soumises à la législation du pays tiers concerné;

Voir l'article 29 de la directive 90/531/CEE du Conseil, du 17 septembre 1990, relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, fondée sur les articles 57, paragraphe 2, 66, 100 A et 113 du traité (JO L 297, p. 1).

- aux entreprises liées aux entreprises visées au point a) dont le siège social se trouve dans la Communauté, mais qui n'ont pas un lien direct et effectif avec l'économie d'un État membre;

En vertu de l'article 29 de cette directive, la Communauté européenne a conclu un accord sous forme de mémorandum d'entente avec les États-Unis d'Amérique relatif aux marchés publics. Celui-ci assure un accès comparable et effectif des entreprises de la Communauté aux marchés des États-Unis d'Amérique en ce qui concerne la passation de marchés de fournitures et de travaux par ses entités adjudicatrices du secteur de l'électricité [voir la décision 93/323/CEE du Conseil, du 10 mai 1993, approuvant l'accord (JO L 125, p. 1), fondée sur l'article 113, et la décision 93/324/CEE du Conseil, du 10 mai 1993, relative à l'extension du bénéfice des dispositions de la directive 90/531/CEE aux États-Unis d'Amérique, également fondée sur l'article 113 du traité (JO L 125, p. 54)].

- aux entreprises présentant des offres ayant pour objet des services originaires du pays tiers concerné.

Voir l'article 37, paragraphe 3, de la directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JO L 199, p. 84), fondée sur les articles 57, paragraphe 2, 66, 100 A, et 113 CEE.

j) En matière de transports maritimes, un règlement établit la procédure à suivre en vue de faire face aux pratiques tarifaires déloyales de certains armateurs ressortissants de pays tiers assurant le service de lignes internationales de transport de marchandises.

Voir le règlement (CEE) n° 4057/86 du Conseil, du 22 décembre 1986, relatif aux pratiques tarifaires déloyales dans les transports maritimes (JO L 378, p. 14), fondé sur l'article 84, paragraphe 2, du traité.

Un autre règlement établit la procédure applicable lorsqu'une mesure, prise par un pays tiers ou par ses agents, limite ou risque de limiter le libre accès des compagnies maritimes des États membres ou de navires immatriculés dans un État membre (article 1^{er}). Il s'applique aux compagnies maritimes d'un pays tiers qui assurent un service entre leur propre pays ou un autre pays tiers et un ou plusieurs États membres (article 2). L'article 4, paragraphe 1, sous b), autorise l'adoption coordonnée des contre-mesures envers de telles compagnies (point b).

Voir le règlement (CEE) n° 4058/86 du Conseil, du 22 décembre 1986, concernant une action coordonnée en vue de sauvegarder le libre accès au trafic transocéanique (JO L 378, p. 21), fondé sur l'article 84, paragraphe 2, du traité.

2. De manière plus générale, la Commission est priée de développer, pour le cas où la compétence serait, comme le soutiennent le Conseil et certains États ayant présenté des observations, limitée aux ressortissants des États membres, les arguments qui permettraient de déduire d'une compétence interne ainsi limitée une compétence externe qui engloberait le traitement à accorder aux ressortissants de pays tiers.

A titre préliminaire, la Commission souligne que le GATS et le traité CE sont tous deux fondés sur le principe de non-discrimination et recourent aux mêmes moyens juridiques afin de réaliser leur objectif de libéralisation des prestations de services. Ainsi, les articles 52 et 59 du traité empêchent les États membres de prendre des mesures qui porteraient atteinte au principe de non-discrimination en raison de la nationalité. De son côté, le GATS interdit à ses Membres d'opérer des discriminations entre les ressortissants des différents Membres (clause de la nation la plus favorisée) ainsi que de traiter différemment les fournisseurs de services nationaux et étrangers en ce qui concerne l'accès au marché et les conditions d'exercice de leur activité (clause de l'accès au marché et du traitement national).

C'est pourquoi, si une compétence externe pour la conclusion du GATS était reconnue à la Communauté sur la base de la théorie du parallélisme des compétences, cela ne signifierait pas que les pouvoirs externes de la Communauté ont une portée plus large que ses pouvoirs internes mais plutôt qu'ils ont une portée comparable, voire plus étroite.

La Commission invoque ensuite deux arguments en faveur d'une compétence externe de la Communauté qui engloberait le traitement à accorder aux ressortissants de pays tiers: d'une part, la nécessité d'une action externe et, d'autre part, le risque d'affectation de règles communautaires.

En ce qui concerne la nécessité d'une action externe, la Commission relève que les avantages économiques que les fournisseurs communautaires de services retirent du traité sont sur le point d'atteindre leurs limites avec la réalisation du marché intérieur. C'est la libéralisation du commerce des services dans les pays tiers qui, actuellement, est la plus propice à soutenir le développement économique des États membres. Selon la Commission, la Communauté ne peut chercher à obtenir des avantages commerciaux pour les opérateurs économiques communautaires sur les marchés des pays tiers sans être en mesure d'offrir des contreparties aux fournisseurs de services de pays tiers dans le marché commun, ce qui implique qu'elle soit compétente pour réglementer leur accès au marché commun.

Pour illustrer l'étroite interdépendance entre ces deux dimensions de l'action communautaire, la Commission donne deux exemples: l'accord, du 10 octobre 1989, entre la Communauté économique européenne et la Confédération suisse concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie et la seconde directive bancaire, précitée. L'accord conclu avec la Confédération suisse « a pour objet de fixer, sur une base de réciprocité, les conditions nécessaires et suffisantes pour permettre aux agences et succursales relevant

d'entreprises dont le siège social se trouve sur le territoire d'une partie contractante et qui désirent s'établir ou qui sont établies sur le territoire de l'autre partie contractante, d'accéder à l'activité non salariée de l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie ou d'exercer cette activité » (article 1^{er}). La seconde directive bancaire prévoit la possibilité de suspendre les demandes d'agrément des filiales communautaires d'établissements de crédit de pays tiers en vue de donner à la Communauté un moyen de négocier un accès effectif au marché des pays tiers concernés en faveur des filiales, constituées dans ces pays, d'établissements de crédit communautaires.

Le second argument avancé par la Commission est que, si la compétence interne de la Communauté était limitée aux ressortissants des États membres, les principes de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services pourraient être affectés.

D'abord, il pourrait y avoir des détournements de prestations de services et des distorsions de concurrence si les États membres étaient en mesure de déterminer chacun, pour les ressortissants des États tiers, les règles régissant l'accès à leur marché et l'exercice d'activités non salariées. Par exemple, l'État membre le plus libéral dans les domaines de la banque et de l'assurance drainerait la majeure partie des fournisseurs de ces services de pays tiers en prévoyant des conditions moins strictes que le droit communautaire (en matière de capital minimal, de réserves techniques, de marge de solvabilité ...). Et les

assurés, résidant dans des États membres moins libéraux, se détourneraient des compagnies d'assurances établies dans ces États, pour s'adresser aux compagnies d'assurances opérant dans l'État le plus libéral.

Ensuite, les risques d'affectation des principes fondamentaux du droit communautaire existeraient, qu'il y ait eu ou non harmonisation communautaire. Par exemple, en matière de reconnaissance de qualifications professionnelles, si un État membre prévoit pour les ressortissants d'un État tiers un régime plus favorable que celui applicable aux ressortissants communautaires, il entraverait le droit d'établissement et le droit à la libre prestation de services sur son territoire des ressortissants des autres États membres. Une telle réglementation serait d'ailleurs contraire au principe de la cohérence ou de la préférence communautaire, voire à l'article 5 du traité.

D — Quatrième question

Le Conseil estime que, pour l'essentiel, les chapitres du traité CE relatifs au droit d'établissement et aux services ne se prononcent pas sur le traitement à accorder aux ressortissants (sociétés et personnes physiques) des pays tiers. Ensuite, pour le mode de fourniture « présence commerciale », selon la terminologie du GATS, il opère une distinction entre les filiales d'une société d'un État tiers et les simples succursales d'une société d'un

État tiers. Le Conseil est prié d'explicitier quelque peu sa position.

