

L'ACCORD SUR L'ESPACE ÉCONOMIQUE EUROPÉEN, PORTEUR D'UN STATUT PROPRE D'ÉTAT TIERS

PAR

ELEFTHERIA NEFRAMI

PROFESSEURE À L'UNIVERSITÉ DU LUXEMBOURG

CHAIRE EUROPÉENNE JEAN MONNET

Accord mixte d'association conclu entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et les États membres de l'Association européenne de libre-échange (A.E.L.E.), à l'exception de la Suisse, d'autre part (1), l'accord sur l'Espace économique européen (accord E.E.E.) est un traité international doté de caractéristiques propres. Selon son article 1^{er}, « Le présent accord d'association a pour objet de favoriser un renforcement continu et équilibré des relations économiques et commerciales entre les parties contractantes, dans des conditions de concurrence égales et le respect des mêmes règles, en vue de créer un Espace économique européen homogène, ci-après dénommé "E.E.E." ».

L'accord E.E.E. ne se distingue pas en tant qu'instrument d'action extérieure de l'Union. Comme tout accord d'association, il vise à développer des relations économiques et commerciales durables et institutionnalisées avec les partenaires. L'objet rattaché à l'instrument juridique de l'article 217 T.F.U.E., consistant dans la création d'une association caractérisée par des droits et obligations réciproques, des actions en commun et des procédures particulières, n'est pas spécifique à l'accord E.E.E. Le champ matériel couvert par l'accord n'est pas non plus spécifique à l'accord E.E.E., la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux, dans des conditions de concurrence égales, constituant des objectifs sectoriels d'intensité variable selon que l'accord d'association s'inscrit dans le cadre de la stratégie de préadhésion, du voisinage ou simplement

(1) L'accord E.E.E. a été signé à Porto le 2 mai 1992 et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994. *J.O.C.E.*, n° L 1 du 3 janvier 1994.

de la coopération. Comme dans tout accord d'association, les partenaires de l'Union ont la qualité d'États tiers cocontractants à l'égard de celle-ci. D'ailleurs, l'accord E.E.E., souvent qualifié d'alternative à l'adhésion, selon le considérant 14 de son préambule, « ne doit, en aucune manière, préjuger la possibilité pour un État de l'A.E.L.E. d'adhérer aux Communautés européennes ». Or, l'accord E.E.E. poursuit un objectif ultime, au-delà des objectifs sectoriels d'une association : la création d'un Espace économique européen homogène.

L'accord E.E.E. révèle une double spécificité. Premièrement, il crée un espace qualifié d'extension du marché intérieur aux pays A.E.L.E. parties à l'accord E.E.E. (2). Les dispositions du traité communautaire relatives aux libertés de circulation, la concurrence non faussée, l'environnement, le renforcement de la coopération dans les domaines de la recherche et du développement, de l'éducation, de la politique sociale, sont reprises à l'identique dans l'accord E.E.E., alors que son article 102 consacre l'obligation de reprise de la nouvelle législation communautaire sous forme de modifications des annexes de l'accord par le Comité mixte de l'Espace économique européen (3). La question se pose de savoir si cet espace est issu de règles conventionnelles de droit international, même matériellement identiques à celles de l'Union, ou s'il s'agit d'un espace *sui generis*, un ordre juridique propre, consistant en une partie de l'ordre juridique de l'Union étendue aux pays A.E.L.E. Cette interrogation conduit à la deuxième spécificité de l'accord E.E.E. : la compréhension de l'homogénéité. Selon qu'on considère l'Espace économique européen comme un champ d'application de règles conventionnelles issues de l'action extérieure de l'Union ou comme un ordre juridique propre, dérivé de celui de l'Union, l'homogénéité sera interprétée comme uniformité dans l'interprétation et l'application d'un accord international par les parties contractantes autonomes et indépendantes, ou comme uniformité dans l'interprétation et l'application du droit de l'Union étendu à des

(2) T.P.I.C.E., 22 janvier 1997, *Opel Austria*, aff. T-115/94, Rec., II, p. 39, pt. 107 ; C.J.U.E., 28 octobre 2010, *Établissements Rimbaud SA*, aff. C-72/09, Rec., I, p. 10659, pt. 20 ; C.J.U.E., 26 septembre 2013, *Royume-Uni et Irlande du Nord c/ Conseil*, aff. C-481/11, pt. 50. T. BRUCHA, « Is the E.E.E. an Internal Market ? », in P.-C. MÜLLER-GRAPF et E. SELMIG (dir.), *E.E.A.-E.U. Relations*, Berlin, Berlin Verlag Arno Spitz, 1999, p. 127.

(3) L'article 102, § 1, de l'accord E.E.E. dispose : « Afin de garantir la sécurité juridique et l'homogénéité de l'E.E.E., le Comité mixte de l'E.E.E. décide des modifications à apporter aux annexes du présent accord le plus tôt possible après l'adoption par la Communauté d'une nouvelle législation communautaire correspondante, de façon à permettre une application simultanée de cette dernière et des modifications des annexes du présent accord. À cet effet, la Communauté, lorsqu'elle adopte un acte législatif concernant une question régie par le présent accord, informe aussitôt que possible les autres parties contractantes au sein du Comité mixte de l'E.E.E. ».

États non membres mais, de ce fait, plus vraiment de tiers. Dans le premier cas, les pays A.E.L.E. parties contractantes à l'accord E.E.E. seront des partenaires de l'Union, États tiers cocontractants (I), alors que, dans le deuxième cas, les pays A.E.L.E. passeront du statut de cocontractants au statut d'États intégrés dans un espace autonome, au même titre que les États membres de l'Union (II).

I. — UN STATUT PROPRE DE COCONTRACTANT

L'homogénéité, objectif révélateur de la spécificité d'un espace caractérisé par des conditions de concurrence égales et le respect des mêmes règles, est recherchée dans un cadre institutionnel dual. À la suite de l'Avis 1/91 de la Cour de justice, qui a mis fin, au nom de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire, au projet de mise en place d'une Cour E.E.E. (4), les pays de l'A.E.L.E. ont conclu entre eux, parallèlement à l'accord E.E.E., un accord instituant une autorité de surveillance de l'A.E.L.E. et une Cour de justice des États de l'A.E.L.E. (Cour A.E.L.E.) (5) auxquelles sont confiées des compétences similaires à celles de la Commission européenne, dans son rôle de gardienne des traités, et de la Cour de justice de l'Union (6). Cette structure institutionnelle, constituant le pilier A.E.L.E. de l'Espace économique européen, aux antipodes du pilier Union européenne, témoigne, d'une part, de la différenciation entre l'ordre juridique de l'Union et l'Espace économique européen (A) et, d'autre part, vise à

(4) C.J.C.E., Avis 1/91, 14 décembre 1991, Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre-échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen, Rec., I, p. 6079. Pour un commentaire : J. DURHEL DE LA ROCHEBRE, « L'Espace économique européen sous le regard des juges de la Cour de justice des Communautés européennes », *R.M.C.*, 1992, p. 603 ; M.-A. GAUDISSART, « La portée des avis 1/91 et 1/92 de la Cour de justice des Communautés européennes relatifs à la création de l'Espace économique européen. Entre autonomie et homogénéité : l'ordre juridique communautaire en péril... », *Revue du Marché unique européen*, 1992, p. 1. H.-G. SCHREIBERS, « Commentary on Opinions 1/91 and 1/92 », *CML Rev.*, 1992, p. 991 ; D. SIMON et A. RIGAUD, « L'avis du projet d'institution d'une Cour A.E.L.E. garantissant la bonne application de l'accord E.E.E. aux pays A.E.L.E. dans son Avis 1/92 », C.J.C.E., 10 avril 1992, *Avis 1/92*. Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre-échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen, Rec., I, p. 2821. R. BARENTS, « The Court of Justice and the E.E.A. Agreement. Between Constitutional Values and Political Realities », *Rivista di diritto europeo*, 1992, p. 751.

