

LA PRODUCTION ET LE COMMERCE DES ARMES, ET L'ARTICLE 223 DU TRAITÉ INSTITUANT LA COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE

PAR

Olivier LHOEST

ASSISTANT À LA FACULTÉ DE DROIT DE L'U.C.L.
AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES

Fait souvent méconnu, le commerce et la production d'armes font l'objet de dispositions spécifiques du traité instituant la Communauté européenne (1) (articles 223, 224 (2) et 225CE), et se trouvent, en vertu de celles-ci, soumis à un régime profondément dérogatoire.

(1) Ainsi rebaptisé par le Traité de Maastricht.

(2) L'article 224 CE est libellé dans les termes suivants : « Les États membres se consultent en vue de prendre en commun les dispositions nécessaires pour éviter que le fonctionnement du marché commun ne soit affecté par les mesures qu'un État membre peut être appelé à prendre en cas de troubles intérieurs graves affectant l'ordre public, en cas de guerre ou de tension internationale grave constituant une menace de guerre, ou pour faire face aux engagements contractés par lui en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationale ». Il n'en sera qu'incidemment question dans le cadre de la présente contribution. Quoique la disposition soit susceptible d'avoir des incidences dans le domaine du commerce des armes, elle n'y est en effet pas spécifiquement consacrée. Elle ne trouve de surcroît à s'appliquer que dans des circonstances exceptionnelles, puisque la réserve somme toute classique qu'elle formule au profit des États membres ne peut être mise en œuvre qu'en présence de situations de crise limitativement définies, ou en vue de faire face à certains engagements internationaux. Ainsi les implications de la disposition en cas de conflit armé déclaré ou latent sont-elles connues, qui peuvent notamment légitimer l'adoption de mesures restrictives du commerce international, tantôt en application d'une résolution du Conseil de Sécurité des Nations Unies (engagement international contracté en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationale), tantôt par décision autonome des États agissant individuellement ou conjointement dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune, quitte à ce que la mise en œuvre de telles mesures soit, le cas échéant, confiée à la Communauté comme le prévoit désormais expressément l'article 228A CE. Le propre des situations de crise visées par la disposition est toutefois leur ponctualité et leur gravité particulière, en manière telle que l'on ne pourrait, par exemple, se prévaloir systématiquement de l'article 224, pour asseoir la politique menée en temps normal par les États membres en matière d'exportations d'armes ou de biens stratégiques. Pour un commentaire circonstancié de l'article 224, voyez J. VERHOEVEN, « Article 224 », in *Traité instituant la CEE, Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1992, pp. 1403 à 1409 et J.L. Dewost, in *Commentaire Mégret*, tome XV, *Le droit de la Communauté économique européenne. Dispositions générales et finales*, éd. de l'Université libre de Bruxelles, 1987, pp. 435 à 448.

L'article 223 (3) du Traité CE qui leur est principalement consacré dispose en effet :

« 1. Les dispositions du présent traité ne font pas obstacle aux règles ci-après :

a) aucun État membre n'est tenu de fournir des renseignements dont il estimerait la divulgation contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité,

b) tout État membre peut prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre ; ces mesures ne doivent pas altérer les conditions de la concurrence dans le marché commun en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires.

2. Au cours de la première année suivant l'entrée en vigueur du présent traité, le Conseil statuant à l'unanimité fixe la liste des produits auxquels les dispositions du paragraphe 1 b) s'appliquent.

3. Le Conseil statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission, peut apporter des modifications à cette liste. »

Le libellé de cette disposition et l'interprétation qu'elle suscite à priori expliquent que l'activité de la Communauté soit restée extrêmement discrète en ce domaine, les États membres n'hésitant guère à recourir assez systématiquement à la discrétion et à la liberté d'action apparentes qui leur sont réservées.

L'actualité ne cesse cependant de rappeler de manière criante la nécessité de réglementer le commerce des armes à l'échelon international et il s'entend que quoique la réglementation de portée universelle soit à terme recherchée, le réalisme doit conduire à encourager les initiatives régionales, là où celles-ci ont dès à présent de réelles chances d'aboutir, ce qui ne saurait être contesté à propos de l'Union européenne.

De même, et sur un plan plus strictement communautaire, la disparition des frontières intérieures programmée par l'Acte unique européen (4) et ses implications sur la sécurité intérieure comme extérieure des États membres ont à leur tour remis en question l'approche purement nationale dans le domaine des armements (5).

(3) Disposition inchangée depuis l'entrée en vigueur du traité instituant la Communauté économique européenne.

(4) Voyez l'article 7A du traité CE.

(5) Comment assurer en effet l'effectivité de législations nationales relatives au commerce et à la détention d'armes si la circulation intracommunautaire de celles-ci n'est plus soumise à contrôles frontaliers ? Comment garantir de même l'effectivité des législations nationales relatives à l'importation et à l'exportation d'armes, si une politique commune n'est pas définie aux frontières extérieures de la Communauté ? Ne court-t-on pas le risque immédiat de voir les États membres dont la législation est plus libérale ou dont les contrôles douaniers sont moins rigoureux, se transformer en lieu privilégié des exportations d'armes au départ de la Communauté (quel que soit par ailleurs leur lieu de production dans la Communauté), et de leur importation au sein de celle-ci ? Comment éviter en ce dernier cas, que les armes ainsi importées soient ensuite illégalement réexportées sur le territoire d'un autre État membre ?

Ces divers éléments, parmi d'autres, expliquent que la possibilité ait été un instant envisagée, lors des négociations ayant mené à l'adoption du Traité sur l'Union européenne, de supprimer purement et simplement l'article 223 CEE (6).

Son maintien, dans un environnement juridique pourtant considérablement remanié par le Traité de Maastricht, s'en trouve d'autant plus significatif. Il va de soi en effet que quelque souhaitable qu'ait pu paraître l'intégration en ce domaine, elle ne saurait se faire contre la volonté des États membres.

La présente communication s'attachera à préciser les contours de l'article 223 CE, au regard notamment de l'évolution ayant affecté depuis 1957 la construction européenne, et de la pratique adoptée en cette matière par les institutions communautaires et par les États membres. Une attention particulière sera ensuite accordée à la pratique récente qui témoigne indiscutablement d'une percée de l'action commune des États membres en ce qui concerne les exportations de produits dits « à double usage » (7).

I. RAISONS D'ÊTRE FONDAMENTALES DE L'INSERTION DE L'ARTICLE 223 DANS LE TRAITÉ CEE ET DE SON MAINTIEN DANS LE CADRE DE L'UNION EUROPÉENNE

Qu'au moment d'instituer ce qui se voulait initialement une entité internationale de nature avant tout économique — marché commun reposant essentiellement sur quatre libertés fondamentales et sur des règles propres à assurer la libre concurrence en son sein (8) —, les États membres aient entendu réserver la possibilité de déroger aux règles de marché instituées lorsqu'était en cause la protection de leur sécurité, n'est assurément pas pour étonner (9).

(6) Voyez notamment la résolution du Parlement européen concernant le commerce des armes, adoptée le 18 avril 1991 et publiée in *J.O.C.E.*, n° C 129 du 20 mai 1991, p. 139, par laquelle cette institution demande aux États membres « de se mettre d'accord sans retard sur le non recours à l'article 223 du Traité CEE en ce qui concerne la production et le commerce des armes, des munitions et du matériel de guerre ; demande, par ailleurs, que les États membres décident, dans le contexte de la conférence intergouvernementale, de supprimer l'article 223 du Traité CEE » (p. 140) ; ayant également suggéré la suppression de l'article 223, la Commission assortissait de surcroît ses propositions de la possibilité d'instituer une véritable politique commune de production et d'exportation d'armements (projet de la Commission du 27 février 1991 évoqué par B. ADAM, in *Memento défense-désarmement 1992 — L'Europe et la sécurité internationale*, Les dossiers du GRIP, 1992, n° 168-171, p. 304).

(7) Parfois également qualifiés de « stratégiques », le propre de tels produits est qu'ils peuvent indifféremment recevoir une destination civile ou militaire.

(8) Ainsi que sur certaines politiques communes destinées à en faciliter la réalisation : politique commerciale, politique de transports, politique agricole commune.

(9) Comme le relève J. Verhoeven, les clauses du type de celle de l'article 223, dont le libellé est en l'espèce directement inspiré de l'article XXI du GATT, sont assez courantes dans la pratique internationale (voyez J. VERHOEVEN, « Article 223 », in *Traité instituant la CEE, Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1992, pp. 1395 et 1396).

Nul n'ignore que la maîtrise de la production et du commerce des armements a de tout temps fait l'objet d'une attention particulière de la part des États, qui y voient l'une des conditions du maintien de leur sécurité, *intérieure* comme *extérieure*. A ces préoccupations séculaires d'ordre public et de défense nationale, s'en sont de surcroît plus récemment ajoutées d'autres (10), d'ordre économique (protection de l'emploi, interdépendance entre chaînes de production, ...) ou ayant trait à la politique extérieure (11).

Compte tenu du caractère limité de l'intégration entreprise (12), de tels impératifs de défense, de politique étrangère et de sécurité intérieure n'eussent assurément plus été rencontrés en cas de soumission sans réserves de la production et du commerce d'armements aux règles du traité de Rome, et l'on comprend dès lors aisément que les États membres « n'aient point galvaudé leur sécurité en adhérant à la Communauté » (13).

Les préoccupations strictement économiques évoquées ci-avant n'étant pas propres au commerce des armes n'auraient en revanche pu à elles seules justifier la soustraction de celui-ci aux règles fondamentales du Traité. C'est dire qu'il pourrait être mis fin à cette soustraction lorsque sécurité intérieure, défense, et politique extérieure, se trouveront intégrées dans la logique de l'entreprise européenne et objet de mécanismes efficaces.

L'on ne peut certes s'empêcher de songer, à cet égard, ni au chemin actuellement parcouru au travers des accords de Schengen et du Traité de Maastricht en ce qui concerne la sécurité intérieure, ni à la mise en place par ledit traité d'une politique étrangère et de sécurité commune (14) (ci après PESC). Force est néanmoins de reconnaître que l'on reste loin du degré d'intégration qui permettrait de considérer que les États membres ont renoncé à gouverner eux-même les questions ayant trait à leur sécurité en se reposant sur les diverses organisations ou formes de coopération impliquées dans le processus de l'Union (Communauté européenne, PESC et

(10) Voyez à ce propos les développements d'A. COLLET, in « Le régime des matériels de guerre, armes et munitions en droit français dans ses rapports avec le droit de la Communauté économique européenne », *R.T.D.E.*, 1986, p. 357.

(11) Le contrôle des exportations d'armes s'est en effet mué en véritable *instrument* de politique extérieure. L'interdiction, unilatérale ou collective, de telles exportations emprunte en effet souvent à la sanction ou à la nécessité d'assurer la protection de divers intérêts, allant de celui des populations autochtones de l'État cible à celui de la Communauté internationale dans son ensemble.

(12) On rappellera notamment que le projet, un instant envisagé, d'instituer une Communauté européenne politique (CEP), fut abandonné dès 1954 suite au refus de l'Assemblée nationale française de ratifier le traité, signé deux ans auparavant, instituant une Communauté européenne de défense (CED).

(13) J. VERHOEVEN, « Article 223 », *op. cit.*, p. 1396.

(14) Celle-ci s'est, rappelons-le, substituée à la Coopération politique, formellement consacrée par le titre III de l'Acte unique européen.

coopération en matière de justice et d'affaires intérieures), ou en marge de celui-ci (Union de l'Europe Occidentale (UEO), Accords de Schengen (15))

Nonobstant leur insertion dans le processus de l'« Union », la coopération ou l'adoption à l'unanimité d'« actions communes » qui seront menées dans le domaine des affaires intérieures (16), comme dans celui de la sécurité extérieure (17), continuent fondamentalement d'emprunter à des mécanismes classiques de coopération entre les États membres, tout contrôle judiciaire par la Cour de justice à leur propos étant par ailleurs expressément exclu (18). La définition d'une politique de défense commune, voire d'une défense commune, se trouvent quant à elles reportées « à terme » et « le moment venu », et l'une et l'autre ne pourront de surcroît affecter « le caractère spécifique de la politique de sécurité et de défense de certains États membres » (19).

(15) Nonobstant les tentatives d'établissement de certains « liens » inter-processuels entre ces mécanismes et l'Union (voyez respectivement les articles K.3.c et K.7. du traité de Maastricht à propos des accords de Schengen, et l'article J.4. et la déclaration annexée au traité, à propos de l'U.E.O.), ils lui demeurent à ce stade largement extérieurs. Non seulement la composition de l'U.E.O. et celle de l'Union diffèrent-elles, tandis que les accords de Schengen ne regroupent qu'une partie des États membres de l'Union, mais plus fondamentalement pour notre propos, il apparaît que chacun de ces deux processus connaît une phase de gestation ou de transformation assez difficile. L'U.E.O. pourrait, on le sait, incarner le bras armé de l'Union lorsque la politique de défense commune, voire la défense commune, dont il est question dans le traité de Maastricht recevront les développements ultérieurs éventuels qu'on leur promet. Entretemps, l'on conçoit sans peine qu'il ne soit guère aisé de redéfinir le rôle de cette organisation dans un paysage organisationnel où l'OTAN, notamment, occupe une place traditionnellement importante.