A titre liminaire, le Conseil informe la Cour que, lors du Conseil (Affaires générales) du 4 octobre 1994 à Luxembourg, il a approuvé un projet de décision de conclusion des Accords du Cycle d'Uruguay qui a été envoyé au Parlement européen afin que celui-ci soit prêt à arrêter sa position dans le cadre de la procédure de l'avis conforme. Ce projet de décision sera éventuellement révisé à la lumière de l'avis que rendra la Cour le 15 novembre 1994. A ce stade, le Conseil a retenu comme bases juridiques de la compétence communautaire les articles 43, 54, 57, 66, 75, 84, paragraphe 2, 99, 100, 100 A, 113 et 235, en liaison avec l'article 228, paragraphe 3, deuxième alinéa, du traité CE.

Postérieurement à l'audition du 11 octobre 1994, le Conseil a communiqué à la Cour le « code de conduite » établi d'un commun accord entre le Conseil, les États membres et la Commission en ce qui concerne les négociations de « l'après-Uruguay Round » sur les services. Son texte est le suivant:

« 1. A propos des négociations sur les échanges dans le domaine des services prévues dans les décisions ministérielles arrêtées à Marrakech le 15 avril 1994 et lors de toute autre discussion relative aux échanges dans ce domaine menée sous l'égide soit du Comité préparatoire soit du Conseil de l'Organisation mondiale du commerce pour les échan-

ges de services, il a été convenu que, tout en réservant les positions des uns et des autres sur un nouveau mandat et sur la question du partage des compétences et sans préjuger de l'issue de la demande d'avis que la Commission a adressée à la Cour au sujet des compétences, la Commission devrait continuer ¹⁷:

a) à négocier au nom de la Communauté et des États membres dans le cadre des négociations et discussions visées plus haut;

b) à informer les États membres aussi longtemps à l'avance que possible de la date et du lieu de toutes discussions ou négociations prévues avec d'autres parties, que ce soit dans le cadre de groupes de négociation officiels ou autres, lorsque les États membres n'ont pas été directement informés;

c) à exprimer sur toutes les questions les positions arrêtées selon les procédures décisionnelles pertinentes ¹⁸;

d) à veiller à ce que les représentants de tous les États membres soient en mesure d'assister à toutes les réunions et négociations portant sur le fond, étant entendu que les États membres peuvent charger la présidence de les représenter;

e) à diffuser rapidement aux États membres toute note, officielle ou officieuse — émanant du Secrétariat du GATT ou d'autres participants, y compris la Commission elle-même — qui n'aurait pas été envoyée directement aux États membres.

2. Le Conseil prend la résolution de dresser régulièrement le bilan des négociations sur la base de rapports que la Commission présentera au Conseil en temps utile pour lui donner le temps de préparer ses travaux. Le Conseil poursuivra l'examen de la formulation des objectifs de négociation pour chaque secteur des services et se réserve le droit de donner à la Commission en temps utile les directives qui conviennent. »

Le Conseil estime que, pour l'essentiel, les chapitres du traité CE relatifs au droit d'établissement et aux services ne se prononcent pas sur le traitement à accorder aux personnes physiques ou morales ressortissant de pays tiers, car il résulte, selon lui, de la lettre même des articles 52 et suivants, 59 et suivants et 221, que le traité CE n'impose aux États membres aucune obligation en ce qui concerne le traitement à accorder aux ressortissants d'États tiers.

17 — La déclaration suivante sera inscrite au procès-verbal du Conseil: « Le Conseil, les États membres et la Commission conviennent que le premier paragraphe du présent code de conduite n'empêche pas la Commission de rechercher, sous sa propre responsabilité, des solutions à toutes les questions en cours de négociation. »

18 — Les déclarations suivantes seront inscrites au procès-verbal du Conseil:

a) « Le Conseil déclare que par l'expression 'procédures décisionnelles pertinentes', qui est utilisée au paragraphe 1, sous c), on entend — lorsqu'il y a compétence nationale — le consensus. »;

b) « La Commission déclare que, lors de l'application des procédures décisionnelles pertinentes, on devrait faire le maximum pour parvenir à un consensus. »

Le Conseil précise son raisonnement à l'aide d'un exemple: la privatisation d'une entreprise publique de services.

D'après lui, si une société d'un pays tiers dispose de deux filiales établies dans des États membres différents, l'État membre qui procède à la privatisation ne pourra pas, en vertu de l'article 58 du traité CE lu en liaison avec l'article 52, faire de discrimination entre ces deux filiales, lorsqu'il déterminera les conditions de l'accès au capital pour les sociétés privées.

En l'absence de mesure communautaire d'harmonisation en ce domaine, les États membres restent compétents pour régler les conditions de la privatisation. Dans l'exercice de cette compétence, toutefois, les États membres doivent respecter les conditions et limites que les dispositions pertinentes du traité leur imposent (par exemple le principe de non-discrimination en raison de la nationalité, que l'article 58 applique aux sociétés). A cet égard, il convient de distinguer entre sociétés constituées dans les États membres et sociétés « étrangères », c'est-à-dire constituées dans des pays tiers. Ainsi, lors de la fixation, par la loi nationale, des conditions auxquelles les sociétés privées pourraient accéder au capital de l'entreprise à privatiser, il ne pourrait être fait de discrimination entre les sociétés constituées dans les États membres du fait de leur « nationalité ». En revanche, pour les sociétés étrangères, la compétence des États membres reste entière et peut être exercée sans qu'aucune disposition de droit communautaire ne soit applicable.

Le même exemple permet au Conseil d'expliquer la distinction qu'il opère, pour le mode de fourniture « présence commerciale », entre les filiales et les succursales ou agences de sociétés de pays tiers.

Si, en revanche, une société d'un pays tiers ne dispose, dans les États membres, que de succursales ou d'agences (donc dépourvues de personnalité morale), l'article 58 — qui vise uniquement les sociétés — ne s'applique pas et l'État membre qui privatise pourra accorder un traitement différencié à ces diverses succursales ou agences.

E — Cinquième question

Le *Royaume-Uni* expose qu'aucune disposition du traité ne traite du premier établissement des personnes physiques et morales ressortissant de pays tiers qui désirent entreprendre une activité de services dans un État membre. Toutefois, il relève que les institutions communautaires ont pris des mesures déterminant « des règles relatives à l'exercice par la Communauté de la compétence externe concernant l'établissement de ressortissants de pays tiers dans la Communauté ». Le *Royaume-Uni* cite à cet égard des directives prises dans le domaine des banques et des assurances. Le *Royaume-Uni* est prié d'indiquer comment il concilie cette pratique

(qu'il ne conteste pas) avec la position de principe qu'il défend par ailleurs quant à la portée des chapitres sur l'établissement et la libre prestation des services.

Le *gouvernement du Royaume-Uni* constate que les chapitres du traité CE portant sur l'établissement et les services ne comportent aucune disposition spécifique quant à la compétence interne de la Communauté, en matière de premier établissement des ressortissants des États tiers dans les États membres.

Le seul objectif du chapitre sur le droit d'établissement est de garantir l'établissement des ressortissants d'un État membre sur le territoire d'un autre État membre. L'objectif du chapitre sur la libre prestation des services est d'assurer cette liberté aux ressortissants d'un État membre qui sont établis dans un autre État membre de la Communauté. Ces chapitres ne poursuivent donc aucun objectif spécifique, au sens de la jurisprudence de la Cour sur la compétence internationale, qui puisse constituer le fondement d'une compétence internationale implicite pour conclure des accords avec des pays tiers.

Il y a, à cet égard, un contraste entre, d'une part, les chapitres sur l'établissement et la libre prestation des services et, d'autre part, les chapitres relatifs aux transports.

Dans l'arrêt du 14 juillet 1976, *Kramer* (3/76, 4/76 et 6/76, Rec. p. 1279), la Cour a estimé que certaines dispositions du traité CEE et de l'acte d'adhésion, ainsi que le règlement (CEE) n° 2142/70 du Conseil, du 20 octobre 1970, portant organisation commune des marchés dans le secteur des produits de la pêche (JO L 236, p. 5), confèrent une compétence interne à la Communauté pour réglementer l'activité de la pêche en haute mer, en vue de préserver ses ressources biologiques. Elle a considéré qu'il découle des obligations imposées et des pouvoirs dévolus aux institutions de la Communauté sur le plan interne que celle-ci a compétence pour souscrire à des engagements internationaux en vue de la conservation des ressources biologiques de la haute mer. Le gouvernement du Royaume-Uni relève que la juridiction de chaque État en haute mer est limitée aux bateaux battant son pavillon et que les réserves de poissons sont migratoires. En conséquence, les mesures de conservation adoptées par un État (ou par la Communauté pour les eaux relevant de la souveraineté des États membres) n'auraient aucun effet utile si des mesures correspondantes n'étaient pas prises par les États voisins. Il s'ensuit que, par nature, la conservation des ressources de haute mer ne peut être réalisée que par la conclusion d'accords internationaux entre les parties qui disposent d'une juridiction sur ces eaux.