(5) Accord S.C.A. (The Surveillance and Court Agreement), *J.O.C.E.*, n° L 344 du 31 décembre 1994.

(6) S. MAGNUSSON, « Cour A.E.L.E. », *J-Cl. Europe*, fasc. 4000, 5, 2011 ; T. BLANCHET et M. WESTMANN-CLEMENT, « La Cour de l'A.E.L.E. dans le cadre de l'accord sur l'Espace économique européen », *A.F.D.I.*, 1995, pp. 743-753.

La première conséquence d'une telle approche est l'absence de primauté inhérente à l'accord E.E.E. (12). Si l'accord E.E.E. accorde une place importante à l'individu et à sa protection juridique (13), l'effet direct et la primauté dans l'ordre juridique des pays A.E.L.E. ne relèvent que de l'ordre constitutionnel national (14). Il est significatif que le droit issu de l'accord E.E.E. ne bénéficie pas d'applicabilité directe au sein des pays A.E.L.E. de tradition dualiste. Les décisions du Comité mixte qui reprennent l'accord de l'Union, aux termes de l'accord E.E.E., font partie ou sont intégrées dans les ordres juridiques nationaux, selon que l'imposition du droit international relève d'une approche moniste ou dualiste (15). Ainsi, l'identité substantielle des règles de l'accord E.E.E. et des règles de l'Union européenne n'implique pas l'identité des sources. Ce n'est pas le droit de l'Union qui s'applique aux pays A.E.L.E. partenaires, mais bien le droit issu de l'accord E.E.E. Les attributs du droit de l'Union, tels la primauté et l'effet direct, inhérents à l'objectif politique et l'attribution des compétences, ce qui va au-delà de l'objectif d'exécution efficace des règles matérielles, sont absents de l'accord E.E.E.

Les deux Cours chargées de l'application de l'accord E.E.E. ne réfutent pas l'approche conventionnelle. La Cour A.E.L.E., dans les affaires *L'Oréal*, a considéré que malgré la nécessité, issue de l'objectif d'homogénéité, d'une interprétation des règles E.E.E. conforme à celle des règles communautaires, la différenciation entre la portée et les objectifs de l'Espace économique européen et ceux des traités communautaires, peut, dans certaines circonstances, conduire à des interprétations différentes. La Cour A.E.L.E. a affirmé que la divergence d'interprétation est une conséquence inhérente à la structure institutionnelle de l'Espace économique européen, comprenant

(12) F. SEIERSTED, « Between Sovereignty and Supranationalism in the E.E.A. Context - On the Legal Dynamics of the E.E.A. Agreement », in P.-C. MULLER-GRAFF et E. SELVING (dir.), *The European Economic Area - Norway's Basic Status in the Legal Construction of Europe*, Berlin, Berlin Verlag A. Spitz, 1997, p. 45 ; L. SEVON, « Primacy and Direct Effect in the E.E.A. », *Some Reflections*, in *Festschrift til Ole Due*, Copenhagen, Gads Forlag, 1994, p. 389.

(13) Le considérant 8 du préambule de l'accord E.E.E. prévoit : « convaincus de l'importance du rôle que les particuliers joueront dans l'Espace économique européen par l'exercice des droits que leur confère le présent accord et par la défense judiciaire de ces droits ».

(14) Selon le protocole 35 de l'accord E.E.E., en cas de conflits entre les règles de l'E.E.E. et d'autres dispositions législatives, les États de l'A.E.L.E. s'engagent à adopter, en cas de besoin, une disposition législative selon laquelle les règles de l'E.E.E. prévalent. Concernant l'effet direct, la Cour A.E.L.E. considère qu'il ne résulte pas de l'accord E.E.E. que les actes de l'Union, repris dans l'accord E.E.E., sont directement applicables. Voy. Cour A.E.L.E., 28 septembre 2012, *Irish Bank*, aff. E-18/11, *EFTA Court Report*, p. 594, pts. 118-119.

deux Cours appelées à interpréter des règles matériellement identiques (16). La Cour A.E.L.E. admet ainsi le pluralisme institutionnel qui fait du droit issu de l'accord E.E.E. un droit polycentrique (17), interprété et appliqué par deux Cours indépendantes, en fonction du cadre juridique de l'espèce. La nécessité d'uniformité dans l'interprétation ne pourrait être garantie comme inhérente à l'accord E.E.E. que si elle relevait d'un seul interprète. Or, l'identité matérielle entre les règles de l'accord E.E.E. et celles de l'Union impliquant une structure duale, les deux juges fonctionnent de manière interdépendante (18), l'uniformité en vue de l'exigence d'homogénéité ne pouvant être garantie que par un outil institutionnellement externe, à savoir l'alignement de l'interprétation de la Cour A.E.L.E. à celle de la Cour de justice. Un tel alignement a beau être une exigence inscrite dans le texte de l'accord E.E.E., il n'affecte pas, pour autant, l'autonomie institutionnelle des deux Cours, ce qui implique l'autonomie des sources du droit appliqué.

Par conséquent, l'accord E.E.E. est le support conventionnel des règles interprétées à la fois par la Cour A.E.L.E. et par la Cour de justice de l'Union, en fonction du champ précis de leur application. Pour la Cour A.E.L.E., les règles issues de l'accord E.E.E. sont des règles de droit international, alors que pour la Cour de justice de l'Union, ces règles font partie intégrante de l'ordre juridique de l'Union, résultant d'un accord international conclu par l'Union (19). Néanmoins, pour les deux Cours, le droit appliqué à l'Espace économique européen est issu d'un traité international et la Cour de justice de l'Union étant chargée de l'interprétation et de l'application de l'accord E.E.E., même si ses règles sont identiques en substance à celles qui résultent du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. La Cour de justice de l'Union, dans l'affaire *Polydor*, concernant l'accord de libre-échange entre la Communauté et le Portugal, a souligné que l'identité matérielle entre des dispositions d'un accord international conclu par l'Union

(16) Cour A.E.L.E., 8 juillet 2008, *L'Oréal*, aff. Jtes E-9/07 et E-10/07, *EFTA Court Report*, 2008, p. 258, pts. 27 et 28.