Les accords de Schengen poursuivent quant à eux principalement « la suppression des contrôles aux frontières communes dans la circulation des ressortissants des États membres des Communautés européennes » (préambule de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes). La mise en œuvre d'une telle suppression implique nécessairement que soient résolues bon nombre de difficultés connexes liées tantôt au franchissement des frontières extérieures (contrôle, visas, asile, ...), tantôt au maintien de la sécurité au sein même de l'entité ainsi créée (coopération policière, entraide judiciaire, etc.). Dans cette perspective, l'Accord de 1985 annonçait notamment un renforcement de la coopération douanière et policière dans la lutte contre le trafic illicite d'armes (article 9) et à plus long terme l'harmonisation des législations en matière d'armes et d'explosifs (articles 19). La Convention d'application de l'Accord de Schengen, datant du 19 juin 1990 (non encore en vigueur) précise les conditions dans lesquelles la coopération et l'harmonisation susvisées sont appelées à intervenir (voyez notamment les dispositions du titre III relatives à la coopération policière, à l'entraide judiciaire en matière pénale, à l'extradition ; voyez de même les articles 77 à 91 relatifs à la politique d'harmonisation des conditions d'acquisition, de détention et de commerce d'armes à feu et de munitions par des personnes physiques et morales). A propos des conventions de Schengen et de leurs liens avec le droit communautaire, voyez notamment *Free movement of persons in Europe*, edited by SCHERMERS H.G., FLINTERMAN C., KELLERMANN A.E., VAN HAERSOLTE J.C., VAN DE MEENT G.W.A., Martinus Nijhoff Publishers, 1993 ; *Schengen — Internationalization of central chapters of the law of aliens, refugees, privacy, security and the police*, H. MEIJERS et al., Stichting N.J.C.M. — Boekerij, 2^e éd., 1992 ; *Les accords de Schengen : abolition des frontières intérieures ou menace pour les libertés publiques ?*, édité par A. PAULY, CIP-Gegevens Koninklijke bibliotheek, Den Haag, 1993.

(16) Voyez les articles K.3 et K.4 du traité de Maastricht.

(17) Voyez les articles J.2, J.3 et J.8 du traité de Maastricht.

(18) Voyez l'article L du traité de Maastricht.

(19) Voyez l'article J.4 du traité de Maastricht.

Aussi ne doit-on pas véritablement s'étonner, en l'absence de volonté d'aller vers une intégration politique et militaire plus poussée, que l'article 223 CE ne se soit nullement trouvé affecté par l'entrée en vigueur du traité de Maastricht (20).

Aujourd'hui comme hier, les États membres restent donc libres, en matière de production et de commerce d'armements, de déroger, dans les limites prévues à l'article 223, aux règles du traité CE. Cela étant, il s'entend que rien ne leur interdit de coordonner leur attitude à cet égard, en coopérant soit de manière informelle (21), soit au sein d'ensembles plus structurés (22). Il reste qu'en cette hypothèse, c'est librement qu'ils conviennent de déroger ensemble et de manière uniforme aux règles du Traité CE.

II. PORTÉE DE LA DÉROGATION OPÉRÉE PAR L'ARTICLE 223 CE

L'article 223 CE ayant été maintenu inchangé par le traité de Maastricht, il importe aujourd'hui comme hier de s'interroger sur la portée d'une disposition dont l'interprétation n'a de mémoire communautaire jamais pu être clairement dégagée (23). Force est en effet de constater qu'à un texte particulièrement ambigu a correspondu une pratique qui ne l'est pas moins, les institutions communautaires semblant en ce domaine il est vrai politiquement sensible, s'accommoder parfaitement des doutes entourant la portée de la disposition (24).

(20) La solution est certaine au vu de l'article M du traité.

(21) L'on songe par exemple au Comité de coordination du contrôle multilatéral des exportations (Cocom) (sur la légalité au regard du droit communautaire de l'action menée par les États membres au sein du Cocom voyez nos observations *infra*, sous II.c.3 et sous III ; à propos du Cocom, voyez la contribution de P. D'ARGENT dans le présent volume), ou au Groupe européen indépendant de programmes (G.E.I.P.) à présent intégré à l'U.E.O., et au sein duquel fut par exemple lancé le programme Euclid (à propos des activités du G.E.I.P., voyez R. YAKEMTCHOUK, *Le commerce des armes*, *Studia diplomatica*, vol. XLV, 1992, n^{os} 1-2-3, pp. 150 et s ; pour une appréciation de l'activité menée au sein du G.E.I.P. au regard du droit communautaire, voyez la réponse de la Commission à la question écrite de M.J. VANDEMEULEBROUCKE, *P.E.Q.E.*, n^o 898/90, *J.O.C.E.*, n^o C 283 du 12 novembre 1990, p. 26).

(22) Tels le Comité permanent des armements (C.P.A.) au sein de l'U.E.O. ou la P.E.S.C. menée par l'Union. A propos de la P.E.S.C. voyez *infra*, sous III, spec. note 110.

(23) Témoin, ce passage de la résolution du Parlement européen du 14 mars 1989 sur les exportations européennes d'armements : « Le Parlement européen : (...) 1. invite la Commission à faire toute la clarté sur l'interprétation de l'article 223 du traité CEE et du titre III de l'Acte unique en ce qui concerne le développement d'un marché commun de l'armement en Europe. (...) » (*J.O.C.E.*, n^o C 96 du 17 avril 1989, p. 36) ; voyez également la réponse de la Commission à la question écrite de M.K. HÄNSCH, *P.E.Q.E.*, n^o 508/86, *J.O.C.E.*, n^o C 19 du 26 janvier 1987, p. 10.

(24) Voyez notamment *infra*, nos considérations à propos de la non publication de la liste d'armements visée à l'article 223 CE.

A. Particularité de la dérogation

Une première observation s'impose. Il ne fait aucun doute que même si le traité n'avait pas réservé un sort particulier au commerce et à la production d'armements, il n'aurait par exemple pu être question, à leur propos, de libre circulation pure et simple des marchandises ou de liberté d'établissement sans limitations, pas plus que de liberté incontrôlée d'exportation.

Le traité admet expressément qu'il soit dérogé à *certaines* de ses dispositions lorsque la protection d'impératifs tels que la *sécurité publique*, la santé, l'ordre public ou la moralité publique, le requiert (25), et l'on sait que les États membres se sont largement prévalu de telles clauses de sauvegarde en présence d'autres produits sensibles, tels par exemple, les médicaments (26) ou le pétrole.

Ce qui distingue fondamentalement les armements de ces autres produits sensibles tient donc dans l'ampleur toute particulière des dérogations autorisées par l'article 223 CE.

D'une part, ces dérogations peuvent *a priori* affecter *toutes* (27) les dispositions du traité de Rome. D'autre part, les États bénéficient à cet égard d'une *discretion particulièrement large* (28), l'article 223 autorisant en effet chacun d'entre eux à déroger aux règles du traité de Rome par l'adoption des mesures « qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre », seuls les « usages abusifs » de cette faculté pouvant par ailleurs être déférés à la Cour de justice (29). Il n'est guère contestable que la formulation et l'esprit de ces dispositions les distingue fondamentalement d'autres clauses de sauvegarde contenues dans le traité, telle par exemple celle formulée à l'article 36 CE autorisant des dérogations à la libre circulation des marchandises lorsque se trouve en cause la *sécurité publique*. En ce dernier cas en effet, le concept de sécurité publique se voit reconnaître une acception communautaire autonome et objective commune à l'ensemble des États membres et soumise au contrôle judi-

(25) Voyez notamment l'article 36 CE relatif à la libre circulation des marchandises.

(26) Voyez par exemple, à propos des médicaments, O. LHOEST, « Autorisations en matière de mise sur le marché des médicaments : reconnaissance mutuelle ou procédures communautaires centralisées ? », *Annales de droit de Louvain*, 1993, pp. 293 à 318.

(27) Comme l'ont relevé certains auteurs, le fait que l'article 223 figure dans la partie du traité relative aux dispositions générales et finales confirme pour autant de besoin le caractère général de la dérogation, toutes dispositions du traité de Rome se trouvant de ce fait *a priori* potentiellement dérogeables (voyez D. VIGNES, in *Commentaire Mégret*, tome XV, *Le droit de la Communauté économique européenne. Dispositions générales et finales*, éd. de l'Université libre de Bruxelles, 1987, p. 427 ; dans un sens similaire J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 1399).

(28) Pour de plus amples développements à ce propos, voyez *infra*, sous II.d.1.

(29) Voyez l'article 225 CE et notre commentaire, *infra*, sous II.d.1.

ciaire étroit (30) de la Cour de justice. S'agissant en revanche de l'article 223 CE, un certain degré de subjectivité est toléré dans l'appréciation des besoins de sa sécurité par l'État, tandis que le contrôle exercé par la Cour est relativement marginal.

*B. Le principe : l'application du traité CE
aux activités de production et de commerce d'armes*

Quoiqu'une faculté particulièrement large de dérogation soit réservée aux États membres en cette matière, il ressort clairement du libellé des articles 223 et 225 CE que la production et le commerce d'armes restent, en principe, soumis aux règles du traité (31). En interdisant l'« usage abusif des pouvoirs prévus aux articles 223 et 224 » et en en soumettant la constatation à la Cour de justice (32), l'article 225 CE ne laisse en effet subsister aucun doute sur ce point. Il n'est pas de dérogation automatique aux règles du traité en matière de production ou de commerce d'armes, munitions et matériel de guerre.

La précision a notamment pour conséquence importante qu'hormis les États membres, nul ne saurait décider unilatéralement de soustraire une situation relative à la production ou au commerce d'armements aux règles du traité CE. Les *entreprises*, singulièrement, sont tenues, en ce domaine comme en tout autre, de se plier aux règles du traité relatives à la concurrence (33), à moins que l'État dont elles ressortent n'ait lui-même décidé

(30) L'existence d'une menace effective d'atteinte aux impératifs en cause fera souvent l'objet d'un contrôle de légalité par la Cour à l'occasion de renvois préjudiciels en interprétation (article 177 CE) ou dans le cadre d'une procédure en constatation de manquement dirigée contre l'État (article 169 CE). La rigueur dont la Cour fait preuve dans l'interprétation de l'article 36 est connue. A titre d'illustration, l'on rappellera à cet égard la jurisprudence constante selon laquelle le recours à cette disposition cesse d'être autorisé dès lors que les règles nationales en cause ont fait l'objet d'une harmonisation complète au titre des articles 100 et 100A CE (voyez arrêt *Reue* (Cassis de Dijon) du 20 février 1979, aff. 120/78, *Rec.*, p. 649).

(31) Voyez les réponses du Conseil aux questions écrites de Mme M. VAN HEMELDONCK, *P.E.Q.E.*, n° 547/85, *J.O.C.E.* n° C 287 du 11 novembre 1985, p. 9 et de Mme S. FERNEX, *P.E.Q.E.*, n° 865/91, *J.O.C.E.*, n° C 315 du 5 décembre 1991, p. 20.

(32) Voyez *infra*, sous II.d.1.

(33) Voyez articles 85 et suivants du traité CE. La pratique communautaire révèle du reste nombre d'exemples d'application des règles de concurrence à des entreprises actives dans le secteur des armes et munitions ou dans celui des produits « à double usage » ; voyez par exemple à propos d'accords relatifs à la fabrication et à la commercialisation de munitions (décision 71/222/CEE de la Commission du 28 mai 1971 (FN — CF), *J.O.C.E.*, n° L 134 du 20 juin 1971, p. 6) ; de même à propos d'une concentration récente dans le domaine des avions civils et militaires, voyez décision de la Commission du 10 mai 1993, concentration Dasa/Fokker, IP/93/350 ; pour d'autres références voyez C.W. BELLAMY & G.D. CHILD, *Common Market Law of Competition*, Sweet & Maxwell, London, 1987, 3rd ed., n° 13-48, pp. 591 et 592 et I. VAN BAELE & J.F. BELLIS, *Droit de la concurrence de la Communauté économique européenne*, Bruylant, Bruxelles, 1991, n° 1005, pp. 550 à 552.

d'une dérogation au titre de l'article 223, par exemple en leur accordant une aide qui eût en principe été prohibée aux termes de l'article 93 CE (34).

C. Produits visés par l'article 223

1. Produits susceptibles de figurer sur la liste du Conseil

Aux termes de l'article 223 2°, il appartient au Conseil statuant à l'unanimité — et non aux États membres agissant individuellement — d'arrêter la « liste des produits auxquels les dispositions du paragraphe 1 b) s'appliquent ».