Le gouvernement du Royaume-Uni souligne que si, dans l'arrêt *AETR*, la Cour a pu déduire une compétence interne des articles 74 et 75 du traité CEE, c'est en se fondant sur l'article 75, sous a), qui « concerne également, pour la partie du trajet située sur le territoire communautaire, les transports en

provenance ou à destination des États tiers ». La Cour a ainsi pu conclure que « la compétence de la Communauté s'étend à des relations relevant du droit international et implique, dès lors, dans le domaine visé, la nécessité d'accords avec les États tiers intéressés ».

En revanche, le fondement d'une compétence externe de la Communauté pour conclure le GATS doit être recherché non pas dans les règles du traité sur l'établissement et les services, mais bien dans les règles de droit dérivé adoptées dans le cadre des chapitres sur l'établissement et les services.

Que les chapitres sur l'établissement et les services ne définissent aucun objectif spécifique pour ce qui est du premier établissement ou de la libre prestation des services des ressortissants de pays tiers n'exclut pas que la Communauté puisse adopter, dans certaines circonstances, des actes qui concernent les ressortissants de pays tiers. Le gouvernement du Royaume-Uni indique deux situations où elle peut le faire.

En premier lieu, lorsque le Conseil adopte des règles internes dans le but de faciliter l'exercice, par les ressortissants des États membres, de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services, ces règles internes peuvent aussi réglementer la situation des ressortissants de pays tiers dans la mesure nécessaire pour assurer l'exercice effectif des droits susmentionnés par les ressortissants

des États membres dans les conditions prévues par le traité pour le fonctionnement du marché intérieur. Le Royaume-Uni en donne deux exemples. Pour faciliter le droit d'établissement des ressortissants des États membres, une directive a fait bénéficier les membres de leur famille qui sont ressortissants de pays tiers du droit d'entrée et de séjour. L'autre exemple est celui de l'extension de règles relatives aux succursales de sociétés qui ont leur siège dans un État membre à des succursales de sociétés qui ont leur siège dans des pays tiers. Le gouvernement du Royaume-Uni se réfère, à cet égard, à la onzième directive 89/666/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, concernant la publicité des succursales créées dans un État membre par certaines formes de société relevant du droit d'un autre État (JO L 395, p. 36).

En second lieu, des règles internes peuvent, par une disposition expresse, prévoir une compétence externe de la Communauté pour les matières qu'elles couvrent. Ainsi, les règles internes peuvent prévoir la conclusion d'accords avec des pays tiers disposant que les succursales de sociétés de pays tiers doivent être traitées de la même manière dans les différents États membres, ou encore la conclusion d'accords avec les pays tiers de manière à ce que les succursales de sociétés ressortissantes d'États membres bénéficient d'un traitement qui n'est pas moins favorable que celui accordé dans la Communauté aux succursales de sociétés de pays tiers. Le Royaume-Uni se réfère, à cet égard, aux dispositions des première et deuxième directives bancaires, précitées, ainsi qu'à celles de la première directive 79/267/CEE du Conseil,

du 5 mars 1979, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives, concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe sur la vie, et son exercice (JO L 63, p. 1), qu'il a exposées de manière plus précise dans ses observations écrites [sous XII. B. 2. i)].

Le *Conseil* souligne les difficultés qu'il a eu à comprendre les arguments développés par la Commission pour démontrer la nécessité d'une action externe de la Communauté et d'elle seule. Pour le surplus, il n'a pas estimé nécessaire d'y répondre de manière explicite et s'en explique comme suit.

Le gouvernement du Royaume-Uni rappelle, enfin, qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour que, lorsque la Communauté, en vertu des chapitres sur l'établissement et les services, a adopté des règles qui constituent elles-mêmes des mesures d'harmonisation exclusive, même sans prévoir de dispositions expresses pour l'exercice d'une compétence internationale, ces règles internes peuvent elles-mêmes constituer le fondement d'une compétence internationale implicite dans le chef de la Communauté (voir arrêt AETR, précité). Mais, là où les règles internes pertinentes ne sont pas des mesures d'harmonisation exclusive, la compétence externe dérivée de l'exercice de la compétence interne n'est pas non plus exclusive.

D'abord, le Conseil relève que le précédent invoqué par la Commission pour défendre la « nécessité » de la participation de la seule Communauté à l'accord GATS est celui d'accords dits « européens » avec les pays d'Europe centrale et orientale, qui ont précisément été conclus conjointement par la Communauté et les États membres.

F — Sixième question

Ensuite, le Conseil considère, comme le fait le Parlement européen, que la Commission confond deux questions distinctes, celle du cadre juridique à respecter par le législateur communautaire et celle des critères d'opportunité politique en vertu desquels le législateur communautaire déciderait d'agir (ou de ne pas agir) et de l'ampleur à donner à son action.

Ni le *Conseil* ni les *États ayant présenté des observations* ne répondent aux arguments que la Commission a développés pour démontrer la nécessité d'une action externe de la Communauté et d'elle seule. Ils sont priés soit d'y répondre soit d'indiquer pourquoi ils n'estiment pas nécessaire d'y répondre.

Enfin, selon le Conseil, l'argument de la Commission tenant au risque d'actions internationales dispersées des États membres, si ces derniers concluent le GATS et le TRIPS au titre de leurs compétences propres, repose sur une présentation erronée des faits.

Le Conseil fait valoir que, jusqu'ici, la compétence des États membres dans une grande partie des domaines couverts par ces deux accords n'a pas été contestée et a été exercée de manière constante sur le plan international (par exemple, les conventions conclues sous l'égide de l'OMPI). Cela n'a pas empêché le développement progressif de la législation communautaire interne et de l'action internationale de la Communauté.

Les gouvernements danois et hellénique n'ont apporté aucune précision à cette question de la Cour.

Selon le *gouvernement allemand*, si l'on admettait, comme le soutient à titre subsidiaire la Commission, que la Communauté a l'obligation d'agir, en utilisant les pouvoirs qui lui sont conférés par les articles 100 A et 235 du traité CE, cette position serait contraire à l'article 4 du même traité et aboutirait à une modification de ce traité. Le gouvernement fédéral invoque les problèmes institutionnels que soulèverait une telle position au regard des considérations développées par le Bundesverfassungsgericht dans son arrêt du 12 octobre 1993 relatif à la ratification du traité sur l'Union européenne, spécialement dans la partie C II 3b qui dispose:

« Le traité d'Union fait une différence de principe entre l'exercice d'une compétence de puissance publique définie de manière restrictive, d'une part, et la révision du traité, d'autre part; l'interprétation de celui-ci ne

saurait donc aboutir à un résultat équivalant à son extension; une pareille interprétation de normes de compétence n'aurait pas de caractère obligatoire pour l'Allemagne. »

Selon le *gouvernement espagnol*, les arguments que la Commission a développés pour démontrer la nécessité d'une action externe de la Communauté et d'elle seule vont à l'encontre du principe d'attribution spécifique des compétences énoncé aux articles 3 B et 4, paragraphe 1, du traité CE. Comme telle, la constatation de la nécessité d'une action externe commune ne peut fonder la compétence exclusive de la Communauté si celle-ci ne lui a pas été attribuée par les États membres. Admettre le contraire reviendrait à modifier le traité en violation de la procédure organisée à cet effet par l'article N du traité sur l'Union européenne. Le gouvernement espagnol ajoute que la théorie du parallélisme des compétences internes et des compétences externes, développée par la jurisprudence de la Cour, ne signifie pas que, dans les domaines où la Communauté est dépourvue de compétence interne, elle puisse acquérir celle-ci du fait de la conclusion d'un accord externe et légiférer ainsi au plan interne dans des domaines où elle ne pouvait le faire auparavant.

Le *gouvernement français* estime que les articles 100 A et 235 du traité CE, invoqués par la Commission à titre subsidiaire pour fonder une compétence exclusive de la Communauté, laissent au Conseil un large pouvoir pour apprécier si leurs conditions d'application sont réunies.