(17) H.H. FRØDRUPSEN, « One Market, Two Courts : Legal Pluralism vs. Homogeneity in the European Economic Area », *Nordic Journal of International Law*, 2010, p. 482.

(18) M. JOHANSSON, « The Two E.E.A. Courts - Sisters in Arms », in *EFTA Court* (dir.), *Judicial Protection in the European Economic Area*, Stuttgart, German Law Publishers, 2012, p. 212.

(19) Pour la Cour de justice de l'Union, les dispositions d'un accord mixte font partie intégrante de l'ordre juridique de l'Union, conformément à l'article 216, § 2 T.F.U.E. C.J.C.E., 11 septembre 2007, *Merck Genericos - Produtos Farmacêuticos*, aff. C-431/05, *Rec.*, I, p. 7001, pt. 31.

et les dispositions communautaires n'est pas une raison suffisante pour transposer au système de l'accord la jurisprudence relative à l'application des règles de l'Union (20). La Cour distingue ainsi la portée matérielle des règles de leur support. Dans la mesure où celui-ci consiste dans un accord international, les destinataires des règles, partenaires de l'Union, sont bien des États tiers cocontractants auxquels s'appliquent les dispositions de l'accord.

Il convient de noter que la Cour s'est référée, dans l'affaire *Polydor*, à la différence entre les objectifs fixés dans l'accord international en question et ceux assignés à la Communauté, soulignant l'objectif de réalisation d'un marché intérieur. La différence des objectifs entre un accord international, l'accord E.E.E., et le traité communautaire est également au cœur du raisonnement dans l'avis 1/91.

Selon la Cour de justice l'identité des termes des dispositions de l'accord et des dispositions communautaires correspondantes ne signifie pas qu'elles doivent nécessairement être interprétées de façon identique. En effet, un traité international doit être interprété non pas uniquement en fonction des termes dans lesquels il est rédigé, mais également à la lumière de ses objectifs. L'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 précise, à cet égard, qu'un traité doit être interprété de bonne foi, suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes, dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

S'agissant de la comparaison des objectifs des dispositions de l'accord et de celles du droit communautaire, il convient de constater que l'accord vise l'application d'un régime de libre-échange et de concurrence dans les relations économiques et commerciales entre les parties contractantes.

Pour ce qui est de la Communauté, en revanche, le régime de libre-échange et de concurrence, que l'accord vise à étendre à l'ensemble du territoire des parties contractantes, s'est développé et s'insère dans l'ordre juridique communautaire, dont les objectifs vont au-delà de celui poursuivi par l'accord » (21).

Certes, l'accord E.E.E. n'est pas un simple accord de libre-échange. Comme la Cour de justice l'a affirmé, « l'un des principaux objectifs de l'accord E.E.E. est de réaliser de la manière la

plus complète possible la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux dans l'ensemble de l'E.E.E., de sorte que le marché intérieur réalisé sur le territoire de la Communauté soit étendu aux États de l'A.E.L.E. » (22). Toutefois, l'extension du marché intérieur aux États de l'A.E.L.E. est un objectif issu d'un accord international, auquel l'Union a souscrit, mais il ne s'agit pas d'un objectif de l'Union. En ce sens, l'extension du marché intérieur vise les cocontractants de l'accord E.E.E. et non des États intégrés à celui-ci.

Ainsi, la reprise des règles de l'Union dans un accord international ne constitue pas une spécificité en soi. Or, l'accord E.E.E. se distingue par l'objectif de création d'un espace homogène. À cette fin, il implique le dépassement de la dualité classique, selon laquelle l'accord est un acte des institutions, relevant de la compétence de la Cour de justice, dans l'ordre juridique de l'Union, et un acte international, relevant de la compétence des juges nationaux, dans l'ordre juridique de chaque État A.E.L.E. contractant. L'accord E.E.E. nécessite la mise en place d'institutions communes aux États A.E.L.E., afin d'assurer une application uniforme, non seulement dans les trois États A.E.L.E., mais aussi dans l'espace constitué par ceux-ci et l'Union européenne. Cet espace composite nécessite sûrement un dialogue juridictionnel entre la Cour A.E.L.E. et la Cour de l'Union. La question est de savoir si l'objectif d'homogénéité ne peut être atteint que par la subordination de la Cour A.E.L.E. à la Cour de l'Union, ce qui pourrait remettre en question la souveraineté des États A.E.L.E.

B. — L'objectif de création d'un Espace économique européen homogène : la spécificité du statut de cocontractant

Si la Cour A.E.L.E., dans les affaires *L'Oréal* (23), a reconnu la possibilité d'interprétations divergentes, elle ne s'est pas pour autant différenciée de l'interprétation donnée par la Cour de justice. La Cour A.E.L.E. est revenue sur son jugement dans l'affaire *Maglite* (24), rendu avant que la Cour de justice ne se soit prononcée sur la question de l'épuisement des droits de marque, afin

(20) C.J.C.E., 9 février 1982, *Polydor*, aff. 270/80, *Rec.*, p. 329.

(21) *Avis 1/91*, préc., pts. 14-16.

(22) C.J.C.E., 23 septembre 2003, *Ospelt*, aff. C-452/01, *Rec.*, I, p. 9743, pt. 29.

(23) *Préc.*, note 16.

(24) Cour A.E.L.E., 3 décembre 1997, aff. E-2/97, *EFTA Court Report*, p. 127.

de s'aligner sur la jurisprudence de celle-ci. Saisie d'une question relative à l'interprétation de la directive 89/104/C.E.E. rapprochant les législations des États membres sur les marques, la Cour A.E.L.E. considère que la directive exclut l'introduction ou le maintien unilatéral de l'épuisement international des droits conférés par une marque quelle que soit l'origine des biens en question.

Cette position de la Cour A.E.L.E. exprime un dialogue juridique particulier (25). Certes, le dialogue est rétroproque. Non seulement la Cour A.E.L.E. se réfère-t-elle à la jurisprudence de la Cour de justice, mais cette dernière se réfère également à la jurisprudence de la Cour A.E.L.E. lorsqu'elle applique l'accord E.E.E., malgré l'absence d'obligation explicite à cet égard issue de l'accord E.E.E. (26). Il est à noter que la Cour de justice a explicitement affirmé la spécificité du statut des États A.E.L.E. cocontractants de l'accord E.E.E.

Ainsi, dans l'affaire *Pepic*, elle a considéré que « les États de l'A.E.L.E. parties à l'accord E.E.E. doivent, en effet, être distingués d'autres États, tels que la Confédération suisse, qui n'ont pas souscrit au projet d'un ensemble économique intégré avec un marché unique, fondé sur des règles communes entre ses membres, mais ont préféré la voie d'arrangements bilatéraux avec l'Union et ses États membres, dans des domaines précis » (27). La Cour conclut en l'espèce que les États membres ne peuvent maintenir et invoquer une législation restrictive de la liberté des mouvements de capitaux à l'égard de la Principauté de Liechtenstein que si, en

(25) C. BAUDENBACHER, « The EFTA Court and Court of Justice of the European Union: Coming in Parts but Winning Together », in COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION: *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analysis and Perspectives on Sixty Years of Case-Law*, La Haye, Asser Press, 2013, p. 183 ; E. SHARPTON et M.-J. CLIFTON, « The Two E.E.A. Courts – Unequal Balance or Fruitful Partnership ? », in EFTA COURT (dir.), *Judicial Protection in the European Economic Area*, préc., p. 170.