— Nonobstant les doutes que pourrait laisser planer une lecture littérale de l'article 223, il s'entend que les « produits » dont la liste doit ainsi être arrêtée par le Conseil sont bien les armes, munitions et matériels de guerre (35), et non les « produits non destinés à des fins spécifiquement militaires » auxquels fait également référence le paragraphe 1 b) de l'article 223. Quoique celle-ci n'ait jamais été publiée, il semble du reste acquis que la liste dont question comporte bon nombre d'armes, munitions et matériel de guerre classiques (36).

— Que des produits « à double usage » (37) puissent ou non être inclus dans la liste communautaire dépend en revanche de l'acception plus ou moins large que l'on reconnaîtra au concept de « matériel de guerre », voire à ceux d'« armes » et « munitions » (38).

A cet égard, nombre d'auteurs (39), s'appuyant sur le caractère déroga- toire de l'article 223 CE et sur la nécessité, partant, d'en apprécier restricti- vement la portée, considèrent que les produits à double usage ne peuvent être considérés comme du « matériel de guerre » au sens de cette disposition,

(34) À ce propos voyez la réponse de la Commission à la question écrite de Mme VAN HEMEL- DONCK, *P.E.Q.E.*, n° 1925/84, *J.O.C.E.*, n° C 135 du 3 juin 1985, p. 35 ; pour un relevé des prises de participation en capital par les pouvoirs publics belges dans les entreprises d'armement, voyez R. YAKEMTCHOUK, *op. cit.*, pp. 98 et s.

(35) Les « travaux préparatoires » du traité de Rome révèlent notamment que dans une version antérieure, le projet d'article 223 discuté par les négociateurs du traité fut ainsi libellé : « Aucune disposition du présent traité ne sera interprétée : (...)

b) ni comme empêchant une Partie contractante de prendre toutes mesures qu'elle estimera nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et se rapportant à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre, dans les limites de la liste annexée au présent traité ; (...) » (voyez la relation des travaux du Comité des chefs de délégation in S. NERI et H. SPERL, *Traité instituant la Communauté économique européenne. Travaux prépara- toires. Déclarations interprétatives des six gouvernements. Documents parlementaires*, Cour de justice des Communautés européennes, Luxembourg, 1960, XIV, pp. 411 et 412).

(36) Pour une énumération exemplative des produits qui figureraient dans cette liste, voyez A. MATTERA, *Le marché unique européen, Ses règles, son fonctionnement*, Jupiter, Paris, 2° ed., 1990, p. 602.

(37) Sur la signification de ces termes, voyez *supra*, note 7.

(38) Sur certaines sources de droit des gens auxquelles recours pourrait le cas échéant être fait pour interpréter ces concepts, voyez J. VERHOEVEN, « Article 223 », *op. cit.*, p. 1399.

(39) Voyez *infra*, note 40.

cette appellation devant être réservée au matériel destiné à des fins *exclusivement* militaires.

La faiblesse de cette position provient toutefois de ce que l'article 223 1° *in fine* précise que les mesures étatiques adoptées en vertu de cette disposition ne pourront altérer la concurrence dans le marché commun en ce qui concerne les *produits non destinés à des fins spécifiquement militaires*. Il est permis de se demander si la précision conserverait un sens si de tels produits, à tout le moins dans leurs applications militaires, ne peuvent figurer sur la liste du Conseil.

Le trait caractéristique des produits à double usage étant que leur finalité militaire ne se révèle souvent qu'à l'usage qui en est fait, il peut à priori paraître délicat de prétendre soumettre leurs « applications militaires » au régime juridique des armes ou du matériel de guerre sans affecter *ipso facto* les applications civiles de ces produits. La conclusion ne vaut toutefois que lorsque font défaut les mécanismes permettant de s'assurer de l'utilisation finale de ces produits.

L'une des significations possibles de la précision contenue à l'alinéa 1 b) *in fine* de l'article 223 pourrait dès lors être que lorsque l'« application militaire » d'un produit à double usage figure sur la liste communautaire, les États membres qui adopteraient des mesures dérogeant aux règles du traité devront s'assurer que celles-ci voient leurs effets limités dans toute la mesure du possible à la partie de la production en cause destinée à un usage militaire, de manière à éviter que se trouve affectée la concurrence dans le marché commun en ce qui concerne les applications civiles de tels produits.

L'on pourrait objecter que la possibilité de s'assurer de la destination finale d'un produit à double usage, et partant de limiter l'effet des mesures adoptées aux applications militaires de celui-ci, ne se conçoit réellement que lorsque ce produit doit être utilisé sur le territoire national, tandis qu'elle s'estompe totalement lorsqu'il est destiné à l'exportation.

À ce propos, relevons toutefois qu'en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires l'article 223 CE entend protéger la concurrence « dans le marché commun ». Dans cette mesure, il ne saurait être exclus que cette réserve tirée de la non altération de la concurrence ne trouve précisément pas à s'appliquer en cas d'*exportation* de produits à double usage *vers des pays tiers*. (40).

(40) L'on connaît en effet les doutes qui entourent l'application des règles de concurrence du traité CE, lorsque les pratiques restrictives de concurrence ont pour objet des marchés de pays tiers. Quoique la pratique de la Commission et la jurisprudence de la Cour ne soient pas parfaitement claires à cet égard, il semble généralement admis que les ententes entre entreprises concernant le commerce à l'extérieur de la Communauté échappent à l'interdiction contenue dans l'article 85 CEE (en ce sens, voyez notamment, SCHAPIRA, LE TALLEC, BLAISE, *Droit européen des affaires*, 1990, p. 256 ; BELLAMY & CHILD, *op. cit.*, n° 2-128 ; et parmi diverses décisions de la Commission, 23 décembre 1970, *J.O.C.E.*, L10/12 ; 21 décembre 1976, *J.O.C.E.*, L30/14 ; 18 juil-

Cela étant, le texte de l'article 223 1° *in fine* est sans doute susceptible de recevoir d'autres interprétations. Ainsi convient-il notamment d'être attentif à ce que les mesures autorisées par l'article 223 sont celles qui se rapportent non seulement au commerce des armes, munitions ou matériels de guerre, mais encore à *leur production*, ce qui paraît bien impliquer que les mesures étatiques dérogatoires peuvent concerner non seulement les armes, munitions et matériel de guerre figurant sur la liste adoptée par le Conseil, mais encore tous produits finis ou non intervenant dans leur fabrication (41). Ceci pourrait signifier que les « produits non destinés à des fins spécifiquement militaires » visés à l'article 223, le sont au titre de « composants » d'une arme ou de matériel de guerre repris dans la liste communautaire (42). L'on pourrait encore prétendre que la précision vise tout simplement à empêcher que des mesures touchant des entreprises productrices d'armements ne profitent indirectement à leurs activités connexes dans le domaine civil. Ces explications ne nous paraissent toutefois pas pleinement convaincantes ou du moins est-il douteux qu'elles suffisent, à elles seules, à rendre compte de la portée de la disposition en cause.

Aussi, nous semble-t-il que la référence aux produits non destinés à un usage spécifiquement militaire pourrait raisonnablement s'interpréter comme autorisant l'insertion des *applications militaires* de produits à double usage dans la liste communautaire. La philosophie et la finalité de l'article 223 CE ne nous paraissent de surcroît nullement s'opposer à ce que du matériel électronique ou de télécommunication, des logiciels ou des explosifs soient qualifiés de « matériel de guerre », ou des produits chimiques d'« armes » lorsqu'il apparaît que ces « produits » sont effectivement destinés à des fins militaires (43). Bien que l'interprétation que nous proposons soit

let 1975, *J.O.C.E.*, L 222/34. Les deux dernières concernant des pratiques restrictives de la faculté d'*exportation* vers l'extérieur de la Communauté).

(41) En ce sens, quoiqu'implicitement, voyez notamment la réponse de la Commission à la question écrite de M. WALTmans, *P.E.Q.E.*, n° 646/77, *J.O.C.E.*, n° C 164 du 10 juillet 1978, p. 7.

(42) À cet égard, voyez la décision par laquelle la Commission a considéré que l'article 223 n'était *pas applicable* à la clause d'un contrat de licence par laquelle l'État français conditionnait tout octroi par son licencié de sous-licences pour des *applications à usages militaires* de moteurs diesel, à l'accord préalable de la Direction technique des armements terrestres (Neuvième rapport sur la politique de concurrence, 1980, n° 114). De manière contestable, la Commission y affirme dans des termes pour le moins ambigus que « l'article 223 subordonne la faculté pour chaque État membre de prendre les mesures qu'il estime nécessaires ..., à la condition qu'elles ne concernent que des produits destinés à des fins spécifiquement militaires »; voyez de même la réponse de la Commission à la question écrite de M.E. MELANDRI, *P.E.Q.E.*, n° 1732/90, *J.O.C.E.*, n° C 63 du 11 mars 1991, p. 37.

(43) Voyez à cet égard la « liste des armes, munitions et matériel devant servir spécialement à un usage militaire, ainsi que la technologie y afférente » annexée à l'arrêté royal du 8 mars 1993 portant exécution de la loi du 5 août 1991, (*Mon. b.*, 6 avril 1993, pp. 7.333 et s.); une série de produits chimiques sont repris dans la liste des armes chimiques « sauf (lorsqu'ils sont) destinés à des fins de recherche, médicales ou de protection et en des quantités strictement compatibles avec ces fins »; la liste dont question englobe de même les explosifs; Elle fait pour le reste référence à une pléiade de produits (logiciels, matériel photographique, électronique, ...) ajoutant en ces cas qu'il doit s'agir, selon la formule consacrée mais néanmoins ambiguë, de produits « spécialement conçus pour l'usage militaire ».

loin de faire l'unanimité (44), il n'est pas exclu qu'elle ait trouvé une confirmation dans la pratique récente des institutions (45).

Quoique la question relève en dernier ressort de la compétence de la Cour de justice, sa jurisprudence ne comporte à cette date aucune indication sur la solution à y apporter. De l'absence de référence à l'article 223 CE dans l'arrêt *Aymé Richardt* du 4 octobre 1991 (46), alors que cette disposition avait été évoquée par la Commission et par l'Avocat général, et de l'analyse de l'affaire par la Cour sous l'angle de l'article 36 CE, certains auteurs (47) paraissent avoir déduit que la Cour avait implicitement reconnu que les biens à double usage ne tombaient pas sous le coup de l'article 223. La conclusion doit sans doute être précisée. Que le commerce de produits à double usage, comme du reste celui des armes, soit soumis en principe au traité, et partant à l'article 30 comme au droit dérivé (48) n'est pas douteux (49). Qu'en l'espèce la Cour ait examiné la possibilité de déroger à l'article 30 du point de vue de l'article 36 et non de celui de l'article 223, pourrait en revanche tout simplement s'expliquer par le fait qu'aucune des par-

(44) Parmi les tenants d'une interprétation plus restrictive (limitation du « matériel de guerre » au matériel conçu exclusivement pour la guerre) voyez B. ADAM, *Memento défense-désarmement 1992 — L'Europe et la sécurité internationale*, in Dossiers du GRIP, 1992, n° 168-171, p. 307 ; I. GOVAERE et P. EECKHOUT, « On dual goods and dualist case law : the Aimé Richardt judgement on export controls », *C.M.L.R.*, 1992, p. 956. Quoique laissant clairement entendre qu'une telle interprétation restrictive, à leur faveur, d'autres auteurs concèdent toutefois que l'interprétation que nous défendons a également son poids (D. VIGNES, in *Commentaire Mégret, op. cit.*, p. 430), ou ne semblent pas parvenir à exclure totalement la possibilité que la liste actuelle puisse être étendue à des produits à double usage, même s'ils réprouvent cette éventualité (P.J. KUIJPER, « European Economic Community », in K.M. MEESSEN (ed.), *International Law of Export Control*, Graham & Trotman / Martinus Nijhoff, 1992, p. 71).

(45) On songe à cet égard à la récente directive 93/15/CEE du Conseil du 5 avril 1993 relative à l'harmonisation des dispositions concernant la mise sur le marché et le contrôle des explosifs à usage civil (*J.O.C.E.*, n° L 121 du 15 mai 1993, p. 20) qui s'applique, comme l'indique son intitulé, aux seuls explosifs à usage civil, à l'exclusion des « explosifs, y compris les munitions, destinés à être utilisés, conformément à la législation nationale, par les forces armées ou la police » (article 1, 3°). De même, on observera que dans la proposition de règlement relatif au contrôle et à l'importation de certains biens et technologies à double usage et de certains produits et technologies nucléaires, présentée par la Commission le 31 août 1992 (*J.O.C.E.*, n° L 253 du 30 septembre 1992, p. 131), il est précisé dans le préambule que « les dispositions du présent règlement ne sont pas applicables aux produits entrant dans le champ d'application de l'article 223 ». Il faut convenir qu'une telle précision dans un règlement consacré à des produits à double usage ne revêt de sens véritable que pour autant que l'article 223 CE soit à tout le moins potentiellement (moyennant présence sur la liste communautaire) applicable à de tels produits.