A cet égard, le gouvernement français observe que, dans la plupart des secteurs couverts par le TRIPS et par le GATS, il n'y a pas altération des règles communautaires préexistantes. Il n'y aura pas non plus nécessité d'une action de la seule Communauté pour réaliser les objectifs de la Communauté. Sauf quelques rares exceptions, il n'y aura pas de mise en œuvre communautaire de ces accords, les États membres demeurant compétents sur de nombreux points. Le gouvernement français en déduit qu'il n'est ni nécessaire ni possible que la Communauté conclue seule l'Accord OMC.

Selon le *gouvernement néerlandais*, les développements de la Commission pour démontrer la nécessité d'une action externe de la Communauté et d'elle seule relèvent d'une politique envisagée, de lege ferenda, par la Commission. Mais, en l'état actuel de l'intégration communautaire, ils ne peuvent résulter d'une application de la jurisprudence AETR.

Le *gouvernement portugais* estime que la compétence externe de la Communauté doit se fonder sur des critères de nature juridique et ne peut dépendre d'une appréciation en opportunité de la nature ou du degré de nécessité d'une action commune. La compétence externe peut découler de dispositions du traité établissant une compétence interne pour autant que l'exercice de cette compétence externe soit considérée comme nécessaire à la réalisation de l'un des objectifs de la Communauté et ne conduise pas à ce que la Communauté s'arroge le droit de prendre des mesures dans la sphère des compétences propres des États membres. Le gouvernement

portugais rappelle également le principe d'attribution spécifique des compétences auquel, selon lui, la position de la Commission porte atteinte.

Dans ces conditions, le gouvernement portugais considère que la nécessité d'une action externe de la Communauté ne suffit pas à démontrer l'exclusivité de la compétence communautaire. Il est constant que l'Accord OMC porte, dans ses annexes relatives au GATS et au TRIPS, sur des matières relevant en partie de la compétence des États membres, de telle sorte que les développements de la Commission tendant à démontrer l'exclusivité de la compétence de la Communauté dans ce domaine ne reflètent qu'une appréciation d'ordre politique.

En réponse à la Commission qui fait valoir que, en cas de reconnaissance d'une compétence partagée entre la Communauté et les États membres pour conclure un accord, la cohésion du marché intérieur serait atteinte, des distorsions de concurrence se produiraient et les possibilités de concurrence sur le marché des États tiers seraient faussées, le *gouvernement du Royaume-Uni* tient à souligner que la situation que la Commission a choisi de présenter comme une hypothèse est celle qui a prévalu, en fait, pendant les négociations du Cycle d'Uruguay. Dès le début, et tout au cours des négociations, il a été indiqué clairement que celles-ci étaient menées sans préjuger de la compétence de la Communauté et des États membres sur des sujets particuliers. Les négociations ont été

conduites par la Commission qui était chargée de représenter la Communauté et les États membres. Les intérêts de ces derniers étaient protégés par des procédures communautaires destinées à obtenir un consensus. Du point de vue des États membres, les négociations ont eu lieu en prenant pour hypothèse que la compétence était partagée entre la Communauté et les États membres. Le résultat de ces négociations a tenu pleinement compte tant des intérêts de la Communauté que de ceux des États.

La Commission prend le secteur des services financiers comme exemple d'un secteur où des distorsions de concurrence pourraient se produire. Mais cette hypothèse a été testée au cours des négociations multilatérales (le GATS comporte, rappelle le Royaume-Uni, une annexe sur les services financiers). On peut y voir, dit le gouvernement du Royaume-Uni, la manifestation de ce pouvoir de *négociation équilibré* qui, selon la Commission, ne peut être obtenu que moyennant une compétence communautaire exclusive. En fait, selon ce gouvernement, des difficultés considérables du type de celles qui ont été rencontrées lors de la négociation des annexes du GATS sur les services financiers se sont présentées également lorsqu'il s'est agi d'arriver à un accord au sein du Conseil sur des matières considérées comme relevant d'une compétence communautaire exclusive (réciprocité pour des établissements de crédit, en vertu de l'article 9 de la seconde directive bancaire).

C'est à juste titre, selon le Royaume-Uni, que la Commission elle-même admet que les services ne peuvent circuler librement entre

États membres. Cela signifie que l'accès d'un ressortissant d'un pays tiers au marché d'un État membre ne lui garantit pas, par lui-même, le droit de fournir des services ou de s'établir dans les autres États membres, les chapitres sur l'établissement et les services ne s'appliquant qu'aux ressortissants des États membres.

Le gouvernement du Royaume-Uni relève que la Commission insiste toutefois sur deux arguments. Primo, la conclusion par les États membres d'accords avec les pays tiers créerait des avantages dans certains États qui ne joueraient pas dans d'autres, ce qui serait une distorsion de concurrence inacceptable. Secundo, des ressortissants de certains États membres obtiendraient sur les marchés de pays tiers des avantages dont ne pourraient bénéficier les ressortissants d'autres États membres.

Le Royaume-Uni tient à relever toutefois que la possibilité pour un État membre de conclure avec un État tiers un accord régissant les conditions d'exercice d'une activité professionnelle sur son territoire ne peut être considérée comme incompatible avec le marché intérieur. Dans l'arrêt du 9 février 1994, Tawil-Albertini (C-154/93, Rec. p. I-451), la Cour a jugé que la directive 78/686/CEE du Conseil, du 25 juillet 1978, visant à la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres du praticien de l'art dentaire et comportant des mesures destinées à faciliter l'exercice effectif du droit d'établissement et de libre prestation de services (JO L 233, p. 1), laisse intacte la compétence des États membres de conclure des

accords externes avec des pays tiers en la matière. Or, l'exercice d'une telle compétence est susceptible d'affecter les conditions de concurrence entre les États membres. Les qualifications obtenues dans un pays tiers pourraient ainsi être reconnues dans un État membre mais pas dans un autre. De même, pareille compétence peut aboutir au résultat que des ressortissants d'un État membre verront leurs qualifications reconnues sur le territoire d'un État tiers, alors que les qualifications des ressortissants d'un autre État membre ne le seront pas, et tout cela en dépit du fait que dans la Communauté, les qualifications des uns et des autres doivent être considérées comme équivalentes. Une telle situation, qui découle de la répartition des compétences entre la Communauté et les États membres dans le secteur en cause, ne peut être considérée en soi comme contraire au marché intérieur. Il doit a fortiori en être de même de la possibilité pour les États membres de conclure des accords avec des pays tiers en matière de services dans les secteurs pour lesquels des règles internes n'ont pas été adoptées.

les ressortissants des différents États membres, sur les marchés des États tiers. Ainsi, l'étendue de la compétence externe laissée aux États membres après l'adoption de règles internes en vertu des chapitres sur l'établissement et les services dépend d'une décision du législateur communautaire. Cette analyse est beaucoup plus appropriée que la position préconisée par la Commission qui consiste à faire découler automatiquement des dispositions du traité lui-même une compétence externe exclusive de la Communauté. Selon le gouvernement du Royaume-Uni, dès lors que les chapitres du traité sur l'établissement et les services ne permettent pas, par eux-mêmes, d'identifier un « objectif spécifique » de nature à investir la Communauté d'une compétence externe implicite, ce sont nécessairement les règles internes de droit dérivé, adoptées en vertu de ces chapitres, qui peuvent fournir la base d'une compétence externe de la Communauté dans le domaine des services. Toutefois, ces règles n'existent pas pour tout le champ des activités économiques couvertes par le GATS et, lorsqu'elles existent, elles ne constituent pas toujours une harmonisation exclusive du régime des secteurs qu'elles couvrent.

Par ailleurs, dans les secteurs d'activité dans lesquels des règles internes ont été adoptées, le Conseil peut décider que la Communauté exercera une compétence externe exclusive (voir par exemple l'article 9 de la seconde directive bancaire). C'est au Conseil qu'il appartient de déterminer, lorsqu'il adopte des règles internes pour un secteur particulier, s'il y a lieu de prévoir une compétence externe exclusive de la Communauté pour la matière qui est couverte. Lorsque le Conseil investira ainsi la Communauté d'une compétence externe à caractère exclusif, cela permettra d'égaliser les conditions de concurrence à la fois à l'intérieur de la Communauté et, entre

La Commission a fait valoir qu'une compétence conjointe des États membres et de la Communauté minerait le marché intérieur. Pour étayer cet argument, elle a relevé que les prestataires de services ressortissants d'un pays tiers seraient en mesure de constituer une société en vertu de la loi d'un État membre qui le leur permettrait et, ensuite, d'établir des agences et des succursales dans les autres États membres, exposant ainsi les ressortissants de ces États à une concurrence accrue de la part des sociétés du pays tiers en

question. Cet argument n'emporte pas la conviction du gouvernement du Royaume-Uni.