(26) A titre d'exemple, la Cour de justice a également reconnu l'obligation d'interprétation uniforme des dispositions de l'accord E.E.E. matériellement identiques à celle du droit de l'Union (C.J.C.E., 23 février 2006, *Keller*, aff. C-471/04, *Rec.*, I, p. 2107, pt. 48). Le juge de l'Union se réfère à la jurisprudence de la Cour de l'A.E.L.E. même dans le cadre d'application du droit de l'Union (voy. C.J.C.E., 9 septembre 2003, *Monsanto*, aff. C-236/01, *Rec.*, I, p. 8108, pt. 106, concernant l'interprétation du principe de précaution), ce qui est la conséquence du fait qu'une question soit posée devant la Cour de l'A.E.L.E. avant que le juge de l'Union ne se soit prononcé. Voy. C. BAUDENBACHER, « L'indivision, principal protagoniste de l'accord E.E.E. », in *Le droit à la mesure de l'homme, Mélanges en l'honneur de Philippe Léger*, Paris, L.G.D.J., 2006, p. 336.

(27) C.J.U.E., ord., 24 juin 2011, *Eva Maria Pepic*, aff. C-476/10, *Rec.*, I, p. 3613, pt. 37. Voy. également, C.J.U.E., 11 février 2010, *Fokus Invest*, aff. C-541/08, *Rec.*, I, p. 1025, pt. 27.

vertu du droit de l'Union, cette législation peut être appliquée à l'égard d'autres États membres de l'Union.

Par ailleurs, dans l'affaire *Royaume-Uni et Irlande du Nord c/ Conseil* (28), la Cour de justice souligne que la libre circulation des travailleurs entre les États membres et les États A.E.L.E. relève des articles 45 et 48 T.F.U.E. et non pas des dispositions relatives à la politique migratoire (art. 79 T.F.U.E.). Plus précisément, la décision 2011/497/U.E. du Conseil relative à la position à adopter par l'Union au sein du Comité mixte E.E.E. fait l'objet d'un recours en annulation sur le motif de mauvaise base juridique. Adoptée en vertu de l'article 48 T.F.U.E., la décision concernant la modification de l'annexe VI et du protocole 37 de l'accord E.E.E., afin de permettre l'application aux États A.E.L.E. du règlement (C.E.) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (29), aurait dû, selon le Royaume-Uni, être fondée sur la compétence de l'Union en matière migratoire. La Cour de justice rappelle toutefois que l'accord E.E.E. consacre la libre circulation des travailleurs entre les États membres et les États de l'A.E.L.E. et établit la reconnaissance des droits de sécurité sociale y afférents dans des termes en substance identiques à ceux prévus respectivement aux articles 45 T.F.U.E. et 48 T.F.U.E. (30). Le règlement n° 1408/71, que le règlement n° 883/2004 remplace, faisait déjà partie de l'acquis communautaire étendu aux États A.E.L.E. en vertu de l'accord E.E.E. La Cour considère que « la décision attaquée s'inscrit précisément parmi les mesures par lesquelles le droit du marché intérieur de l'Union doit autant que possible être étendu à l'E.E.E. de sorte que les ressortissants desdits États bénéficient de la libre circulation des personnes aux mêmes conditions sociales que les citoyens de l'Union » (31). Elle rappelle les objectifs de la politique migratoire, consistant dans la gestion efficace des flux migratoires et le traitement équitable des ressortissants de pays tiers, pour conclure que, une mesure telle que la décision attaquée, compte tenu du contexte du développement de l'association avec les États de l'A.E.L.E. dans lequel elle s'inscrit et notamment des objectifs poursuivis par cette association, n'est manifestement pas conciliable avec de telles finalités (32).

(28) Aff. C-431/11, *Préc.*, note 1.

(29) *JOLEF* n° L 284 du 24 septembre 2004.

(30) Pt. 51.

(31) Pt. 58.

(32) Pt. 64.

Toutefois, la spécificité du statut de cocontractant dans la jurisprudence de la Cour de justice résulte de l'objectif d'homogénéité et ne conduit pas à l'assimilation des statuts d'État tiers et d'État membre. La Cour de justice souligne que dans la perspective d'extension du marché intérieur aux États A.E.L.E., il lui appartient de veiller à ce que les règles de l'accord E.E.E. identiques en substance à celles du traité F.U.E. soient interprétées de manière uniforme à l'intérieur des États membres (33). Le rôle de la Cour de justice se limite ainsi à celle d'une institution de l'Union et non de l'Espace économique européen. La responsabilité de l'uniformité d'interprétation de l'accord E.E.E. sur l'ensemble de l'Espace économique européen, dans l'objectif d'homogénéité, est, par conséquent, partagée entre la Cour de l'Union, pour ce qui concerne les États membres de l'Union, et les organes mis en place par l'accord E.E.E. et l'accord S.C.A. (34), pour ce qui concerne les États A.E.L.E. La Cour de justice souligne que plusieurs stipulations de l'accord E.E.E. visent à garantir une interprétation aussi uniforme que possible de celui-ci sur l'ensemble de l'Espace économique européen (35). Or, les stipulations de l'accord E.E.E. concernant les organes chargés de son application aux États A.E.L.E. La question est de savoir si la structure institutionnelle créée par l'accord E.E.E. s'inscrit dans le cadre du pluralisme, préservant le statut des États A.E.L.E. d'États tiers liés par un accord international, ou imposant aux États A.E.L.E. un statut propre de cocontractant.

Si l'objectif d'homogénéité résulte de la liberté contractuelle des États A.E.L.E., étant inscrit à plusieurs reprises dans l'accord E.E.E. (36), le moyen de sa réalisation, consistant dans le suivi de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union, met en cause l'égalité entre les organes issus de l'accord E.E.E. et les institutions de l'Union. Certes, les articles 105 et 106 de l'accord E.E.E. font référence à une interprétation aussi uniforme que possible des dispositions de l'accord, ce qui préserve l'indépendance et exclut la subordination. En outre, l'article 6 de l'accord E.E.E. prévoit l'obligation de conformité à la jurisprudence de la Cour de justice antérieure à la signature

de l'accord E.E.E. Toutefois, l'article 3 de l'accord S.C.A., instituant l'Autorité de surveillance et la Cour de l'A.E.L.E., enjoint à celle-ci de tenir compte de la jurisprudence pertinente de la Cour de justice rendue après la signature de l'accord E.E.E.