(46) Arrêt *Richardt* et « Les accessoires scientifiques » du 4 octobre 1991, aff. C — 367/89, *Rec.*, p. I-4622. Se trouvait en cause un « équipement complet d'une unité de production de circuits de mémoires à bulles comprenant 27 machines, dont notamment un usineur Veeco microetch de dix pouces, appareil de décapage ionique » qui avait été acheminé de France au Luxembourg où il se trouvait en transit. Devant être expédié vers un État tiers à la Communauté, ce matériel fut saisi par les autorités luxembourgeoises, au motif qu'il n'était pas accompagné de la licence de transit requise par la législation grand-ducale. Pour un exposé précis des faits de l'affaire et un commentaire circonstancié de l'arrêt, voyez I. GOVAERE et P. EECKHOUT, « On dual goods and dualist case law : the Aimé Richardt judgement on export controls », *C.M.L.R.*, 1992, pp. 941 et s.

(47) I. GOVAERE et P. EECKHOUT, *op. cit.*, p. 956.

(48) Était en cause en l'espèce le règlement n° 222/77 relatif au transit communautaire.

(49) Voyez *supra*, sous II.b.

ties en cause n'avait allégué la présence de ce produit sur la liste arrêtée par le Conseil (50), et que les autorités luxembourgeoises ne se sont pas prévaluées de cette disposition. Il serait dès lors excessif de prétendre déduire de cet arrêt que les produits à double usage ne sont pas susceptibles de figurer sur la liste visée à l'article 223.

Quant à la présence avérée ou non de tels produits sur la liste communautaire, les informations dont nous disposons sont contradictoires (51), ce qui laisse pleinement apparaître combien la non-publication délibérée de cette liste se révèle un facteur d'incertitude permanent rendant particulièrement délicate l'œuvre de l'interprète.

2. Sort des produits non repris sur la liste du Conseil

A suivre la lettre du traité, les produits non repris sur la liste dont question ne pourraient, en principe, donner lieu à aucune dérogation unilatérale aux règles du traité par un État membre, l'article 223 ne trouvant pas à s'appliquer.

Deux précisions méritent toutefois d'être apportées à cet égard.

— Il apparaît d'abord que la liste dont question, si elle a bien été adoptée par le Conseil le 15 avril 1958 et notifiée aux États membres, n'a en revanche, et assez étrangement (52), jamais été publiée, les institutions paraissant de surcroît s'entendre pour lui conserver un caractère secret (53). L'on peut se demander si cette attitude ne vise pas fondamentalement à garantir aux États membres une marge de manœuvre à laquelle ils ne seraient en tout état de cause pas prêts à renoncer, dans un domaine somme toute suffisamment sensible politiquement pour que l'on s'abstienne

(50) C'est ce qu'a expressément relevé l'avocat général Jacobs dans ses conclusions en constatant que « ... personne n'a prétendu que le microetch constitue des armes, munitions ou matériel de guerre ... », ni « allégué qu'elle (la liste) couvrirait le microetch » (*Rec.*, p. I-4643).

(51) Parmi divers exemples de produits repris sur la liste, A. MATTERA cite le matériel électronique pour usage militaire ou encore les explosifs (A. MATTERA, *op. cit.*, p. 602), ce qui, s'agissant des explosifs, semble en contradiction avec une affirmation contenue dans la Recommandation 70/127/CEE de la Commission du 22 décembre 1969 à la République française au sujet de l'aménagement du monopole national à caractère commercial des poudres et explosifs (*J.O.C.E.*, n° L 31 du 9 février 1970, p. 24).

(52) Le fait peut paraître troublant compte tenu du poids juridique s'attachant à cet acte. S'il est vrai que techniquement, l'article 191 CEE dans sa version initiale ne requérait de publication qu'à propos des règlements, l'on sait cependant que la pratique des institutions s'est largement orientée vers la publication assez systématique des actes juridiques importants de la Communauté, qu'il s'agisse de directives, de décisions individuelles, ou de certaines catégories d'actes dits « atypiques ».

(53) À la question écrite n° 574/85 par laquelle Mme Van Hemeldonck souhaitait savoir si certains avions de guerre (Tornado, F.E.F.A.) tombaient sous le coup de l'article 223 CE, le Conseil répondit qu'il ne pensait pas devoir répondre à cette question (P.E.Q.E., n° 547/85, *J.O.C.E.*, n° C 287 du 11 novembre 1985, p. 10); quant au caractère délibéré de la non publication de cette liste, voyez les réponses des institutions aux questions écrites, de M. VAN MIERT, P.E.Q.E., n° 336/79, *J.O.C.E.*, n° C 310 du 10 décembre 1979, p. 5 et de M^{me} E. HAMMERICH, P.E.Q.E., n° 1697/82, *J.O.C.E.* n° C 73 du 17 mars 1983, p. 19.

de prétendre leur imposer ce qu'ils n'auraient pas accepté de la manière la plus formelle et la plus claire. Il s'entend en effet que tant que cette liste ne sera pas rendue publique, les mesures dérogatoires au traité adoptées par les États membres continueront de bénéficier d'une présomption de conformité au droit communautaire, que le produit « sensible » en cause figure ou non sur cette liste.

— Il semble ensuite que la liste communautaire actuellement en vigueur soit passablement dépassée (54), ce qui soulève la question du statut de ces armes nouvelles ou plus sophistiquées qui bien que ne figurant pas sur la liste CE constituent à n'en pas douter des armements qui au terme de la philosophie même de l'article 223 pourraient y figurer.

On ne perdra pas de vue à cet égard que toute modification ou actualisation de la liste n'est susceptible d'intervenir, en vertu même de l'article 223, que sur *proposition de la Commission*, le Conseil, et en son sein les États membres, ne disposant dès lors pas d'une maîtrise absolue à cet égard (55).

Une interprétation respectueuse du texte et des attributions confiées aux institutions de la Communauté (du reste probablement la plus conforme aux règles du droit des gens gouvernant l'interprétation des traités internationaux (56) et partagée par la plupart des auteurs (57) comme par la Commission (58)) paraît impliquer que tous les produits non repris sur cette liste doivent être pleinement soumis aux règles du traité de Rome.

Il n'est toutefois pas certain, qu'en présence de produits nouveaux ou plus sophistiqués, l'esprit de l'article 223 s'en trouverait respecté, qui, en cette matière, a clairement été de préserver une large discrétion dans le chef des États membres (59). L'on pourrait dès lors prétendre qu'en l'absence

(54) Voyez à ce propos les illustrations et précisions données par A. COLLET, « Le régime des matériels de guerre, armes et munitions en droit français dans ses rapports avec le droit de la Communauté économique européenne », *R.T.D.E.*, 1986, p. 360.

(55) Outre les délais impliqués par une telle procédure, il n'est en effet nullement certain que la Cour de justice donnerait une suite favorable à un recours en carence introduit par le Conseil contre la Commission pour défaut de formulation d'une proposition visant à l'actualisation de la liste en cause.

(56) Voyez à cet égard les articles 5, 31 à 33 de la convention de Vienne sur le droit des traités mettant l'accent sur la nécessité de s'abstenir de procéder à interprétation en présence d'un texte clair. La règle « in claris non fit interpretatio » est souvent qualifiée de « principe cardinal » dont le respect « s'impose au juge au seuil de toute opération d'interprétation » (D. SIMON, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisation internationales*, Paris, éd. A. Pedone, 1981, p. 82.)

(57) Voyez J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 1399 ; D. VIGNES, in *Commentaire Mégret, op. cit.*, p. 430 ; A. MATTEIRA, *op. cit.*, p. 602 ; P.J. KUYPER, « De Amerikaanse uitvoerbeperkingen in een nieuw jasje : een verbetering », *S.E.W.*, 1987, p. 21.

(58) Voyez notamment la recommandation 66/486/CEE de la Commission du 29 juillet 1966 à la République française au sujet de l'aménagement du monopole national à caractère commercial des poudres et explosifs, *J.O.C.E.*, du 24 août 1966, p. 2820.

(59) Eût-il été concevable, par exemple, qu'en cas de non adoption de la liste par le Conseil, les États membres se soient trouvés forclos du droit que leur réserve l'article 223 de déroger au traité ? Il semblerait du reste que le contenu de cette liste ait été arrêté par les États membres eux-mêmes dès avant la conclusion du traité CE pour se trouver en quelque sorte entériné par le Conseil (voyez S. NERI et H. SPERL, *op. cit.*, p. 412).

d'actualisation de la liste CE, la règle doit être que tous les armements nouveaux ou améliorés qui n'existaient pas à l'époque à laquelle ladite liste fut dressée, sont en principe susceptibles de donner lieu à dérogations unilatérales aux règles du traité par les États membres (60).

Il reste que compte tenu du secret entourant la liste des produits arrêtée par le Conseil et de la pratique des États membres et des institutions, la question semble bien avoir perdu tout aspect pratique. Un consensus paraît en effet s'être dégagé pour soustraire aux règles du traité le commerce et la production des armes *en général*. En témoignent par exemple les prises de position répétées de la Commission aux termes desquelles cette institution concède n'avoir « pas de compétences en matière d'exportations d'armes » (61), « les ventes d'armes relev(ant) de la compétence des gouvernements des États membres » (62). Autre exemple, dans le domaine cette fois de la réalisation du marché intérieur, la directive 91/477/CEE du Conseil du 18 juin 1991 relative au contrôle de l'acquisition et de la détention d'armes (63) stipule sans référence précise à l'article 223 que l'acquisition et la détention d'armes et de munitions par les forces armées, la police ou les services publics, ainsi que les transferts commerciaux d'armes et de munitions de guerre, sont exclus du champ d'application de la directive (article 2).

3. *Opportunité du maintien du principe de la liste communautaire ?*

Compte tenu des difficultés qui viennent d'être évoquées, il est permis de s'interroger sur l'opportunité de maintenir une liste limitative des produits appelés à bénéficier du régime de l'article 223 CE.

Outre ce qui vient d'en être dit, la pratique offre en effet maintes illustrations des limites d'une telle méthode.

(60) Une telle interprétation présente de surcroît l'avantage du réalisme, tant il peut paraître vain, dans un domaine aussi sensible, de prétendre imposer, malgré eux, aux États une certaine interprétation de leur engagement ; davantage fondée sur la philosophie de l'article 223, elle pourrait par exemple consister à affirmer qu'en dressant la liste évoquée par cette disposition, le Conseil précise négativement les armements dont les États membres admettent la soumission complète aux règles du traité, plutôt qu'il ne précise les armements qu'ils excluent du domaine d'application des règles du traité. Enfin, et comme le relève Joe Verhoeven, l'on ne saurait perdre de vue que si le libellé de l'article 223 laisse croire en apparence qu'à défaut d'une telle disposition l'État membre eut été dépourvu du droit de protéger sa sécurité, « la conclusion ne saurait être admise. Le droit de tout État de préserver sa sécurité est en effet indépendant du droit communautaire. Il n'appartient pas à celui-ci de le lui conférer mais seulement d'autoriser que, dans son exercice, il soit dérogé aux règles du traité » (J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 1398).

(61) Voyez notamment les réponses de la Commission aux questions écrites de Mme R. DURY, *P.E.Q.E.*, n° 891/91, *J.O.C.E.* n° C 101 du 13 avril 1993, p. 2 et de M.E. GLINNE, *P.E.Q.E.*, n° 1092/92, *J.O.C.E.*, n° C 95 du 5 avril 1993, p. 14.

(62) Voyez la réponse de la Commission à la question écrite de Mme U. UTA BLOCH VON BLOTNIEZ, *Q.E.P.E.*, n° 2856/87, *J.O.C.E.*, n° C 77 du 28 mars 1989, p. 8 ; voyez de même la réponse de la Commission à la question écrite de M.A. ALAVANOS, *P.E.Q.E.*, n° 2431/88, *J.O.C.E.*, n° C 202 du 7 août 1989, p. 28.

(63) Publiée in *J.O.C.E.*, n° L 256 du 13 septembre 1991, p. 51.