En premier lieu, une filiale constituée dans un État membre par un ressortissant d'un pays tiers est soumise à la loi nationale de cet État membre, et ses succursales et agences sont, à leur tour, soumises aux lois des États membres où elles seront établies.

En deuxième lieu, le GATS n'a pas pour effet que la simple constitution d'une société dans un État membre puisse servir de tremplin pour envahir les marchés des autres États membres. La liste des engagements spécifiques dispose, sous le titre « Limitations du traitement national », qu'« un traitement moins favorable peut être réservé aux filiales (de sociétés d'États tiers) constituées conformément à la législation d'un État membre lorsqu'elles n'ont, sur le territoire de la Communauté, que leur siège statutaire, à moins qu'il puisse être démontré qu'elles possèdent un lien effectif et continu avec l'économie d'un État membre ».

Par ailleurs, il convient de souligner que créer une filiale n'est qu'un des modes de fourniture de services envisagés par le GATS. Les services peuvent aussi être fournis par des agences ou des succursales. La création, par des ressortissants d'États tiers, d'agences ou de succursales ne peut, en toute hypothèse, avoir pour le marché intérieur les conséquences que la Commission attribue à la création

par ces ressortissants de filiales dans les États membres. En effet, une succursale ou une agence d'une société ressortissant d'un État tiers, établie dans un État membre, n'a ni le droit de s'établir ni le droit de fournir des services sur le territoire des autres États membres; pourtant, sous réserve des limitations indiquées ci-dessus, le GATS s'applique à l'établissement par l'intermédiaire d'agences ou de succursales de la même manière qu'il s'applique à l'établissement par voie de filiales.

Il est ainsi impossible de conclure à une compétence externe exclusive en se fondant sur les conséquences qu'aurait l'article 58 du traité pour les ressortissants d'États tiers qui s'établissent eux-mêmes sur le territoire d'un État membre. L'argument que tire la Commission de l'article 58 ne peut dès lors, en toute hypothèse, porter atteinte à la compétence des États membres l'application du GATS à l'établissement par voie d'agences ou de succursales dans les États membres.

En ce qui concerne l'argument que la Commission fonde sur la possibilité de prendre des mesures de rétorsion croisées, le gouvernement du Royaume-Uni estime que la question de la répartition des compétences entre Communauté et États membres pour conclure un accord international ne peut être tranchée à la lumière de l'une des dispositions de celui-ci, prise isolément, mais doit l'être à la lumière de l'ensemble de ses dispositions. Par elle-même, la clause sur les mesures de rétorsion croisées ne peut avoir pour effet d'accroître les compétences de la Communauté en ce qui concerne l'accord sur les ser-

vices ou de diminuer celles des États membres à propos du même accord.

A la Commission qui fait valoir que la conclusion du GATS par les États affecterait ou altérerait la portée du droit communautaire parce que les règles communautaires couvrent l'ensemble du GATS, le Royaume-Uni répond que cette affirmation est tout à fait inexacte. En effet, les règles communautaires internes ne portent pas sur toutes les activités économiques dans le domaine de l'établissement et des services et, là où ces règles existent, elles ne sont souvent que des mesures d'harmonisation partielle, ou se bornent à fixer des standards minimaux.

Le Royaume-Uni exprime sa surprise face à l'affirmation de la Commission selon laquelle le GATS pourrait, d'une manière ou d'une autre, être contraire au droit communautaire — primaire ou dérivé —, ce qui imposerait, en vertu de la jurisprudence AETR, la compétence exclusive de la Communauté pour conclure le GATS. En effet, lorsqu'elle a négocié le GATS, la Commission doit avoir eu pour objectif de s'assurer de sa conformité avec le droit communautaire. La Commission proclame avoir négocié en tenant compte de tout le droit communautaire existant. Le gouvernement du Royaume-Uni ne peut dissimuler son sentiment que la Commission s'efforce à tout prix de découvrir toute espèce d'incompatibilité qui pourrait exister entre le GATS et le droit communautaire, de manière à s'en saisir comme d'un prétexte pour affirmer la compétence exclusive de la Communauté. Ce que la Commission omet de

montrer, souligne le Royaume-Uni, c'est qu'il existe effectivement des contradictions entre le GATS et les règles communautaires en vigueur. De toute façon, si de telles contradictions se révélaient entre le GATS et certaines règles communautaires existantes, ces contradictions n'excluraient pas la compétence des États membres en dehors du champ des règles communautaires en question.

A la Commission qui fait valoir que le fait, pour les États membres, de conclure également en leur nom l'Accord TRIPs serait susceptible d'affecter ou d'altérer la portée du droit communautaire, le Royaume-Uni répond que la Communauté a certes compétence en ce qui concerne le TRIPs, mais dans la mesure limitée où le TRIPs est susceptible d'affecter des mesures d'harmonisation adoptées en vertu de l'article 100 A ou le règlement sur la marque communautaire arrêté sur la base de l'article 235. Le Royaume-Uni souligne que, dès lors, son désaccord avec la Commission ne porte pas sur la compétence externe de la Communauté dans le domaine couvert par le TRIPs, mais bien sur le caractère exclusif de cette compétence.

Le Royaume-Uni, se référant aux principes formulés par la Cour dans son avis 2/91, estime que la compétence pour conclure le TRIPs est partagée entre la Communauté et les États membres parce que la plupart des domaines couverts par le TRIPs soit restent complètement en dehors de l'harmonisation communautaire, soit ne font l'objet que

d'une harmonisation partielle, limitée par la reconnaissance expresse ou implicite du droit national de la propriété intellectuelle.

législations, soit en concluant de nouveaux accords internationaux qui seraient contraires au droit communautaire.

La Commission ne cite qu'un seul exemple d'un domaine dans lequel les conditions minimales énoncées par le TRIPs apparaissent plus strictes que celles énoncées par la législation communautaire (il s'agit des conditions pour l'octroi de licences obligatoires en matière de topographies de semi-conducteurs, qui sont précisées par la directive 87/54, précitée). Le fait que le TRIPs puisse affecter ou altérer la portée de cette directive est une bonne raison pour que la Communauté participe à la conclusion de l'Accord TRIPs. Mais ce fait ne peut justifier le transfert à la Communauté d'une compétence externe pour conclure un accord portant en grande partie sur des matières pour lesquelles le législateur communautaire n'a entrepris aucune action ou pour lesquelles le maintien de la compétence des États membres est reconnu expressément soit par le traité CE, soit par le droit dérivé applicable.

A la Commission qui fait valoir que le fait, pour les États membres, d'avoir le pouvoir d'agir dans le domaine couvert par le TRIPs est susceptible de conduire à des divergences et à des conflits dans leurs régimes externes qui pourraient, à leur tour, interférer sur l'harmonisation existante ou future sur le plan communautaire, le Royaume-Uni répond que la compétence que les États membres partagent avec la Communauté quant à la conclusion de l'Accord TRIPs ne les autorise en toute hypothèse pas à agir de manière incompatible avec les règles communautaires existantes soit en adoptant des

G — Septième question

La Commission est priée d'explicitier les arguments qu'elle développe pour démontrer que, en cas de participation conjointe, de la Communauté et des États membres à la conclusion des accords GATS et TRIPs, il y aurait affectation ou altération des règles communautaires existantes.

Selon la Commission, si la compétence mixte était reconnue en matière bancaire, les règles communautaires pourraient être affectées ou altérées au sens de la jurisprudence AETR de trois manières.

D'abord, si les États membres pouvaient déterminer leurs propres engagements spécifiques en matière d'accès à l'activité bancaire sur leur territoire, les dispositions de la deuxième directive bancaire, précitée, et, plus particulièrement, celles relatives à l'harmonisation des conditions d'agrément (titre II) seraient affectées. En outre, le mécanisme de négociation prévu par l'article 9 de la deuxième directive, en vue d'obtenir en faveur des établissements de crédit communautaires un accès aux marchés des États tiers

comparable à celui des sociétés d'États tiers sur le marché communautaire, serait vidé de sa substance. L'on en reviendrait à l'époque où chaque État membre possédait son propre régime de réciprocité.