Ce rapprochement des jurisprudences, inhérent à l'objectif d'homogénéité, qui implique également la convergence de la structure institutionnelle (37), n'est toutefois qu'externe, fondé sur un dialogue juridictionnel inédit et relevant de la compétence finale d'un Comité mixte, organe propre de l'accord E.E.E. garantissant l'indépendance structurelle dans la recherche de rapprochement matériel. Dans un tel contexte, la Cour A.E.L.E. s'acquie parfaitement de sa tâche. Outre le rapprochement procédural (38), c'est sur le plan matériel que la Cour A.E.L.E. fait preuve de sursystème automatique, représentant la jurisprudence de la Cour de justice au risque de dépassement d'une simple prise en compte. Ainsi, la Cour A.E.L.E. s'accordant à l'objectif d'extension du marché intérieur aux pays A.E.L.E. (39), a suivi la jurisprudence de la Cour de justice, non seulement antérieure, mais également postérieure à la signature de l'accord E.E.E. Elle a, en outre, indiqué dès le début qu'elle tiendrait également compte de la jurisprudence du Tribunal (40).

Le développement de la jurisprudence de la Cour A.E.L.E. ne fait que témoigner du respect de l'exigence d'homogénéité (41). La Cour A.E.L.E. s'aligne sur l'interprétation des dispositions de l'accord E.E.E. donnée par la Cour de justice (42), procédant au revirement de sa propre jurisprudence et soulevant la question du monopole

(37) C. RAPPAPORT, *Les parlementarismes entre l'Union européenne et les États tiers européens. Étude de la contribution de l'Union européenne à la structuration juridique de l'espace européen*, préc., p. 175.

(38) Les voies de droit devant la Cour de l'A.E.L.E. sont similaires à celles du contentieux de l'Union européenne, avec toutefois quelques différences, notamment quant à l'obligation de renvoi préjudiciel et aux effets des arrêts préjudiciels (voy. *infra*, sous II A). C. BAUDENBACH, « L'individu, principal protagoniste de l'accord E.E.E. », préc., pp. 337 et s.; T. BLANCHET et M. WESTMAN-CLÉMENT, « La Cour de l'A.E.L.E. dans le cadre de l'accord sur l'Espace économique européen », préc.; S. MANGONSSON, « Cour A.E.L.E. », préc.

(39) Cour A.E.L.E., 12 décembre 2003, *ESA/Islande*, aff. E-1/03, *EFTA Court Report*, p. 143, pt. 27.

(40) Cour A.E.L.E., 28 avril 1994, *Scottish Salmon Growers*, aff. E-2/94, *EFTA Court Report*, p. 59, pt. 13.

(41) La Cour de l'A.E.L.E. a souligné, dès son premier arrêt, l'importance de l'objectif de l'homogénéité : Cour A.E.L.E., 19 avril 1994, *Restamark*, aff. E-1/94, *EFTA Court Report*, p. 15, pt. 33.

(42) H.H. FREDRIKSEN, « The EFTA Court 15 Years On », *International and Comparative Law Quarterly*, 2010, pp. 731-760; S. NORBERG, « 20 Years On : Some Reflections on the European Economic Area Judicial Mechanism », in P. CARBONNELL, A. ROSAS et N. WAHL (dir.), *Constitutionalising the E.U. Judicial System, Essays in Honour of Pernilla Lindh*, Oxford,

(33) C.J.U.E., 28 octobre 2010, *Établissements Rimbaud SA*, aff. C-72/09, *Rec.*, I, p. 10633, pt. 20.

(34) Surveillance and Court Agreement (S.C.A.).

(35) Par exemple, C.J.C.E., 23 septembre 2003, *Ospel*, préc., pt. 29.

(36) Considérants 4 et 15 du préambule, art. 1^{er}, 6, 105, 106, 107, 111 de l'accord E.E.E., art. 3 de l'accord S.C.A.

d'interprétation de la Cour de justice⁽⁴³⁾. Un tel alignement n'est pas moins institutionnalisé dans l'accord E.E.E., qui charge le Comité mixte de l'E.E.E. de la tâche de neutraliser les divergences d'interprétation entre les deux Cours, et consacre la possibilité pour les parties contractantes parties au différend de se fier à l'autorité interprétative de la Cour de justice de l'Union⁽⁴⁴⁾. Il convient de noter ainsi que le rôle du Comité mixte ne consiste pas dans l'adoption de sa propre décision, mais dans la préservation de la jurisprudence de la Cour de l'Union⁽⁴⁵⁾.

Toutefois, si l'alignement sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union semble être la conséquence nécessaire de la recherche d'homogénéité, le dynamisme de la Cour A.E.L.E. en fait une homogénéité créative⁽⁴⁶⁾. La Cour A.E.L.E. ne limite pas l'appréciation des mesures nationales entravant les libertés de circulation au nom des exigences impératives d'intérêt général aux mesures indistinctement applicables⁽⁴⁷⁾ et invite le juge national à opérer un contrôle de proportionnalité entier des mesures nationales indépendamment de leur caractère discriminatoire⁽⁴⁸⁾.

Le revirement de sa jurisprudence dans l'affaire *L'Oréal*, en vue de s'aligner sur celle de la Cour de justice de l'Union, confirme que la Cour A.E.L.E. assume pleinement son rôle de garant de l'homogénéité dans l'application de l'accord E.E.E. au regard des États A.E.L.E. En effet, l'interprétation de l'épuisement des droits

Hart Publishing, 2012, pp. 57-76. Pour un exemple récent : Cour A.E.L.E., 20 mars 2013, *Jonsson*, aff. E-3/12, pts. 55-61.

⁽⁴³⁾ D. GALLO, « From Autonomy to Full Deference in the Relationship between the EFTA Court and the ECJ : The Case of the International Exhaustion of the Rights Conferred by a Trademark », *EUI Working Papers*, RSCAS 2010/78.

⁽⁴⁴⁾ Art. 104 et 111 de l'accord E.E.E. Plus précisément, selon l'article 111, § 3, de l'accord identiques en substance aux règles correspondantes du traité instituant la Communauté économique européenne, du traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier ou des actes adoptés en application de ces deux traités et si le différend n'a pas été réglé dans un délai de trois mois après qu'il a été porté devant le Comité mixte de l'E.E.E., les parties contractantes parties au différend peuvent convenir de demander à la Cour de justice des C.E. de se prononcer sur l'interprétation des règles pertinentes ».

⁽⁴⁵⁾ M. CHERNOVA, « The "dynamic and homogeneous" E.E.A. : Byzantine structures and various geometry », *E.L. Rev.*, 1994, p. 517.

⁽⁴⁶⁾ C. TIMMERMANS, « Creative Homogeneity », in M. JOHANSSON, N. WAHL et U. BERNITZ (dir.), *A European for All Seasons, Liber Amicorum in Honor of Sven Norberg*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 471.

⁽⁴⁷⁾ Cour A.E.L.E., 12 décembre 2003, *Autorité de Surveillance/Islande*, aff. E-103, *EFTA Court Report*, p. 143 ; Cour A.E.L.E., 23 novembre 2004, *Fokus Bank*, aff. E-104, *EFTA Court Report*, p. 11 ; Cour A.E.L.E., 1^{er} juillet 2006, *Piazza*, aff. E-10/04, *EFTA Court Report*, p. 76.