Ainsi la troisième directive (64) relative aux procédures de passation des marchés publics de fournitures précise-t-elle, à l'instar des deux précédentes, ne pas s'appliquer aux « produits auxquels l'article 223 paragraphe 1 point b) du traité s'applique » (article 3). Ses dispositions révèlent toutefois que l'on a nullement entendu limiter la discrétion étatique aux seuls produits visés à l'article 223 CE. Si les autres marchés passés par des pouvoirs adjudicateurs dans le domaine de la défense, sont soumis, en principe, à la directive, elle cesse de trouver application chaque fois que les fournitures en cause « sont déclarées secrètes ou lorsque leur livraison doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité (...) ou lorsque la protection des intérêts essentiels de la sécurité de cet État l'exige » (article 2). Ce double régime institué par le législateur communautaire nous paraît illustrer le caractère artificiel de la dichotomie pratiquée entre les produits d'importance stratégique visés à l'article 223 et ceux qui ne le sont pas. Les premiers sont certes purement et simplement soustraits à la règle adoptée par la Communauté, mais les seconds, s'ils lui restent soumis en principe lui échappent dès l'instant où se trouvent réunies certaines circonstances qui, on en conviendra, s'apparentent singulièrement à celles dont fait état l'article 223.

L'on peut de même relever qu'alors que la matière des exportations en général est devenue compétence communautaire exclusive (65) dès l'entrée en vigueur du traité de Rome, la problématique des exportations de produits d'importance stratégique — qu'ils s'agisse d'armements ou de produits à double usage — a continué de faire l'objet d'une action concertée de la part des États membres des Communautés au sein du Cocom (66), échappant dans cette mesure à la politique commerciale commune (67). De telles réglementations nationales relatives à l'exportation de produits stratégiques étaient en cause dans l'affaire Aymé Richardt ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de justice du 4 octobre 1991 (68). L'on a indiqué, qu'aucune des parties n'ayant prétendu que le produit en cause figurait sur la liste du Conseil, la Cour avait eu égard aux règles normales du traité pour apprécier la légalité au regard du droit communautaire de la législation

(64) Directive 93/36/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, *J.O.C.E.*, n° L 199 du 9 août 1993, p. 1 ; à propos de cette directive, et des marchés publics d'armements, voyez également *infra*, sous II.d.1.

(65) Le libellé de l'article 113 CE laisse en effet clairement apparaître que les exportations relèvent de la politique commerciale commune.

(66) À propos du Cocom dont la disparition est rappelons-le programmée à brève échéance, voyez la contribution de P. d'Argent dans le présent volume.

(67) Voyez *infra*, sous III les développements consacrés à cette question.

(68) Arrêt *Richardt* et « Les accessoires scientifiques » du 4 octobre 1991, aff. C — 367/89, *Rec.*, p. I-4622, voyez *supra*, note 45 ; à ce propos, voyez de même le très récent arrêt *Lange et Finanzamt Fürstentfeldbruck* du 2 août 1993, aff. C-111/92, non encore publié, dans lequel la Cour de justice confirme la licéité, au regard du droit communautaire, des législations nationales en vertu desquelles se trouvent interdites les exportations de certaines marchandises vers certaines destinations en raison de l'utilisation éventuelle de ces marchandises à des fins stratégiques. A propos de cet arrêt, voyez nos observations *infra*, sous III, spec. note 125.

luxembourgeoise. A cette occasion, et quoiqu'elle ait prétendu faire formellement application de l'article 36 CE, la Cour semble s'être comportée très exactement comme elle l'aurait fait s'il s'était agi d'appliquer l'article 223, c'est à dire en réservant une marge d'appréciation quasi absolue à l'État membre en cause. Comme le relèvent à juste titre I. Govaere et P. Eeckhout, l'analyse à laquelle procède la Cour « seems to imply that dual use goods are considered to be *per se* covered by Article 36, without the need to justify the specific measure taken with regard to the specific type of goods concerned », et d'ajouter, « Such an approach constitutes the very negation of the principle that non economic measures, with regard to which Article 36 is invoked, have to be justified on the basis of objective reasons which respond to the public security requirement » (69).

Ces divers exemples nous paraissent confirmer l'illusion qu'il peut y avoir à vouloir à tout prix soumettre au droit communautaire une matière aussi sensible que le commerce et la production de produits d'importance stratégique, quels qu'ils soient, alors que font manifestement défaut les mécanismes d'intégration qui permettraient de considérer que les questions de sécurité sont susceptibles d'être pleinement appréhendées au niveau européen (70), et que les doutes entourant la portée de l'article 223 CE (71) rendent peu réaliste toute tentative d'imposer malgré eux aux États une certaine interprétation de leur engagement.

D. Caractère non absolu de la discrétion dont les États se trouvent investis

Trois restrictions entourent l'exercice par les États membres du pouvoir d'appréciation que leur réserve l'article 223. Tout recours *abusif* au prescrit de cette disposition est prohibé (article 225, second alinéa), tandis que les mesures étatiques adoptées sur cette base ne peuvent altérer la concurrence en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires (article 223). Les États ont enfin une obligation de coopérer avec la Commission dans la recherche d'une solution lorsque les mesures arrêtées au titre de l'article 223 CE ont pour effet de fausser la concurrence dans le marché commun (article 225 1^{er} alinéa).

1. Interdiction de tout recours abusif à l'article 223

Comme relevé ci-avant, s'agissant de la production et du commerce des armes, l'article 225 CE limite le contrôle de la Cour de justice aux seuls cas

(69) I. GOVAERE et P. EECKHOUT, *op. cit.*, pp. 949 et 950.

(70) Voyez nos observations *supra*, sous I.

(71) À ce propos, voyez *supra*, sous II.c.

où un État membre a fait un « usage *abusif* » des pouvoirs prévus à l'article 223 (72).

Les négociations intergouvernementales ayant mené à l'adoption du traité de Rome révèlent que dans une version initiale la proposition d'article 225 se référerait aux cas « où un État membre aurait détourné de leur fin normale les pouvoirs qu'il tient des alinéas ci-dessus » (73).

Quelle que soit la méfiance et la réserve traditionnelles entourant le recours aux « travaux préparatoires » lorsqu'il s'agit d'interpréter un traité (74), le fait qu'à la notion juridique de *détournement de pouvoirs*, l'on ait délibérément substitué celle plus politique et subjective d'« usage abusif » ne peut être ignoré. Un tel concept s'apparente mieux à ce qui ne constitue pas à proprement parler un pouvoir finalisé dont le traité *investirait* (75) les États membres. Ceux-ci ont en effet entendu *se réserver* une large marge de discrétion dans ce qui touche aux besoins de leur sécurité telle qu'ils la conçoivent. Il ne s'agit pas d'un pouvoir dont la finalité pourrait être objectivement définie et contrôlée de manière identique pour l'ensemble des États membres, et ces derniers n'ont, dans cette mesure, pas à rendre compte à priori de l'usage qu'ils font de la discrétion (et non du pouvoir) qu'ils se sont réservés, seuls des abus manifestes devant pouvoir être sanctionnés (76).

De la même manière, il ne nous paraît pas certain, comme l'affirment d'aucuns, qu'il puisse se déduire de l'article 223 que « les mesures prises doivent être 'nécessaires', et non pas seulement utiles ou opportunes pour la protection des intérêts essentiels de la sécurité de l'État » (77).

Ces auteurs paraissent notamment fonder une telle conclusion sur le fait qu'en tant que disposition dérogatoire, l'article 223 CE doit recevoir une *interprétation restrictive*. Que comme toute disposition dérogatoire, l'article 223 ne puisse faire l'objet d'une interprétation extensive ne fait guère

(72) En pareille hypothèse, la Cour peut être saisie *directement* (sans qu'il faille donc respecter la procédure préalable à l'intentement d'un recours en constatation de manquement prévu à l'article 169 CE). L'article 225 prévoit encore que la Cour statue à huis clos, ce qui s'explique aisément, non seulement dans la mesure où l'appréciation du caractère « abusif » d'une mesure nationale implique nécessairement quelque mise en cause de la *bonne foi* de l'État membre concerné, mais encore et surtout parce qu'une telle appréciation suppose presque inmanquablement qu'il soit donné accès à des informations ou documents dont le caractère secret doit pouvoir être préservé (pour de plus amples précisions sur ce point, voyez J. VERHOEVEN, *op. cit.*, pp. 1412 et 1413).

(73) S. NERI et H. SPERL, *op. cit.*, p. 413.

(74) Voyez l'article 32 de la convention de Vienne sur le droit des traités ; voyez de même l'ordonnance rendue le 20 août 1929 par la Cour Permanente de Justice internationale dans l'affaire relative à la compétence de la Commission internationale de l'Oder, Publications, 1928-30, série A, vol. 3, p. 42.

(75) Comme le relève Joe VERHOEVEN, « on voit mal que le pouvoir des États de préserver la sécurité nationale leur soit conféré par la Communauté » (*op. cit.*, p. 1397).

(76) Voyez toutefois assimilant l'« usage abusif » inscrit à l'article 223 au détournement de pouvoirs, J.L. DEWOST, in *Commentaire Mégret, op. cit.*, p. 452.

(77) A. MATTEA, *op. cit.*, p. 602 ; dans le même sens, B. ADAM, *Memento défense-désarmement 1992 — L'Europe et la sécurité internationale*, Les dossiers du GRIP, 1992, n° 168-171, p. 303.

de doutes. La Cour de justice l'a du reste expressément confirmé en relevant que les articles 36, 48, 56, 223 et 224 du traité qui tous contiennent une réserve relative à la sécurité publique, concernent « des hypothèses exceptionnelles bien délimitées », et qu'en conséquence « ces articles ne se prêtent pas à une interprétation extensive et ne permettent pas d'en déduire une réserve générale, inhérente au traité, pour toutes mesures prises au titre de la sécurité publique » (78). En revanche la position de la Cour ne nous paraît nullement impliquer, singulièrement à propos de l'article 223, que la dérogation contenue dans cette disposition doit faire l'objet d'une interprétation « restrictive » qui impliquerait quelque réduction de la liberté des États membres d'apprécier largement les nécessités de leur sécurité (79).

D'autres auteurs, non sans reconnaître que chaque État membre dispose d'un large pouvoir d'appréciation, estiment eux aussi que ce pouvoir est « limité par le fait que ces mesures ne seront légitimes que si elles sont 'nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité' », ce qui ouvrirait la voie à un *contrôle de proportionnalité* exercé par la Cour (80). Quoique l'analyse puisse là encore paraître séduisante a priori et ses implications souhaitables dans l'absolu, on peut se demander si un contrôle de proportionnalité au sens habituel du terme (81) se conçoit véritablement. Rappelons qu'aux termes de l'article 225, seul l'« usage abusif » est sanctionné par la Cour. Comme on l'a déjà relevé, le terme est assurément peu compatible avec une interprétation restrictive du concept de sécurité, tandis que la philosophie même de l'article 223 CE commande que l'on respecte la marge d'appréciation que les États membres se sont réservés. Ce sont les États qui, au premier chef, *estiment* la mesure nécessaire à la protection ce qu'ils considèrent représenter les intérêts essentiels de *leur* sécurité (82).

Comme Joe Verhoeven, nous inclinons donc à penser que « ces termes ('usage abusif') confirment sans doute la marge discrétionnaire d'appréciation qui doit être laissée à chaque État en ces matières, ainsi que le suggère d'ailleurs la rédaction des alinéas a) et b) de l'article 223 ('dont il estimerait ...'; 'qu'il estime') » (83). On peut douter qu'une intervention de la Cour au titre du principe de proportionnalité tel que défini ci-avant soit de

(78) Arrêt Johnston / Chief constable of the Royal Ulster Constabulary du 15 mai 1986, aff. 222/84, Rec., 1986, p. 1684.

(79) Comme l'observe Joe Verhoeven, que l'article 223 CE doit être restrictivement interprété « n'exclut toutefois pas qu'une certaine discrétion soit laissée à l'État dans l'appréciation des exigences de sa sécurité » (J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 1396).

(80) En ce sens, voyez D. VIGNES, in *Commentaire Mégret, op.cit.*, pp. 430 et 431.

(81) Ce principe veut, rappelons-le, que la dérogation ne dépasse pas ce qui est strictement nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi; il requiert de surcroît qu'entre deux mesures, on choisisse celle qui permette d'atteindre ledit résultat au moindre coût.

(82) On peut notamment lire dans la réponse du Conseil à la question écrite de M. VAN MIERT, *P.E.Q.E.*, n° 336/79, qu'il n'appartient donc pas au Conseil de juger quelles mesures sont nécessaires à la protection des intérêts essentiels de la sécurité des États membres » (*J.O.C.E.*, n° C 310 du 10 décembre 1979, p. 6).

(83) J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 1412.

nature à préserver cette marge de discrétion (84). Aussi faut-il préférer à une telle approche celle qui privilégie dans le chef de la Cour « quelque déférence particulière envers l'État dans l'appréciation que celui-ci formule des exigences de sa sécurité » (85). L'on a du reste déjà relevé que telle est bien l'attitude générale adoptée par la Cour (86).

La pratique des institutions, quant à elle, révèle une attitude particulièrement libérale en la matière, du reste non strictement limitée à la production et au commerce des produits figurant sur la liste visée à l'article 223, mais affectant plus généralement tous domaines intéressant de près ou de loin (87) la sécurité des États membres.