Ensuite, les États membres auraient la possibilité, dans le cadre de leur compétence, de déterminer la nature et le niveau de leurs engagements spécifiques. Dès lors, plusieurs niveaux d'exigences pourraient coexister: pour les domaines relevant de la compétence des États membres, il y aurait un niveau A d'engagements spécifiques dans le GATS et, pour les domaines relevant de la compétence communautaire, il y aurait, d'une part, la réglementation communautaire (niveau B) et, d'autre part, les engagements spécifiques pris par la Communauté dans le cadre du GATS (niveau C). Comme ces trois niveaux pourraient diverger, il est vraisemblable que les règles communautaires seraient affectées ou altérées au sens de l'arrêt AETR.

Enfin, la réglementation communautaire sur l'accès au marché bancaire perdrait considérablement de sa valeur si chaque État membre pouvait déterminer ses engagements, qui, comme ceux de la Communauté, devraient être appliqués sur la base du principe de la nation la plus favorisée. Tel serait particulièrement le cas dans les domaines pour lesquels une compétence mixte est revendiquée au motif que la réglementation communautaire contient des dispositions minimales. Étant donné que, dans une telle hypothèse, les compétences de la Communauté et des États membres porteraient sur le même objet, tout engagement pris par un État membre prive-

rait de sa valeur l'engagement pris par la Communauté.

La Commission revient également sur le problème de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle. Elle relève que le TRIPS laisse les membres libres de déterminer leur régime d'épuisement, sous réserve qu'ils l'appliquent conformément aux principes de la nation la plus favorisée et du traitement national (voir article 6), et que, pour sa part, le droit communautaire applique le principe de l'épuisement communautaire. Dès lors, en cas de compétence mixte, trois régimes d'épuisement pourraient coexister:

- dans le cadre de leur compétence, certains États membres pourraient appliquer le système de l'épuisement international vis-à-vis des pays tiers;
- les autres États membres adopteraient le principe de l'épuisement national;
- étant entendu que, en tout état de cause, dans les domaines relevant de la compétence communautaire, tous les États membres devront appliquer le principe de l'épuisement communautaire.

Étant donné qu'il ne sera pas toujours aisé de déterminer sous quel régime un produit ou un service intégrant un droit de propriété intellectuelle est importé dans un État membre, des actions pour violation de droits de propriété intellectuelle pourront être introduites dans les États membres. Les importations parallèles risqueraient d'être touchées. Il est probable que la portée du principe de la libre circulation sera altérée ou affectée.

La Commission rappelle que le GATS ne permet pas de modifier unilatéralement les listes d'engagements spécifiques durant les trois années qui suivent son entrée en vigueur. Par la suite, si une telle modification annule ou compromet les droits d'autres Membres du GATS, une compensation doit leur être accordée (article XXI). La Commission estime dès lors que, en cas de compétence partagée, les États membres pourraient être tentés de s'opposer à tout nouveau développement du droit communautaire de peur d'avoir à offrir une compensation à des pays tiers. Ce risque de gel du droit communautaire constitue, selon la Commission, une affectation ou une altération du droit communautaire au sens de la jurisprudence AETR.

Par exemple, si un bien a été mis sur le marché d'un pays tiers par un titulaire d'un droit de propriété intellectuelle ou avec son consentement, le bien pourra être importé par un importateur parallèle dans les États membres de la Communauté qui appliquent le principe de l'épuisement international. Toutefois, le titulaire sera en mesure de s'opposer à l'importation de ce bien dans ceux des États membres qui appliquent l'épuisement national. Il résulte implicitement de l'arrêt de la Cour EMI/CBS, précité, que le titulaire du droit sera en mesure d'interdire l'importation du produit concerné par un importateur parallèle dans les autres États membres à partir de l'État qui applique le principe de l'épuisement international. Il en sera ainsi parce que le titulaire n'aura pas, en réalité, consenti à la première importation du bien dans la Communauté réalisée par l'importateur parallèle. En conséquence, il n'aurait pas été possible d'appliquer le principe de l'épuisement communautaire. L'harmonisation apparaît donc comme nécessaire dans ce domaine et a déjà été entreprise pour certains droits de propriété intellectuelle de manière à exclure la possibilité de l'épuisement international.

Par ailleurs, la Commission relève que l'article V du GATS prévoit une dérogation générale pour les intégrations économiques. Toutefois, des incertitudes subsistent quant à la portée exacte de certaines des dispositions de l'article V. Il n'est pas absolument sûr que les accords européens conclus avec des pays d'Europe centrale et orientale (voir accords conclus par la ou les Communautés avec la république de Pologne, du 16 décembre 1991, JO 1993 L 348, p. 2; avec la République fédérative tchèque et slovaque, du 16 décembre 1991, JO 1992 L 115, p. 2; avec la république de Hongrie, du 16 décembre 1991, JO 1993 L 347, p. 2; avec la république de Bulgarie, du 8 mars 1993, JO L 323, p. 2; avec la Roumanie, du 1^{er} février 1993, JO L 81, p. 2) remplissent les conditions de l'article V. S'il s'avérait que certains accords ne sont pas conformes à cette disposition, ils ne pourraient être maintenus, en tant qu'accords préférentiels, que si une dérogation au principe de la nation la plus favorisée était obtenue. Si les États

membres refusaient qu'une telle demande soit faite, le bénéfice de ces accords devrait être étendu, en vertu du principe de la nation la plus favorisée, à tous les Membres du GATS.

La Commission souligne également que l'article 6 de la directive 87/54, précitée, sur les topographies de produits semi-conducteurs prévoit des conditions moins exigeantes que les conditions minimales édictées par le TRIPs en ce qui concerne l'octroi de licences obligatoires. Invoquant l'avis 2/91, précité (points 25 et 26), la Commission rappelle que la simple coexistence de règles internationales et de dispositions de droit communautaire dans un domaine est susceptible d'affecter le droit communautaire, même en l'absence de contradiction entre elles.

Enfin, la Commission fait observer que, en raison du caractère de paquet unique de l'Accord OMC et de la règle sur les mesures de rétorsion croisées dans le mémorandum sur le règlement des différends, une violation commise par un État membre d'un des Accords annexés à l'OMC pourrait, si la compétence mixte était reconnue, conduire à des mesures de rétorsion dans le cadre d'un accord, qui relèverait de la sphère de compétence communautaire. Cette possibilité de mesures de rétorsion croisées constitue à elle seule une affectation ou une altération de règles communautaires au sens de l'arrêt AETR.

H — Huitième question

La section 3 de la partie II de l'Accord TRIPs oblige chaque Membre à protéger les indications géographiques des autres Membres. Conseil et Commission exposent que le règlement (CEE) n° 2081/92 du Conseil, du 14 juillet 1992, relatif à la protection des indications géographiques et des appellations d'origine des produits agricoles et des denrées alimentaires (JO L 208, p. 1), répond en partie à cette exigence. Conseil et Commission *sont priés d'indiquer comment ce règlement peut servir de base à la protection d'indications de provenance et d'appellations d'origine de pays tiers.*

La Commission expose que, en vertu de l'article 12, ce règlement s'applique également aux indications géographiques des pays tiers: celles qui satisfont aux conditions qu'il pose (notamment être conforme à un cahier des charges et être soumis à un régime de contrôle) pourront obtenir, en suivant la même procédure, la protection spécifique offerte par l'article 13 de ce règlement.

Le Conseil rappelle que la section 3 de la partie II du TRIPs oblige chaque partie contractante à accorder une protection aux dénominations protégées des autres parties contractantes. La logique même de l'Accord veut que son application puisse mettre en cause la protection accordée par la réglementation communautaire.

Pour illustrer cette situation, le Conseil fournit l'exemple d'une plainte de la république de Hongrie, Membre de l'OMC, qui soutiendrait que la protection que la Communauté accorde à la dénomination « Tokay » est contraire au TRIPs parce qu'elle doit être réservée aux vins produits dans la région hongroise de Tokay. Comme la dénomination « Tokay » est protégée par la législation communautaire, le Conseil estime que c'est la Communauté, et non les États membres, qui serait compétente pour se défendre contre les prétentions de la république de Hongrie dans le cadre d'un tel différend.

I — Neuvième question

Commission et Conseil sont priés d'indiquer, lorsqu'il y a acte communautaire d'harmonisation de droits de propriété intellectuelle, s'il y a obligation, pour les États membres, d'appliquer les règles, dont l'adoption leur est prescrite, à l'égard des ressortissants de pays tiers.

Le Conseil reconnaît cependant que le problème de la protection des indications géographiques de pays tiers peut aussi se poser sans affecter la réglementation communautaire et qu'une telle hypothèse n'a pas été envisagée dans ses observations écrites.