⁽⁴⁸⁾ Cour A.E.L.E., 30 mai 2007, *Ladbrokes*, aff. E-3/06, *EFTA Court Report*, p. 86, pt. 55.

de marque de la part de la Cour de justice, dans l'arrêt *Silhouette*, s'étend, par la décision, *L'Oréal* de la Cour A.E.L.E., à l'ensemble de l'Espace économique européen⁽⁴⁹⁾. Le revirement de la jurisprudence de la Cour A.E.L.E. témoigne de son dévouement à l'homogénéité.

Il en résulte que la reconnaissance de l'autorité interprétative des décisions de la Cour de justice de l'Union est la conséquence nécessaire de l'objectif d'homogénéité inscrit dans l'accord E.E.E. Une apparente subordination *de facto* est neutralisée par l'indépendance structurelle qui permet à la Cour A.E.L.E. de se montrer auteur de sa propre jurisprudence. Cour A.E.L.E. et Cour de justice de l'Union opèrent parallèlement, dans l'application du même traité international à des cocontractants égaux. Certes, l'objectif de création d'un Espace économique européen homogène fait de l'accord E.E.E. un traité international *sui generis*, dont l'objet normatif est matériellement identique à une partie de l'objet normatif du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. En ce sens, les États A.E.L.E. sont également des cocontractants *sui generis*, destinataires de normes matériellement identiques à celles dont sont destinataires les États membres de l'Union.

Par conséquent, selon l'approche instrumentale, la spécificité du statut de cocontractant n'affecte pas le statut des États A.E.L.E. en tant qu'États tiers à l'égard de l'Union européenne. Toutefois, la jurisprudence de la Cour A.E.L.E. évolue au-delà de l'interprétation des règles matérielles de l'accord E.E.E. La Cour A.E.L.E. s'inspire de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union à la base de la constitutionnalisation de l'ordre juridique. L'Espace économique européen pourrait-il constituer un ordre juridique autonome, au sein duquel États A.E.L.E. et États membres de l'Union seraient plus que cocontractants ?

II. — UN STATUT D'ÉTAT INTÉGRÉ

La différenciation de l'ordre juridique de l'Union par rapport à l'Espace économique européen a été, à plusieurs reprises, soulignée, de même que le caractère *sui generis* de l'accord E.E.E. Dans ce contexte, la Cour A.E.L.E. développe une jurisprudence au-delà

⁽⁴⁹⁾ C.J.C.E., 16 juillet 1998, *Silhouette International Schmied/Hartlauer Handelsgesellschaft*, aff. C-355/96, *Rec.*, I, p. 4799, pts. 30-31.

de l'interprétation des règles matérielles de l'accord E.E.E. Dans la recherche de l'application effective des règles, et sous le couvert de l'objectif d'homogénéité, la Cour A.E.L.E. tend à constitutionaliser l'Espace économique européen (A). Les États A.E.L.E. intégrés à l'Espace économique européen le seraient-ils au même titre que les États membres de l'Union (B) ?

A. – La constitutionalisation de l'Espace économique européen

Si les traités fondateurs de l'Union européenne constituent la charte constitutionnelle d'une Union de droit, selon la jurisprudence constante de la Cour de justice, l'homogénéité des règles de droit dans l'ensemble de l'Espace économique européen n'est pas garantie par l'identité de contenu ou de rédaction des dispositions du droit de l'Union et des dispositions correspondantes de l'accord (50). Si l'homogénéité est garantie par l'interprétation uniforme de l'accord E.E.E. par la Cour A.E.L.E. et la Cour de justice de l'Union, la Cour A.E.L.E. dépasse l'interprétation des dispositions de libre circulation et de concurrence non faussée, au profit de la consécration de principes à caractère constitutionnel. Il est ainsi significatif que le président de la Cour A.E.L.E., le juge BAUDENBACHER, ait qualifié l'accord E.E.E. de base de l'ordre constitutionnel de l'Espace économique européen (51).

Malgré l'existence d'une position doctrinale selon laquelle le principe de primauté fait partie du droit de l'E.E.E. (52), son caractère inhérent n'est pas consacré, la primauté étant une obligation issue d'une disposition législative nationale, conformément au protocole 35 de l'accord E.E.E. (53). Mais l'absence de primauté, issue de l'absence de transfert de compétences au bénéfice des organes créés par l'accord E.E.E. au nom d'un objectif final d'intégration politique, n'a pas empêché la Cour A.E.L.E. de souligner l'importance du devoir de loyauté, inscrit à l'article 3 de l'accord E.E.E. Garantie de la bonne exécution des obligations issues de l'accord E.E.E. (54), la

loyauté dépasse le cadre conventionnel de droit international pour fonder une conception de l'Espace économique européen comme un espace intégré, au sein duquel est assurée la protection juridictionnelle des individus dans l'application du droit de l'E.E.E. La Cour A.E.L.E. considère que l'accord E.E.E. instaure un ordre juridique caractérisé par la création d'un marché intérieur, la protection des droits des individus ainsi que des opérateurs économiques, un cadre institutionnel garantissant la bonne exécution de l'accord E.E.E. et un contrôle juridictionnel effectif (55).

Or, seule l'instauration d'un marché intérieur constitue un objectif explicite de l'accord E.E.E. Une référence aux droits fondamentaux figure uniquement dans le premier considérant du préambule, selon lequel l'Espace économique européen contribuera à la construction d'une Europe fondée sur la paix, la démocratie et les droits fondamentaux. Quant à l'effectivité du contrôle juridictionnel, elle trouve ses limites dans la spécificité de la coopération entre le juge national et le juge de l'A.E.L.E. Si, dans l'ordre juridique de l'Union, l'importance du rôle du juge national en tant que garant d'une protection juridictionnelle effective est codifiée dans l'article 19, paragraphe 1, alinéa 2, T.U.E., le mécanisme de renvoi préjudiciel n'a pas la même portée dans la coopération entre les juges des États A.E.L.E. et la Cour A.E.L.E. L'article 34 de l'accord S.C.A. instaure une procédure d'avis consultatif qui donne aux tribunaux des États A.E.L.E. la possibilité de soumettre des questions d'interprétation de l'accord E.E.E. à la Cour de l'A.E.L.E. Toutefois, contrairement au mécanisme de renvoi préjudiciel de l'article 267 T.F.U.E., le renvoi à la Cour de l'A.E.L.E. n'est pas obligatoire, et les décisions de celle-ci n'ont pas d'autorité de chose interprétée, l'accord S.C.A. utilisant le terme « avis consultatifs ».

Ces limites à l'instauration d'un espace garantissant la protection juridictionnelle de l'individu ne sont, pour autant, pas insurmontables. La Cour A.E.L.E. a considéré que le bon fonctionnement de l'accord E.E.E. dépend de la capacité des individus et des opérateurs économiques à se prévaloir de droits devant les tribunaux nationaux (56). Elle a reconnu la possibilité de faire valoir, devant le juge

(50) C.J.C.E., *Avis 1/91*, préc., pt. 22.