Ainsi, semblerait-il que les institutions communautaires ne soient, dans l'ensemble, intervenues qu'en présence de mesures nationales dont le caractère « abusif » ne prêtait guère à doutes (88), et que même en de telles hypothèses, leur entreprise a connu des fortunes diverses (89).

En revanche, la Communauté a souvent expressément exclus les produits visés à l'article 223 du champ d'application des mesures d'harmonisation

(84) Les auteurs prônant l'application d'un tel principe relèvent du reste eux-mêmes qu'en pareille hypothèse, « la Cour se trouverait dans la situation particulièrement difficile 'd'arbitre' entre les intérêts essentiels d'un État et ceux de la Communauté » (J.L. DEWOST, in *Commentaire Mégret*, *op. cit.*, p. 453).

(85) J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 1412.

(86) Voyez *supra*, sous II.c.2. nos développements relatifs à l'arrêt Aymé Richardt du 4 octobre 1991.

(87) À cet égard, voyez notamment les exemples cités par D. VIGNES, in *Commentaire Mégret*, *op. cit.*, pp. 431 et 432 ; voyez de même le préambule de la directive 80/723/CEE du 25 juin 1980, relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques, *J.O.C.E.*, n° L 195, p. 35.

(88) Ainsi en va-t-il des « réglementations et pratiques qui réservaient à l'industrie nationale la fourniture aux forces armées des produits tels que vêtements, chaussures, équipements, denrées alimentaires » (voyez A. MATTERA, *op. cit.*, p. 603) encore qu'en l'espèce, les produits en cause ne figurent selon toute vraisemblance pas sur la liste du Conseil. Autre exemple, la directive 68/363 du Conseil du 15 octobre 1968 concernant la réalisation de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services pour les activités non salariées relevant du commerce de détail (*J.O.C.E.*, n° L 260 du 22 octobre 1968, p. 1.) qui prévoit la suppression de diverses restrictions fondées sur la nationalité caractérisant à l'époque les législations française et allemande sur l'accès au commerce de détail des armes (pour plus de détails à propos de la législation française en cause, voyez A. COLLET, « Le régime des matériels de guerre ... », *op. cit.*, pp. 362 et 363).

(89) Le débat est connu qui opposa la Commission et les États membres à propos de l'importation par ces derniers en franchise (et partant en violation du tarif douanier commun) d'armements destinés à la défense (sur la controverse et son issue, voyez A. COLLET, « Le développement des actions communautaires ... », *op. cit.*, p. 77). On notera toutefois que nonobstant la position adoptée par la Commission, et qui emportait condamnation formelle de la pratique en cause (voyez notamment la réponse de la Commission à la question parlementaire de M. RADOUX, *J.O.C.E.*, n° C du 198 du 4 août 1980, p. 39), cette institution n'a jamais mis en œuvre la procédure juridictionnelle prévue à l'article 225 CE et semble à présent avoir assoupli sa position (voyez la réponse de la Commission à la question écrite de M. MELANDRI, *P.E.Q.E.*, n° 1543/90, *J.O.C.E.*, n° C 70 du 18 mars 1991, p. 18).

qu'elle adoptait (90), ou limité l'effet de ces dernières de manière à préserver la liberté étatique en ce qui concerne l'approvisionnement des forces armées ou de la police (91), tandis qu'elle s'est systématiquement gardée d'intervenir dans le domaine des exportations d'armements (92).

Le Conseil n'a par ailleurs pas hésité à affirmer récemment à propos de l'article 223 que si « Sur le plan des principes, les armements ne sont pas, en tant que tels, soustraits au champ d'application du traité (...) Du fait de cette exception, la Communauté ne dispose d'aucune base juridique pour adopter des mesures communautaires » (93).

2. Obligation de coopérer de bonne foi en vue de réduire les effets anti-concurrentiels des mesures étatiques adoptées en vertu de l'article 223

L'article 225 CE 1^{er} alinéa dispose que « si des mesures prises dans les cas prévus aux articles 223 et 224 ont pour effet de fausser les conditions de la concurrence dans le marché commun, la Commission examine avec l'État intéressé les conditions dans lesquelles ces mesures peuvent être adaptées aux règles établies par le présent Traité ».

Sans doute en résulte-t-il, dans le chef des États membres, une obligation de se prêter au dialogue avec la Commission lorsque cette institution fait état de préoccupations concernant les effets anti-concurrentiels d'une mesure étatique et suggère qu'il y soit remédié. A peine de vider l'article 223 de son sens, on ne saurait toutefois prétendre qu'il en résulte à charge des États membres une obligation de donner suite aux suggestions de la Commission. Il nous semble de même difficile de considérer qu'un refus de coopération de la part de l'État membre concerné pourrait constituer un abus au sens de l'article 225, alinéa 2, du traité CEE » (94). L'article 225 CE ne peut, nous semble-t-il, être interprété comme faisant obligation aux États membres de renoncer à la discrétion qu'ils se sont réservé

(90) Voyez notamment la directive 93/36/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures publiée in *J.O.C.E.*, n° L 199 du 9 août 1993, p. 1 et nos observations la concernant, *supra*, sous II.c.3 ; pour une appréciation de la légalité, au regard du droit communautaire, de l'activité menée par le GIEP dans le domaine des marchés d'équipement de défense, voyez la réponse de la Commission à la question écrite de M.J. VANDEMEULEBROUCKE, *P.E.Q.E.*, n° 898/90, *J.O.C.E.*, n° C 283 du 12 novembre 1990, p. 26.

(91) Voyez l'article 1, 3° de la directive 93/15/CEE du Conseil du 5 avril 1993 relative à l'harmonisation des dispositions concernant la mise sur le marché et le contrôle des explosifs à usage civil, *J.O.C.E.*, n° L 121 du 15 mai 1993, p. 20 ; voyez de même l'article 2 de la directive 91/477/CEE du Conseil du 18 juin 1991 relative au contrôle de l'acquisition et de la détention d'armes, *J.O.C.E.*, n° L 256 du 13 septembre 1991, p. 51 ; pour une analyse du contenu de la directive 91/477 et des liens qu'elle entretient avec la Convention de mise en œuvre de l'Accord de Schengen, voyez A. COLLET, « L'Europe des armes, une double démarche », *R.T.D.E.*, 1992, pp. 105 et s.

(92) À propos des exportations d'armes et de produits à double usage, voyez nos développements *supra*, sous II.c.3. et *infra*, sous III.

(93) Voyez la réponse du Conseil à la question écrite de M^{me} S. FERNEX, *P.E.Q.E.*, n° 865/91, *J.O.C.E.* n° C 315 du 5 décembre 1991, p. 20

(94) En ce sens voyez J.L. DEWOST, in *Commentaire Mégret*, *op. cit.* p. 451.

par l'article 223 CE. Quand bien même la mesure adoptée par l'État a pour conséquence de fausser la concurrence, elle ne saurait devenir abusive du seul fait que l'État membre concerné aurait omis de déployer des efforts suffisants en vue de renégocier sa position avec la Commission. Tout au plus conçoit-on, en cette hypothèse, l'intentement d'un recours en constatation de manquement.

3. Produits « à double usage » ou « stratégiques »

Le troisième tempérament à la discrétion dont jouissent les États membres concerne les « produits non destinés à des fins spécifiquement militaires », à propos desquels les mesures qui seraient prises par les États membres au titre de l'article 223 « ne peuvent altérer les conditions de la concurrence dans le marché commun ». (95)

III. DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS EN MATIÈRE D'EXPORTATIONS D'ARMES ET DE PRODUITS « À DOUBLE USAGE »

Nous avons illustré les difficultés d'interprétation entourant l'article 223 CE, et indiqué que celles-ci provenaient tout à la fois du libellé passablement obscur de la disposition et de l'attitude adoptée par les institutions communautaires.

Le fait, principalement, que les institutions se soient entendues pour conserver un caractère secret à la liste de produits arrêtée en vertu de l'article 223 CE, permet d'expliquer que la très large discrétion réservée aux États membres par l'article 223 ne se soit pas trouvée limitée aux produits figurant sur la liste communautaire, mais ait été en fait étendue à tous produits d'importance stratégique, qu'il s'agisse d'armements proprement dits ou de produits à double usage.

Comme précédemment relevé (96), ceci s'est notamment traduit dans le domaine des exportations d'armes ou de produits stratégiques, par une appréhension de la problématique en cause au sein d'un for extérieur aux Communautés, le Cocom.

L'entrée en vigueur de l'Acte unique européen, et plus récemment du traité de Maastricht, ont toutefois été à l'origine d'un changement d'attitude progressif à cet égard. Particulièrement marqué en ce qui concerne les exportations de produits à double usage, ce changement d'attitude s'explique apparemment par une combinaison de facteurs, au rang desquels figurent : la disparition des frontières intérieures programmée par l'Acte unique

(95) Voyez à ce propos nos développements sous II.c.1.

(96) Voyez *supra*, sous II.c.3.

européen (actuel article 7A du traité CE), une propension accrue à recourir aux potentialités que recèle la coopération politique et l'arrêt Aymé Richardt du 4 octobre 1991 (97).

*A. Exportations d'armements
et de produits à double usage
et politique commerciale commune*

Quoique la concertation menée au sein du Cocom témoigne en apparence d'une soustraction au moins partielle des exportations d'armes et de produits stratégiques à la politique commerciale commune, une incertitude subsiste quant au fondement exact de cette soustraction.

On ne sait, en effet, s'il faut y voir une « dérogation » véritable au traité de Rome et à son article 113 CE que l'on prétendrait fonder sur l'article 223 CE (voire sur l'article 224 CE (98)), ou si l'attitude en cause découle plus simplement de l'interprétation restrictive généralement défendue par les États membres à propos de l'article 113 CE. Les divergences de vues opposant le Conseil et la Commission à propos du champ d'application de la politique commerciale sont à cet égard bien connues. Dans une approche « instrumentale », la Commission considère que toute mesure ayant trait aux échanges internationaux de marchandises tombe *ipso facto* dans le giron de cette politique, tandis que le Conseil, privilégiant une vision « finaliste » de cette dernière, considère que la compétence communautaire est tributaire de la finalité de la mesure adoptée, qui dès l'instant où elle n'est pas commerciale échapperait à la Communauté (99).

Il s'entend que si l'interprétation défendue par le Conseil devait se trouver confirmée, le sort des exportations de produits d'importance stratégique échapperait dans une large mesure à la politique commerciale, sans qu'il faille dès lors vérifier l'existence des conditions prescrites à l'article 223 CE pour justifier les mesures adoptées par les États membres.

La question n'est pas purement théorique, puisque se trouve fondamentalement en jeu le sort des produits non repris sur la liste arrêtée par le

(97) Arrêt *Richardt* et « Les accessoires scientifiques » du 4 octobre 1991, aff. C — 367/89, *Rec.*, p. I-4622 ; à propos de cet arrêt et de ses enseignements, voyez *supra*, sous II.c.

(98) À propos de cette disposition, voyez *supra*, note 2.

(99) À propos de cette controverse, voyez P.J. KUIJPER, « European Economic Community », in K.M. MEESEN (ed.), *op. cit.*, p. 59 ; en l'absence de prise de position claire de la Cour, certains auteurs se sont prononcés en faveur d'une compétence conjointe entre les États et la Communauté (en ce sens, voyez J. STEENBERGEN, « Export controls : legal aspects », in *The political and Legal Framework of Trade Relations between the European Community and Eastern Europe*, ed. by M. Maresceau, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1989, pp. 261 et 264).

Conseil en vertu de l'article 223 CE (100), parmi lesquels figurent apparemment surtout les produits à double usage.

*B. Exportations d'armements et de produits à double usage,
coopération politique et Politique étrangère
et de sécurité commune (PESC)*

La maîtrise des exportations d'armements comme de tous autres produits de nature stratégique relève indubitablement de la politique étrangère et de sécurité des États (101). Il se conçoit par exemple aisément que le surarmement de certains États tiers constitue une menace, soit que ceux-ci aient des visées expansionnistes, soit que leurs structures révèlent quelque instabilité (102).

Sans prétendre trancher la controverse relative à la notion de politique commerciale commune, il nous semble dès lors qu'un phénomène ne peut être ignoré lorsque l'on s'interroge sur la soumission éventuelle à celle-ci, des exportations de produits d'importance stratégique. Il s'agit de la « coopération politique ».

Coopération politique, PESC, et politique commerciale commune

Apparue informellement en marge de l'ordre juridique communautaire, formalisée ensuite par l'Acte unique européen, la coopération politique entre les États membres de la Communauté a en effet très tôt englobé les questions relatives à la sécurité européenne (103), et l'on sait qu'il en ira de même de la PESC sous l'empire du traité de Maastricht (104).