La *Commission* estime que, pour les actes communautaires harmonisant des droits de propriété intellectuelle couverts par la Convention de Paris pour la propriété industrielle ou la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, la question est réglée par ces conventions internationales elles-mêmes.

A cet égard, le Conseil cite l'exemple de la protection à accorder en Espagne à une boisson alcoolique produite au Mexique et appelée « Tequila du Mexique ». D'après le Conseil, sous réserve d'un acte communautaire de droit dérivé portant sur la question, un tel problème relève de la compétence des États membres. Au regard de ce dernier exemple, le Conseil souhaite modifier ses observations écrites: la portée des mesures communautaires en matière d'indications géographiques ne coïncide pas totalement avec celle de la section 3 de la partie II du TRIPs. La compétence communautaire découlant de l'effet AETR n'embrasse donc pas la totalité de cette section 3, et les compétences des États membres subsistent donc en partie.

Les articles 2 et 3 de la Convention de Paris prévoient, en effet, pour les ressortissants des pays de l'Union de Paris ainsi que pour les personnes qui sont domiciliées ou ont un établissement effectif et sérieux sur le territoire d'un de ces pays, le traitement national pour les « avantages » actuels et futurs accordés par les législations en matière de propriété industrielle. Ce principe s'applique donc automatiquement aux dispositions de la première directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques (JO 1989 L 40, p. 1).

En vertu des articles 3 et 5 de la Convention de Berne, les auteurs, ressortissants d'un des pays de l'Union de Berne ou y résidant habituellement, jouissent des droits actuels et futurs que les législations accordent aux nationaux.

Ce principe doit être automatiquement appliqué aux dispositions en matière de droits d'auteur de:

- la directive 92/100/CEE du Conseil, du 19 novembre 1992, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle (JO L 346, p. 61);
- la directive 93/83/CEE du Conseil, du 27 septembre 1993, relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble (JO L 248, p. 15).

En ce qui concerne les autres droits de propriété intellectuelle, la réponse varie selon les actes communautaires. En vertu de l'article 3, paragraphe 7, de la directive 87/54/CEE du Conseil, du 16 décembre 1986, concernant la protection juridique des topographies de

produits semi-conducteurs (JO 1987, L 24, p. 36), l'extension de la protection à des ressortissants de pays tiers est décidée par le Conseil. Dans la directive 92/100/CEE du Conseil, du 19 novembre 1992, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle (JO L 346, p. 61), il aurait été sous-entendu que les États membres continueraient à accorder ces droits sur une base de réciprocité et à accorder le traitement national aux ressortissants des pays parties à la Convention de Rome. Cette position aurait été confirmée expressément dans la directive 93/98/CEE du Conseil, du 29 octobre 1993, relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins (JO L 290, p. 9). Le vingt-troisième considérant du préambule fait, en effet, référence à une protection de ressortissants des pays tiers en vertu d'un accord international.

Le Conseil fait d'abord valoir que, en principe, lorsqu'il existe un acte communautaire d'harmonisation de droits de propriété intellectuelle, il n'y a pas obligation pour les États membres d'appliquer, à l'égard des ressortissants de pays tiers, les règles dont l'adoption leur est prescrite.

D'une manière générale, en effet, les mesures d'harmonisation visent l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur, et leur objet est d'éliminer les obstacles à la libre circulation à l'intérieur de la Communauté. Elles n'ont pas pour but d'harmoniser le traitement à accorder aux ressortissants et sociétés de pays tiers. Le plus souvent d'ailleurs, elles ne se prononcent pas sur le

traitement que chaque État membre peut accorder aux ressortissants de pays tiers.

Le Conseil reconnaît toutefois que, parfois, les mesures communautaires d'harmonisation peuvent contenir une règle générale applicable à toute activité réalisée sur le territoire des États membres, y compris par des ressortissants ou sociétés de pays tiers. Par exemple, une mesure d'harmonisation pourrait imposer une obligation d'enregistrement à tout professionnel désirant exercer ses activités dans la Communauté ou à toute personne, physique ou morale, désirant faire protéger un droit de propriété intellectuelle dont elle est titulaire. Cette règle générale s'appliquerait à des ressortissants de pays tiers.

C'est pourquoi le Conseil estime que la réponse à donner à la neuvième question ne peut être formulée qu'au regard de l'état actuel de l'harmonisation communautaire: à l'heure actuelle, la législation communautaire n'impose qu'exceptionnellement des obligations aux États membres en ce qui concerne les droits de propriété intellectuelle à accorder à des ressortissants de pays tiers.

J — Dixième question

La Communauté n'étant pas partie à plusieurs conventions dans le domaine de la pro-

priété intellectuelle gérées par l'OMPI, la Commission est invitée à indiquer qui participerait à la gestion de ces conventions, si la compétence exclusive de la Communauté pour conclure des conventions avec des pays tiers en matière de propriété intellectuelle était reconnue.

A titre liminaire, la *Commission* précise qu'elle a soutenu que la Communauté a compétence exclusive pour conclure l'Accord OMC parce qu'il s'agit principalement d'un accord qui touche au commerce (trade-related), et non que la Communauté a compétence exclusive pour conclure toutes les conventions avec des pays tiers en matière de propriété intellectuelle.

Selon elle, il faut examiner les conventions au cas par cas pour déterminer s'il s'agit d'un accord commercial et, dans la négative, si le législateur communautaire a déjà adopté des mesures susceptibles d'être affectées par la convention en cause ou s'apprête à le faire en concluant ladite convention.

La Commission souligne que les compétences externes de la Communauté ont un caractère évolutif, particulièrement dans le domaine de la propriété intellectuelle. Ainsi, actuellement, la Communauté ne peut devenir Membre de l'OMPI ou adhérer aux conventions existantes telles que les Conventions de Paris et de Berne, puisque cette possibilité n'est ouverte qu'à des États. La Commission n'a qu'un statut d'observateur à

l'OMPI où elle mène une action coordonnée avec les États membres. Par contre, la Communauté a été associée plus étroitement à l'élaboration de deux conventions OMPI, établies récemment, le traité de Washington du 26 mai 1989 sur la protection de la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés et le Protocole de Madrid du 28 juin 1989 relatif à l'Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques. En effet, elle a participé à la Conférence diplomatique avec le statut de délégation et elle peut devenir partie contractante à ces conventions.

compétence partagée de la Communauté et des États membres.

Le Conseil se contente d'esquisser les contours de la solution à retenir pour le cas d'une participation conjointe.

K — Onzième question

Le Conseil et les États ayant présenté des observations sont priés d'indiquer avec précision selon quelles modalités l'unité d'action extérieure de la Communauté et des États pourrait être assurée au cas où il serait jugé que la conclusion des Accords GATS et TRIPs requiert la participation conjointe de la Communauté et des États membres.

D'abord, la solution devra respecter pleinement les traités et l'acquis communautaire. Ensuite, le principe d'un porte-parole commun unique, même dans les matières ne relevant pas ou pas complètement de la compétence exclusive de la Communauté, devrait être retenu. Quant aux décisions proprement dites, elles devraient être prises au sein du Conseil, même dans les matières non communautaires, afin qu'il joue pleinement le rôle que lui attribue le traité sur l'Union européenne. Enfin, le principe d'une « boîte aux lettres » unique devrait être retenu afin de ne pas imposer aux autres Membres de l'OMC la charge de déterminer qui, de la Communauté ou des États membres, est compétent. Toute demande de consultation ou toute plainte pourrait être adressée soit « à l'Union européenne », soit « à la Communauté et aux États membres » et devrait être acceptée indépendamment de la question de savoir qui est compétent.

Le Conseil indique que la question des modalités de la participation conjointe de la Communauté et des États membres à l'OMC n'a pas encore été résolue, car, tant que l'avis de la Cour n'aura pas été rendu, l'incertitude demeure quant à l'existence d'une

Le Conseil ajoute que la Cour n'a pas besoin de connaître les modalités qui seront adoptées en cas de participation conjointe de la Communauté et des États membres pour répondre à la question qui lui est posée, qui est de savoir si les États membres détiennent

une compétence pour tel ou tel domaine précis dans lequel des obligations sont prescrites par le GATS ou le TRIPS. Il affirme, en tout état de cause, être conscient des obligations que font peser sur lui les articles du traité qui imposent la cohérence de l'action extérieure de l'Union européenne.