(51) C. BAUDENBACHER, « Facets of an E. E. A. Constitutional Order », in N. COLINVAZ (dir.), *The communauté de droit, Festschrift für Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlin, Berliner Wissenschaftsverlag, 2003, p. 343.

(52) W. VAN GERVEN, « The Genesis of E.E.E. Law and the Principles of Primacy and Direct Effect », *Portland International Law Journal*, 1993, pp. 972 et s.

(53) Préc., note 14.

(54) À titre d'exemple : Cour A.E.L.E., 30 avril 1998, *EFTA Surveillance Authority/ Norvège*, aff. E-7/97, *EFTA Court Report*, p. 62, pt. 16.

(55) Cour A.E.L.E., 12 décembre 2003, *Asgerinsson*, aff. E-2/03, *EFTA Court Report*, p. 185,

pt. 28.

(56) Cour A.E.L.E., 22 février 2002, *Ennarsson*, aff. E-1/01, *EFTA Court Report*, p. 1, pt. 49, Cour A.E.L.E., 18 avril 2012, *Posten Norge AS*, aff. E-15/10, *EFTA Court Report*, p. 246, pt. 86.

national, les droits inconditionnels et précis issus des dispositions de l'accord E.E.E. (57) et l'obligation des juges nationaux, inhérente aux objectifs de l'accord E.E.E., d'interpréter le droit national en tenant compte de tout élément pertinent du droit de l'E.E.E. (58). Le dynamisme de la Cour A.E.L.E. se manifeste avec fermeté dans l'affaire *Sveinbjörnsdóttir*, où elle a jugé que le principe de la responsabilité de l'État pour violation du droit primaire ou secondaire de l'Espace économique européen fait partie intégrante de celui-ci, au nom de l'objectif d'homogénéité, de protection des droits des individus et du devoir de loyauté (59). La Cour A.E.L.E. a consacré la responsabilité de l'État pour le fait du juge (60). Toutefois, elle n'est pas allée plus loin que la Cour de justice de l'Union quant aux conditions d'engagement de la responsabilité, laissant le juge national apprécier si les conditions sont réunies dans le cas d'espèce (61).

La protection juridictionnelle est renforcée par l'alignement de la Cour A.E.L.E. sur les règles contentieuses de l'Union européenne. Si l'homogénéité inscrite dans l'accord E.E.E. concerne les dispositions matérielles, la Cour A.E.L.E. consacre également l'homogénéité procédurale (62). Ainsi, elle opte pour une interprétation des conditions de recevabilité du recours en annulation (63) ou de la notion de tribunal dans le cadre du renvoi préjudiciel (64), de manière conforme à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union et elle condamne en manquement (65). Il convient de souligner que la Cour A.E.L.E. a accordé une place particulière à la procédure de renvoi préjudiciel.

(57) Cour A.E.L.E., *Restlanark*, préc., pt. 77.

(58) Cour A.E.L.E., *Karriason*, aff. E-4/01, *EFTA Court Report*, p. 281, pt. 28 ; Cour A.E.L.E., 3 octobre 2007, *Criminal proceedings against A. EFTA Court Report*, p. 246, pt. 39 ; Cour A.E.L.E., 25 avril 2012, *Granville Establishment*, aff. E-13/11 ; Cour A.E.L.E., *Irish Bank*, préc., pts. 118-119.

(59) Cour A.E.L.E., 10 décembre 1998, *Erla María Sveinbjörnsdóttir*, aff. E-9/97, *EFTA Court Report*, p. 95, pts. 59-61. Pour un commentaire : C. BAUDENBACHER, « If not State Liability, then what ? Reflections Ten Years after *Sveinbjörnsdóttir* », in *Law in the Changing Europe, Liber amicorum Pranas Kirišis, Vilnius, Mykolo universitetas*, 2008, p. 543.

(60) Cour A.E.L.E., 10 décembre 2010, *Kölbesson*, aff. E-2/10, *EFTA Court Report*, p. 234. (61) S. MAGNUSON propose un assouplissement des conditions d'engagement de la responsabilité de l'État pour pallier l'absence de primauté et d'effet direct des dispositions de l'accord E.E.E. au sein des États A.E.L.E. Voy. S. MAGNUSON, « State Liability in E.E.A. Law : Towards Parallelism or Homogeneity ? », *E.L. Rev.*, 2013, p. 167.

(62) V. KRONENBERGER, « Ensuring Compliance with EFTA Court's judgments and Procedural Homogeneity within the E.E.A. », *European Law Reporter*, 2011 ; R. SPANO, « The Concept of Procedural Homogeneity », in *EFTA COUR (dir.), Judicial Protection in the European Economic Area*, préc., p. 152.

(63) Cour A.E.L.E., *Bellona*, préc.

(64) Cour A.E.L.E., *Restlanark*, préc.

(65) Cour A.E.L.E., 28 juin 2011, *EFTA Surveillance Authority/Norway*, aff. E-18/10 ; Cour A.E.L.E., 15 novembre 2013, *EFTA Surveillance Authority/Norway*, aff. E-9/13.

Dans sa décision *Irish Bank*, elle a mis l'accent sur le devoir de loyauté issu de l'article 3 de l'accord E.E.E. comme fondement d'une obligation de renvoi incombant aux juges nationaux suprêmes, au nom d'une protection juridictionnelle effective (66). Quant à la possibilité d'annulation d'une décision de renvoi d'un juge national par son juge supérieur, la Cour de l'A.E.L.E. souligne, dans le même arrêt, l'importance du droit au juge, conformément à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

En effet, la protection des droits fondamentaux se renforce constamment dans la jurisprudence de la Cour A.E.L.E. (67). Celle-ci se réfère tant à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qu'à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union, étendant ainsi le concept d'homogénéité de la substance (protection des droits fondamentaux garantie par la Cour de justice de l'Union dans la mise en œuvre du droit de l'Union et donc de l'accord E.E.E.) à la méthode (protection fondée sur la Convention européenne des droits de l'homme en tant que source d'inspiration du juge de l'Union). La question est de savoir si le juge de l'A.E.L.E. fait preuve de dynamisme propre ou s'il se limite à l'alignement sur la portée de la protection assurée par la Cour de justice dans l'application des dispositions identiques à celles en cause de l'accord E.E.E. Il est à noter que le juge A.E.L.E. n'a pas développé un bloc de principes généraux propres et la prise en compte des traditions constitutionnelles communes des États A.E.L.E. n'est pas claire dans sa jurisprudence (68). Or, la Cour A.E.L.E., dans l'affaire *Piazza*, se réfère au bon fonctionnement du système judiciaire comme principe commun aux structures constitutionnelles des États A.E.L.E. parties contractantes à l'accord E.E.E., afin de fonder un motif de justification aux entraves aux libertés de circulation (69). Quel que soit le degré de prise en compte des traditions constitutionnelles des États A.E.L.E., il est toutefois incontestable que le développement de la protection des droits fondamentaux dans l'application de l'accord E.E.E. constitue

(66) Cour A.E.L.E., 28 septembre 2012, *Irish Bank*, aff. E-18/11, pt. 58.