Quoique l'article 32 de l'Acte unique (105) précise expressément que ses dispositions relatives à la coopération politique n'affectent pas les traités

(100) Si l'on opte pour une interprétation large de l'article 113 CE (comme englobant toutes mesures ayant un impact sur les échanges internationaux de biens quel que soit par ailleurs l'objectif poursuivi par la mesure), les seules dérogations admises pourront, au titre de l'article 223 CE, concerner les produits figurant sur la liste en cause, ceux qui en sont absents se trouvant en revanche pleinement soumis à la politique commerciale ; à ce propos, voyez toutefois nos observations relatives au statut des produits non repris sur la liste du Conseil, *supra*, sous II.c.2 et 3.

(101) La Cour de justice l'a admis dans ces termes à propos des produits stratégiques « ... il est constant que les importations, les exportations et le transit des marchandises susceptibles d'être utilisées à des fins stratégiques peuvent affecter la sécurité publique d'un État membres que celui-ci est dès lors en droit de protéger au titre de l'article 36 du traité » (arrêt Aymé Richardt, *op. cit.*, p. 1-4652) ; voyez de même l'arrêt Lange et Finanzamt Fürstfeldbruck du 2 août 1993, aff. C-111/92, non encore publié.

(102) À ce propos voyez également *supra*, note 11.

(103) L'article 6 du titre III de l'Acte Unique parle à cet égard de « coopération plus étroite sur les questions de la sécurité européenne ... en matière de politique extérieure » et de coordination des positions des États membres « sur les aspects politiques et économiques de la sécurité ».

(104) Le « renforcement de la sécurité de l'Union et de ses États membres sous toutes ses formes » (article J.1) figure rappelons-le au rang des « objectifs » de l'Union. Voyez *infra*, note 110.

(105) Le traité de Maastricht contient une disposition analogue applicable la P.E.S.C. (article M).

instituant les Communautés européennes, il nous paraît difficile de ne pas considérer que la soumission des questions intéressant la sécurité extérieure et la politique étrangère des États membres à de tels mécanismes de *coopération* tend à confirmer qu'en cette matière les États membres sont restés *seuls* compétents. Sans doute faut-il en conclure que les mesures adoptées au titre de la sécurité extérieure ne peuvent être considérées comme relevant de la politique commerciale commune au seul motif qu'elles affecteraient le flux des échanges commerciaux entre la Communauté et des États tiers (106).

Que l'on s'attache toutefois assez naturellement à vouloir assurer une cohérence entre les mesures décidées dans l'un et l'autre « ordre juridique » expliquera que la coordination prévue par les traités (107) aboutira le plus souvent à la mise en œuvre par la Communauté, au titre de sa compétence instrumentale, de décisions politiques arrêtées au niveau de la coopération politique hier, comme de la PESC aujourd'hui (108).

Pratique en matière d'exportations d'armements

On n'ignore pas qu'en ce qui concerne les exportations d'armements, la pratique s'est fermement établie dans le sens qui vient d'être suggéré.

(106) L'on pourrait ainsi considérer que l'instauration de la coopération politique ne modifie pas l'article 113 du traité CE, mais explicite la portée de cette disposition lorsque les mesures en cause s'inscrivent dans le cadre d'une politique étrangère ou de sécurité plutôt qu'elles ne poursuivent des objectifs commerciaux ; à ce propos voyez toutefois la thèse originale développée par I. GOVAERE et P. EECKHOUT, évoquée *infra*, note 116.

(107) Voyez l'article 30, 5° du titre III de l'Acte Unique aux termes duquel : « Les politiques extérieures de la Communauté européenne et les politiques convenues au sein de la coopération politique européenne doivent être cohérentes. La présidence et la Commission, chacune selon ses compétences propres, ont la responsabilité particulière de veiller à la recherche et au maintien de cette cohérence » ; voyez dans des termes similaires, l'article C du traité de Maastricht.

(108) Rappelons à cet égard l'insertion dans le traité CE d'un article 228A selon lequel : « Lorsqu'une position commune ou une action conjointe 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 » (sur la notion de « mesures urgentes » contenue dans cette disposition, voyez I. GOVAERE et P. EECKHOUT, *op. cit.*, p. 964) ; voyez également l'arrêt Parlement c. Conseil et Commission du 30 juin 1993, non encore publié, par lequel la Cour de justice admet que les États membres puissent recourir au cadre communautaire pour assurer la mise en œuvre de décisions prises dans un cadre intergouvernemental lorsque la compétence exercée par ceux-ci n'est pas une compétence exclusive de la Communauté ; enfin, la pratique adoptée par la Communauté et ses États membres en matière de sanctions économiques internationales offre de même maints exemples d'une telle collaboration. Voyez notamment à ce propos P.J. KUIJPER, « European Economic Community », in K.M. MEESSEN (ed.), *International Law of Export Control*, Graham & Trotman / Martinus Nijhoff, 1992, pp. 59 et s. et les références doctrinales citées par l'auteur (note *infra*-paginale n° 3, p. 58) ; voyez de même J. VERHOEVEN, « Communautés européennes et sanctions internationales », *cette Revue*, 1984/85, p. 79 et C.D. EHLERMANN, « Communautés européennes et sanctions internationales, une réponse à Joe Verhoeven, *ibid.*, p. 96 ; à propos de la pratique la plus récente, voyez M. VAUCHER, « L'évolution récente de la pratique des sanctions communautaires à l'encontre des États tiers », *R.T.D.E.*, 1993, pp. 39 et s.

Comme on l'a déjà relevé, la Commission a maintes fois répété qu'elle était sans « compétences en matière d'exportations d'armes », « les ventes d'armes relev(ant) de la compétence des gouvernements des États membres » (109). Cette compétence retenue des États ne les a toutefois pas empêché d'appréhender à maintes reprises la problématique des ventes d'armements au sein de la coopération politique et cette tendance se trouvera vraisemblablement accentuée dans le cadre de la PESC (110). Il reste que comme prennent soin de le rappeler régulièrement « les ministres des affaires étrangères se réunissant dans le cadre de la coopération politique, *compétents en la matière* », c'est sur une base volontaire et librement que les États membres discutent ou coopèrent en ce domaine (111).

Pratique récente en matière d'exportations de produits à double usage

S'agissant des produits à double usage, la pratique récente des institutions semble s'orienter dans une direction semblable à celle qui fut suivie à propos du commerce d'armements.

Le Conseil a en effet adopté le 20 janvier 1989 un règlement (112) prohibant, ou soumettant à autorisation, l'exportation de certains produits chimiques pouvant être utilisés à des fins militaires.

Dans le préambule dudit règlement, on peut lire que la décision d'agir fut arrêtée, et ses modalités déterminées, dans le cadre de la coopération politique européenne. Il y est précisé que dans la mesure où l'article 30 paragraphe 5 de l'Acte unique prescrit la cohérence entre l'action menée dans le cadre de la coopération politique et celle menée par la Communauté européenne, « les États membres ont décidé de recourir à l'adoption d'un règlement

(109) Voyez les références citées *supra*, sous les notes 60 et 61.

(110) Le souhait a en effet été maintes fois formulé que soit rendue possible « une approche commune menant à une harmonisation des politiques nationales » d'exportation d'armement (voyez la déclaration sur la non-prolifération et les exportations d'armes adoptée par le Conseil européen réuni à Luxembourg les 28 et 29 juin 1991, *Bull.CE*, 1991, n° 6, p. 19). De même fût-il précisé lors du sommet européen de Lisbonne des 26 et 27 juin 1992, que figureraient parmi les domaines relevant de la dimension « sécurité » de la P.E.S.C., « la politique de désarmement et de contrôle des armements en Europe » et « les aspects économiques de la sécurité, notamment le contrôle du transfert des technologies militaires vers les pays tiers et le contrôle des exportations d'armes » (voyez in *Bull.CE*, 1992, n° 6, p. 22); les travaux entrepris sur ces bases ont notamment permis d'identifier huit critères sur lesquels pourrait reposer une approche commune des États membres en matière de transferts d'armements (à ce propos, voyez notamment la réponse de la coopération politique européenne aux questions écrites de Mme R. DURY, *P.E.Q.E.*, n° 897/91, *J.O.C.E.*, n° C 309 du 26 novembre 1992, p. 3. et de M.A. SMITH, *P.E.Q.E.*, n° 1564/93, *J.O.C.E.*, n° C 283 du 20 octobre 1993, p. 51).

(111) Voyez les réponses des ministres des affaires étrangères aux questions écrites de Mme W. EWING, *P.E.Q.E.*, n° 324/90, *J.O.C.E.*, n° C 272 du 29 octobre 1990, p. 10 et de M.L. SMITH, *P.E.Q.E.*, n° 1648/93, *J.O.C.E.*, n° C 283 du 20 octobre 1993, p. 52.

(112) Règlement (CEE) n° 428/89 du Conseil du 20 février 1989 concernant les exportations de certains produits chimiques, *J.O.C.E.*, n° L 50 du 22 février 1989, p. 1; pour un commentaire de ce règlement et de sa motivation, voyez également P.J. KUIJPER, *European Community, op. cit.*, pp. 67 et 68.

du Conseil en vertu du traité instituant la Communauté européenne (113) et, en fonction des circonstances qui sont à la base de son adoption, de garder à l'examen la possibilité d'actions futures ». Il est de même prévu que le contenu de la liste de produits chimiques annexé au règlement arrêté dans le cadre de la coopération politique « est susceptible d'être réexaminé dans ces instances ».

L'on sait par ailleurs que se trouve actuellement en discussion une proposition de règlement relatif au contrôle à l'exportation de certains biens et technologies à double usage et de certains produits et technologies nucléaires (114).

Certaines particularités de la motivation du préambule projeté méritent d'être relevées. Il semble qu'à la différence du règlement 428/89, l'acte à présent envisagé ne se fonde plus exclusivement sur la coopération politique. La proposition renvoie en effet non seulement à l'article 113 CE au titre de la mise en œuvre d'une décision politique, mais il s'y ajoute une référence à l'article 8A CEE (actuel article 7A CE) relatif à la réalisation du marché intérieur. A la vérité, l'on ne doit pas vraiment s'en étonner. Le raisonnement l'expliquant, quoique controversé (115), est connu. Il s'agit d'inférer de la disparition des frontières intra-communautaires prescrite par l'article 7A CE la nécessité « d'assurer un contrôle efficace, sur la base de normes communes, aux frontières extérieures de la Communauté lors de l'exportation » des biens en cause, et ce, « afin d'éviter toute possibilité de détournement de trafic » (116). Il est assurément remarquable qu'un titre de compétence autonome soit de la sorte reconnu à la Communauté et ce, même si la proposition ajoute aussitôt que « l'action à mener au niveau communautaire doit être limitée aux exigences essentielles nécessaires à

(113) Référence est en effet faite *in fine* du préambule du règlement à l'article 113 CE relatif à la politique commerciale.

(114) Proposition présentée par la Commission le 31 août 1992, *J.O.C.E.*, n° C 253 du 30 septembre 1992, p. 13 ; pour un exposé des considérations et éléments qui expliquent dans une large mesure la genèse et le contenu de la proposition formulée, voyez B. ADAM, *op. cit.*, pp. 305 à 315.

(115) L'article 7A du traité CE dont il vient d'être question prescrit la mise en place d'un espace « sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, ... est assurée selon les dispositions du présent traité ». Les uns, qui voient dans la référence à un marché sans frontières intérieures une règle juridique autonome considèrent que celle-ci implique la disparition des frontières et de tous contrôles à l'ordinaire effectués lors du franchissement de celles-ci. Les autres, privilégiant les termes « selon les règles du présent traité », estiment au contraire que la référence à un marché « sans frontières intérieures » est purement descriptive et répétitive et qu'elle n'implique nullement une disparition des frontières physiques ou contrôles pratiqués à ces dernières, mais plutôt la disparition de toutes entraves juridiques. L'une et l'autre thèse paraissent pouvoir être défendues. Si l'on opte pour l'interprétation impliquant une abolition totale des frontières physiques et des contrôles qui y sont à l'ordinaire effectués, la nécessité en résulte aussitôt que soient prises une série de mesures d'accompagnement visant à garantir la sécurité intérieure (coopération policière et judiciaire dans la lutte contre la criminalité, le trafic d'armes, ...), et extérieure (coopération, voire coordination ou harmonisation, en matière d'exportations et importations d'armes vers des pays tiers ou en provenance de ceux-ci, ...) des États membres. L'approche est du reste bien connue et se trouve au centre de la problématique déjà évoquée des accords de Schengen ; à ce propos, voyez *supra*, note 15.

(116) Considérants du préambule de la proposition.

l'achèvement du marché intérieur ; que les décisions portant sur les listes de biens et technologies et de destinations devant faire l'objet de contrôles, ainsi que sur les critères explicites à utiliser lors de l'octroi d'une autorisation d'exportation, sont *de nature stratégique par définition et relèvent, par conséquent, de la compétence des États membres* ; que les listes une fois établies seront reprises dans un règlement complémentaire à arrêter par le Conseil ; qu'elles seront, si nécessaire, ultérieurement modifiées ou complétées selon la même procédure », étant par ailleurs entendu que « même pour les biens et technologies ne se trouvant pas sur les listes figurant dans ledit règlement complémentaire, les États membres doivent être en mesure d'intervenir dans des situations exceptionnelles ».