Selon le *gouvernement danois*, il découle des articles C du traité sur l'Union européenne et 5 du traité CE ainsi que de la jurisprudence de la Cour que les institutions de la Communauté et les États membres sont tenus de coopérer loyalement et que ce devoir de coopération loyale vaut dans le cas d'une compétence exclusive de la Communauté comme dans celui d'une compétence partagée entre la Communauté et les États membres. Dans cette dernière hypothèse, ce devoir s'impose, quelle que soit la manière dont les États membres exercent leurs compétences.

Le *gouvernement allemand* se réfère au « code de conduite » adopté en mai 1994 par le Conseil pour permettre la poursuite des négociations « post-Uruguay Round » dans le domaine des services (voir le texte de cet accord, reproduit ci-dessus, sous la réponse à la quatrième question), ainsi qu'au projet de « code de conduite », en discussion au Conseil, envisagé de manière plus générale pour toute l'OMC. Ces codes seraient de nature à éliminer les difficultés liées à la sauvegarde de l'unité d'action extérieure de la Communauté et des États membres.

Le *gouvernement hellénique* expose également que l'unité d'action des États membres et de la Communauté dans le cadre de l'OMC pourra être assurée par un « code de conduite » adopté par décision des représentants des gouvernements des États membres, réunis au sein du Conseil. Ce code désignerait la Commission comme « porte-parole commun » des États membres et de la Communauté au sein de l'OMC, tant pour les questions relevant de la compétence communautaire exclusive que pour celles relevant de la compétence des États membres. S'agissant de la deuxième catégorie de questions, les États membres seraient invités à définir des positions communes que la Commission exposerait au sein des organes compétents de l'OMC. Enfin, dans le cas où les États membres ne parviendraient pas à définir une position commune, et uniquement dans ce cas, ils pourraient, selon le gouvernement hellénique, défendre leurs points de vue nationaux au sein de l'OMC.

Le *gouvernement espagnol* souligne également la nécessité d'adopter un code de conduite qui prévoirait le recours aux procédures prévues par les traités pour les matières relevant de la compétence communautaire et la recherche d'un consensus entre les États membres pour les matières relevant de leur compétence. Si ce consensus se révèle impossible à atteindre, les États membres seraient libres, selon le gouvernement espagnol, de présenter leur propre position. Enfin, la

Commission serait invitée à s'exprimer et à négocier au nom de la Communauté et des États membres en suivant les instructions données, selon le cas, par le Conseil ou par les États membres.

aux dispositions pertinentes du traité et, pour les matières de compétence nationale, par consensus. Les États membres ne s'exprimeraient sur les questions de compétence nationale que si une position commune n'a pas pu être adoptée.

Le *gouvernement français* observe également que la cohérence de l'action de la Communauté et celle de ses États membres devraient être assurées pour l'application des accords issus du Cycle d'Uruguay, conformément aux articles C, deuxième alinéa, du TUE et 5 du traité CE. Selon le gouvernement français, le projet de code de conduite qui fait l'objet de discussions au sein du Conseil permettrait d'assurer cette unité d'action. Ce dispositif devrait comporter les éléments suivants: principe du porte-parole unique de la Commission au sein de l'OMC; conduite des négociations au sein de l'OMC par la Commission au nom de la Communauté et des États membres dans le cadre d'un mandat, compte rendu régulier des négociations au Conseil et à ses instances chargées de les suivre, association des États membres à toutes les phases des négociations ou des discussions. En outre, la Commission devrait accueillir les demandes de consultation des États membres et suspendre temporairement les discussions si nécessaire. Une coopération étroite devrait s'instaurer entre la Commission, les États membres et le secrétariat général du Conseil pour une conduite ordonnée des négociations. Les actions et prises de position devraient être fondées sur une position commune adoptée, pour les matières de compétence communautaire, conformément

Le *gouvernement néerlandais* se réfère à l'avis 2/91 pour souligner la nécessité d'une collaboration aussi étroite que possible entre la Communauté et ses États membres, dans le cas d'une compétence conjointe. Cette collaboration devrait se traduire par l'adoption d'un code de conduite. Le gouvernement néerlandais rappelle à cet égard le contenu de l'ancien article 116 du traité CEE, l'arrangement existant dans le cadre de la FAO, ainsi que les procédures existant dans le cadre du troisième pilier du traité sur l'union européenne, en particulier celle de l'article K.5.

Selon le *gouvernement portugais*, les difficultés éventuelles qui pourraient surgir au niveau de la représentation des intérêts propres des États membres au sein de l'OMC ou au niveau de la formation de leur volonté ne sont pas de nature à déterminer la réponse à la question de la répartition des compétences

et à empêcher de conclure au caractère mixte des accords en cause. Le gouvernement portugais rappelle les obligations de coopération et de cohérence prévues par les articles C, J.1, paragraphe 4, et J.2, paragraphe 3, du traité sur l'Union européenne, et par l'article 5 du traité CE. L'objectif de l'unité d'action de la Communauté et des États membres a été atteint au cours des négociations de l'OMC. L'expérience ainsi acquise devrait, selon le gouvernement portugais, servir de référence pour l'élaboration d'un code de conduite qui définirait à la fois les devoirs spécifiques de la Commission comme porte-parole des États membres et le mode d'adoption des positions communes ou concertées des États membres sur des questions relevant de leur compétence. Une décision par consensus devrait être recherchée, lorsque sont en cause des intérêts vitaux ou très importants d'un État membre.

Cependant, une méthode déterminée de coopération n'est pas nécessairement appropriée pour tous les accords et dans toutes les circonstances. Pour cette raison, le Royaume-Uni ne peut esquisser que les contours probables de la procédure d'accord par laquelle pourra être atteinte la cohérence d'une action externe dans le cadre de l'OMC.

1. La procédure couvrirait les comportements de la Communauté et des États membres dans le cadre de l'OMC, que les matières relèvent de la compétence communautaire ou de celle des États membres.

Le *gouvernement du Royaume-Uni* souligne que la véritable portée de la question de la Cour a trait à la participation future à l'OMC de la Communauté et des États membres. Il rappelle que la Communauté et les États membres ont efficacement coopéré pendant les négociations multilatérales du Cycle d'Uruguay, de la même manière qu'ils l'auraient fait si une compétence conjointe avait été reconnue par toutes les parties dès le départ. Ceci démontre que pareille coopération est politiquement possible et peut être particulièrement efficace pour assurer le respect des intérêts de la Communauté et des États membres.

2. La Commission serait normalement le « porte-parole » unique et négocierait pour le compte de la Communauté et des États membres; toutefois, dans des cas exceptionnels, les États membres devraient aussi être en mesure de s'exprimer et de négocier. La procédure applicable définirait les circonstances dans lesquelles ils pourraient exercer ce droit.

3. La Commission informerait les États membres de l'état des négociations et des discussions et les mettrait en mesure de participer de façon appropriée.

et budgétaires, mais ils éviteraient de prendre des positions divergentes.

4. La Commission ferait parvenir diligemment aux États membres tous les documents pertinents, en ce compris les textes.

8. Des dispositions devraient être adoptées pour déterminer la manière dont la Communauté gère les procédures de règlement des différends dans le cadre de l'OMC. Ces dispositions devraient prévoir une coopération étroite entre la Commission et les États membres.

5. La Commission tiendrait compte des points de vue des États membres. Les procédures applicables devraient faire l'objet d'un accord.

9. Pour le cas où des États membres déterminés seraient affectés par le comportement d'autres parties à l'Accord OMC, qui agiraient en violation de celui-ci, des dispositions devraient prévoir une procédure de consultation entre la Commission et les États membres ainsi qu'une coopération étroite entre eux.

6. Les positions ou les actions qui seraient décidées seraient basées sur des règles et procédures communautaires là où celles-ci s'appliquent (par exemple dans le cadre de l'article 228, paragraphe 1, deuxième phrase, du traité CE) et, dans les autres cas, résulteraient d'une position commune obtenue par consensus.

7. Les États membres s'exprimeraient, comme ils le font aujourd'hui, pour leur propre compte, sur les matières administratives

Il ne fait aucun doute, pour le gouvernement du Royaume-Uni, qu'une procédure correspondant aux traits esquissés ci-dessus sera prochainement organisée. Les États membres n'ont aucune intention de miner le pouvoir de négociation énorme qu'ils exercent collectivement; leur intérêt supérieur est de déployer ce pouvoir de négocier de la façon la plus efficace possible.