Aussi se trouve-t-on en présence d'un exemple nettement plus élaboré de coordination et de recherche de cohérence entre la coopération politique et l'action communautaire, cette dernière ne se ramenant pas en l'espèce à une mise en œuvre pure et simple de la décision politique prise par les États membres, mais paraissant procéder dans une mesure limitée d'une compétence communautaire propre basée sur l'article 7A CE.

Cela étant, les deux exemples qui viennent d'être examinés laissent clairement apparaître que les aspects de stratégie liés aux exportations de produits à double usage relèvent au premier chef de la compétence étatique et échappent en conséquence au domaine de la politique commerciale.

Il reste que pour certains, la compétence étatique en la matière ne serait pas une compétence retenue des États membres, mais plutôt une faculté qu'ils tirent du traité de déroger aux règles de ce dernier. Les tenants de cette approche se fondent tantôt sur l'article 11 du règlement CEE N° 2603/69 du Conseil du 20 décembre 1969, portant établissement d'un régime commun applicable aux exportations (117) qui autorise expressément les « restrictions quantitatives à l'exportation justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de *sécurité publique*, ... » (118), tantôt sur le fait que cet article 11 serait la manifestation de quelque parallélisme nécessaire entre l'article 36 CE et l'article 113 CE et que la compétence de la Communauté en matière d'exportations ou d'importations de biens stratégiques doit être admise dans toute la mesure nécessaire à l'accomplissement de l'un des objectifs essentiels de la politique commerciale, à savoir prévenir des détournements de trafic ou des distorsions de concu-

(117) *J.O.C.E.*, n° L 324, p. 25

(118) Ainsi l'Avocat général F.G. Jacobs considère-t-il que dans la mesure où « ... le champ de la politique commerciale commune comprend l'ensemble des mesures qui réglementent le commerce entre la Communauté et les pays non membres (à l'exception des domaines exclus par les articles 223 et 224 du traité), même si ces mesures poursuivent un objectif qui n'est pas commercial en lui-même (...), « (...) lorsqu'un État membre réglemente les exportations vers des pays non membres pour de tels motifs, il y a lieu de considérer qu'il exerce des pouvoirs qui lui sont attribués par l'article 11 du règlement n° 2603/69 (...) » (conclusions du 1^{er} avril 1993 dans l'affaire C-111/92 Lange c. Finanzamt Fürstentfeldbruck, non encore publiées).

rence dans le marché commun (119). Les uns et les autres tirent encore argument de l'arrêt *Grèce c. Conseil* du 29 mars 1990 (120) dans lequel la Cour de justice a admis que l'adoption, suite à l'accident survenu à Tchernobyl, du règlement CEE n° 3955/87 soumettant les importations de produits originaires de pays tiers au respect de tolérances maximales de contamination radioactive, relevait bien du domaine de la politique commerciale commune.

Quoique les positions ainsi défendues soient séduisantes, il nous semble qu'elles présentent l'une et l'autre certaines faiblesses. D'une part, les développements qui précèdent laissent clairement apparaître que les États se considèrent seuls « compétents » en ce qui concerne les aspects stratégiques du commerce de produits à double usage, et que les institutions communautaires paraissent bien leur avoir emboîté le pas (121). Dans cette mesure, il paraît difficile de prétendre que cette compétence serait « attribuée » aux États membres par le traité de Rome, voire par un règlement communautaire que la Communauté reste par définition habilitée à modifier à tout moment. D'autre part, la position paraît difficilement réconciliable avec la jurisprudence de la Cour selon laquelle les articles 36, 48, 56, 223 et 224 du traité concernent « des hypothèses exceptionnelles bien délimitées », et qu'en conséquence « ces articles ne se prêtent pas à une interprétation extensive et ne permettent pas d'en déduire une réserve générale, inhérente au traité, pour toutes mesures prises au titre de la sécurité publique » (122). Il convient en effet d'observer que l'article 113 CE relatif à la politique commerciale commune ne mentionne aucune réserve spécifique relative à la sécurité. Enfin, des doutes sont permis quant à la transposabilité à la matière des exportations de produits à double usage de la jurisprudence de la Cour dans l'affaire « Tchernobyl ». Non seulement *exportations et importations*, ne peuvent-elles être appréhendées de manière identique en termes d'impact sur la concurrence dans le marché commun (123), mais plus fondamentalement, il est douteux que la protection de la santé et celle de la sécurité de l'État puissent être placées sur un même pied. Comme nous l'avons déjà indiqué, la coopération politique et la PESC attestent d'une volonté

(119) Voyez I. GOVAERE et P. EECKHOUT, *op. cit.*, pp. 958 à 960 (et les références doctrinales citées). Dans une thèse originale et bien argumentée, ces auteurs, qui ne contestent pas que les mesures adoptées en vue de contrôler les exportations de produits à double usage relèvent de la compétence étatique lorsque de telles mesures poursuivent un objectif avéré de protection de la sécurité, semblent conclure à l'existence d'une compétence communautaire parallèle à celle des États membres.

(120) Aff. C-62/88, *Rec.*, I-1527.

(121) Voyez toutefois la réponse de la Commission à une question écrite de M.A. ALAVANOS, *P.E.Q.E.*, n° 2431/88, *J.O.C.E.*, n° C 202 du 7 août 1989, p. 28 ; la Commission y affirme que les restrictions nationales à l'exportation d'armes sont appliquées « en vertu de l'article 223 1 b) du traité C.E.E. ».

(122) Arrêt Johnston / Chief constable of the Royal Ulster Constabulary du 15 mai 1986, aff. 222/84, *Rec.*, 1986, p. 1684.

(123) À ce propos, voyez notamment nos observations *supra*, sous la note 39.

étatique clairement exprimée de conserver une maîtrise absolue et exclusive sur les matières mettant en cause la sécurité. Il n'est en revanche aucune trace d'une telle volonté d'exclusivité en ce qui concerne la santé, dont la protection peut dès lors être rencontrée par une action de la Communauté menée dans le cadre des compétences exercées par cette dernière.

Le récent arrêt *Lange* du 8 août 1993 (124) de la Cour de justice admet la licéité de principe, au regard du droit communautaire, des législations nationales en vertu desquelles se trouvent interdites les exportations de certaines marchandises « vers certaines destinations précises, en raison de l'utilisation éventuelle de ces marchandises à des fins stratégiques » (125). Quoique le doute reste permis quant au fondement précis retenu par la Cour pour asseoir cette compétence étatique (126), il nous semble qu'une lecture raisonnable de l'arrêt puisse consister à y voir la confirmation de la soustraction des aspects stratégiques liés aux exportations de produits à double usage à la politique commerciale. Il ne s'agirait nullement d'une soustraction générale de ces exportations aux règles du traité comme l'indique du reste l'arrêt de la Cour en leur déclarant applicable la réglementation communautaire en matière de TVA, mais plutôt de prendre en considération l'existence de la coopération politique et de la PESC, l'une et l'autre consacrées dans des traités modificatifs du traité de Rome, ainsi que la « pratique » de l'organisation (États membres et institutions confondus), pour conclure que la politique commerciale ne saurait s'étendre aux mesures qui poursuivent un objectif de politique étrangère et de sécurité.

L'enseignement serait essentiel en ce qui concerne les produits (armes ou produits à double usage) qui ne figurent pas sur la liste arrêtée par le Conseil en vertu de l'article 223 CE. Pour les produits repris dans cette liste, en revanche, quelle que soit la portée que l'on accorde à la politique commerciale et à ses rapports avec la coopération politique et la PESC, les États demeurent en tout état de cause entièrement libres d'agir en dehors des sphères communautaires.

(124) Arrêt *Lange* et *Finanzamt Fürstfeldbruck* du 2 août 1993, aff. C-111/92, non encore publié.

(125) Dans cet arrêt, concernant l'exportation vers des destinations proscrites de systèmes informatiques, la Cour a considéré que l'exonération des opérations à l'exportation que prévoit l'article 15, point 1, de la sixième directive TVA ne pouvait être refusée par les autorités nationales « lorsque de telles opérations sont effectuées en violation de dispositions nationales subordonnant à une autorisation préalable les exportations à destination d'États pour lesquels, par suite de dispositions nationales en matière d'embargo, une autorisation n'aurait pu être délivrée dans aucun des États membres des Communautés européennes ». Ceci ne saurait étonner tant il apparaît à l'évidence que la mesure peut difficilement être justifiée par des considérations ayant trait à la sécurité de l'État. La Cour ajoute en effet tout aussitôt, et c'est là l'essentiel pour notre propos, que « cette constatation ne préjuge en rien la compétence des États membres pour poursuivre les infractions à leur législation en matière d'autorisation d'exportation à destination de certains pays tiers par des sanctions appropriées, même si elles comportent des conséquences pécuniaires ».

(126) Voyez en effet les conclusions de l'Avocat général JACOBS, évoquées *supra*, note 118.

CONCLUSION

Comment conclure, sinon en constatant que les questions touchant de près ou de loin à la sécurité des Etats membres sont globalement considérées par ces derniers comme relevant de leur compétence exclusive.

L'article 223 CE, inséré dans le Traité de Rome en 1957, prévoyait certes d'encadrer la discrétion réservée aux Etats dans le domaine de la production et du commerce des armes, munitions et matériel de guerre, en confiant aux institutions de la Communauté le soin d'arrêter la liste des produits à l'égard desquels cette discrétion pourrait trouver à s'exercer. L'article 225 CE envisageait de même qu'un recours juridictionnel puisse être intenté contre l'Etat membre qui aurait fait un « usage abusif » de la faculté qui lui était ainsi réservée de déroger aux règles du traité.

L'analyse de la pratique révèle toutefois que l'on ne semble guère s'être embarrassé de ces dispositions. La liste en cause est restée secrète, les Etats membres et les institutions semblant de surcroît s'être entendus pour en ignorer le contenu, et la discrétion étatique consacrée par l'article 223 s'en est trouvée étendue virtuellement à tous produits d'importance stratégique, qu'il s'agisse d'armements ou de produits à double usage. Les Etats membres se sont par ailleurs prévalu de manière très large, et souvent sujette à caution, de la liberté de déroger aux règles du traité, sans que fût jamais mis en oeuvre le recours prévu par l'article 225 CE.

Faut-il s'étonner de cette évolution ? Pour diverses raisons, nous ne le pensons pas.

Nous avons illustré les difficultés d'interprétation que soulevait le libellé passablement obscur de l'article 223. Ces difficultés, ainsi que les incertitudes nées de l'absence de publication de la liste du Conseil, permettent d'expliquer, dans une large mesure, l'attitude adoptée par les Etats membres en cette matière. Que les Etats aient bénéficié d'une relative « complicité » de la part des institutions communautaires pourrait à priori laisser plus songeur. A la réflexion toutefois, il paraît difficile de reprocher à ces dernières d'avoir sacrifié à un certain réalisme politique. Il eut en effet été très délicat, sinon illusoire, dans un domaine aussi sensible, de prétendre imposer aux Etats membres une certaine interprétation de leur engagement, dès l'instant où celui-ci n'a pas été formulé en termes exempts d'ambiguïtés.

Plus fondamentalement, il nous semble du reste que l'insertion des articles 223 et 225 dans le traité de Rome procédait en partie de l'illusion qu'une mise en balance entre la sécurité des Etats membres et ceux de la Communauté se révélerait possible. C'était sans doute méconnaître le fait qu'en l'absence de toute intégration réelle sur les plan politique et militaire, une telle mise en balance ne se concevrait que difficilement, les Etats membres ayant une tendance naturelle et somme toute assez compréhensible

sible à privilégier leur sécurité par rapport aux nécessités de l'intégration communautaire.

La possibilité fut évoquée, lors des négociations ayant mené à la signature du traité de Maastricht, de modifier, voire de supprimer l'article 223 CE. Qu'il n'en ait rien été s'explique sans doute partiellement par le fait que le traité instituant l'Union européenne s'est cantonné, dans le domaine de la politique étrangère et de sécurité (PESC), à des mécanismes de coopération de type classique, sans que voit le jour une intégration politique ou militaire véritables.

Cela étant, l'analyse de la pratique récente, singulièrement dans le domaine des *exportations* d'armements et de produits à double usage, témoigne d'une disposition apparente des Etats membres à coopérer davantage dans le cadre des structures de l'Union et à renoncer quelque peu à l'absolue maîtrise qu'ils avaient jusqu'à présent paru vouloir se réserver. Qu'en ce qui concerne les *produits à double usage* cette pratique semble de surcroît vouloir s'autoriser non seulement de la coopération politique ou de la PESC, mais encore de l'article 7A CE et de la nécessité d'abolir les frontières intra-communautaires au sein du marché unique, est assurément plus remarquable encore.