(67) À titre indicatif : Cour A.E.L.E., 12 juin 1998, *TV 1000*, aff. E-8/97, *EFTA Court Report*, p. 68. Sur l'accès au juge : Cour A.E.L.E., 19 juin 2003, *Bellona*, aff. E-2/02, *EFTA Court Report*, p. 52. Sur le contrôle juridictionnel des décisions des autorités de concurrence : Cour A.E.L.E., 18 avril 2012, *Posten Norge*, aff. E-15/10, *EFTA Court Report*, p. 679. Voy. J. TEMPLE LANG, « Judicial Review of Competition Decisions under the European Convention on Human Rights and the Importance of the EFTA Court : The Norway Post Judgment », *E.L. Rev.*, 2012, p. 464.

(68) H.H. FREDRIKSEN, « One Market, Two Courts : Legal Pluralism vs. Homogeneity in the European Economic Area », préc., pp. 491-492.

(69) Cour A.E.L.E., 1^{er} juillet 2005, *Piazza*, aff. E-10/04, *EFTA Court Report*, p. 76, pt. 43.

un élément de constitutionnalisation qui dépasse la recherche d'une simple efficacité dans l'exécution des règles matérielles et l'extension du marché intérieur. Le développement de la protection des droits fondamentaux permet à la Cour A.E.L.E. d'envisager le principe d'efficacité au-delà du cadre du droit international, en tant qu'effectivité dans la protection des droits que les particuliers tirent de l'accord E.E.E. et, ainsi, en tant que protection juridictionnelle effective.

L'application de l'accord E.E.E. comprend ainsi des éléments de constitutionnalisation. Ceux-ci ne sont pas fondés sur le texte de l'accord mais sur une construction jurisprudentielle et reflètent une volonté politique de faire de l'Espace économique européen un espace de droit. Une telle volonté politique s'exprime explicitement à travers les déclarations des États A.E.L.E. (70) ou implicitement à travers l'attitude des juges nationaux qui n'hésitent pas à poser de questions préjudicielles à la Cour de l'A.E.L.E., malgré l'absence d'obligation, et assurent le suivi de ses décisions (71).

Ainsi, l'Espace économique européen est un espace de droit pour les États A.E.L.E. La question est de savoir dans quelle mesure l'espace constitutionnalisé est porteur d'un ordre juridique propre qui permettrait aux États A.E.L.E. de passer du statut de cocontractant de l'Union et de ses membres, au statut de membre d'un espace au même titre que les États membres de l'Union.

B. - L'Espace économique européen, ordre juridique ?

La Cour A.E.L.E. a qualifié l'accord E.E.E. de traité international *sui generis* comportant un ordre juridique qui lui est propre (72). Dans

(70) Ainsi, une déclaration sur la Charte des droits sociaux fondamentaux est annexée à l'accord E.E.E. : « Les gouvernements des États de l'A.E.L.E. partagent le point de vue selon lequel une coopération économique élargie doit s'accompagner de progrès au niveau de la dimension sociale de l'intégration, qui doivent être accomplis en pleine coopération avec les partenaires sociaux. Les États de l'A.E.L.E. souhaitent contribuer activement au développement de la dimension sociale de l'Espace économique européen. Ils se félicitent par conséquent du renforcement de la coopération dans le domaine social avec la Communauté et ses États membres, inscrite par le présent accord. Reconnaissant l'importance qu'il y a à garantir, à cet égard, les droits sociaux fondamentaux des travailleurs dans l'ensemble de l'E.E., les gouvernements susmentionnés font leurs principes et droits de base fixés par la Charte des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, du 9 décembre 1989, tout en rappelant le principe de subsidiarité. Ils observent que, pour la mise en œuvre de ces droits, il y a lieu de tenir compte de la diversité des pratiques nationales, notamment en ce qui concerne le rôle des partenaires sociaux et des conventions collectives ».

(71) H.-P. GRAVER, « The Effects of EFTA Court Jurisprudence in the Legal Orders of the EFTA States », in C. BAUDENBACHER, P. TRESSERT et T. ÖRNGRÖSSON (dir.), *The EFTA Court Ten Years On*, Oxford, Hart Publishing, 2005, pp. 79 et s.

(72) Cour A.E.L.E., *Steinhjörnsdóttir*, préc., pt. 59. Cour A.E.L.E., *Karlsson*, préc., pt. 25. Cour A.E.L.E., *Asgetonsson*, préc., pt. 28.

l'affaire *Opel Austria*, le Tribunal de l'Union européenne a considéré que l'accord E.E.E. implique une intégration poussée, dont les objectifs dépassent ceux d'un simple accord de libre-échange (73). Admettre que l'accord E.E.E. est porteur d'un ordre juridique propre n'est pas sans conséquence sur le statut d'État tiers. Si les États A.E.L.E. sont, en vertu de l'accord E.E.E., intégrés dans un marché intérieur avec les États membres de l'Union, ils n'en ont pas pour autant la qualité de membre, qui présuppose l'existence d'un ordre juridique autonome. Or, considérer l'accord E.E.E. comme porteur d'un ordre juridique propre implique l'attribution de la qualité de membre aux États A.E.L.E., au même titre qu'aux États membres de l'Union. En ce sens, les États A.E.L.E. ne seraient pas membres de l'Union européenne, mais seraient membres de l'Espace économique européen. De même, les États membres de l'Union européenne seraient également des membres de l'Espace économique européen, tout en restant membres de l'Union européenne. Les États A.E.L.E. seraient ainsi des non-membres de l'Union européenne, tout en n'étant plus considérés comme des États tiers face à celle-ci. L'accord conclu par l'Union et ses membres avec les États tiers en ferait des membres d'un ordre juridique au même titre que les États membres de l'Union.

Certes, cela pourrait être la conséquence de la participation de l'Union européenne et de ses membres à tout accord international porteur d'un ordre juridique propre, ce qui n'affecterait pas la qualité d'États tiers des cocontractants face à l'Union européenne. Mais la spécificité de l'accord E.E.E. impliquerait que le nouvel ordre juridique ne soit pas indépendant de l'ordre de l'Union. L'objectif d'homogénéité impliquant l'uniformité, au sein de deux cadres institutionnels, dans l'application des règles issues de l'accord E.E.E. identiques à celles de l'Union, c'est la conception même de l'homogénéité qui serait affectée. Plus précisément, alors que l'homogénéité est comprise comme uniformité dans l'application de l'accord E.E.E. par l'Union et par les États A.E.L.E., lorsque nous restons sur l'approche instrumentale, elle serait comprise comme uniformité dans l'application de l'accord E.E.E. par les États A.E.L.E. et du droit de l'Union au sein de celle-ci, lorsque nous considérons l'Espace économique européen comme un ordre juridique autonome embrassant l'Union européenne. Selon cette dernière approche, l'ordre juridique formé par l'accord E.E.E. consisterait dans l'extension partielle de l'ordre juridique de l'Union aux pays A.E.L.E., et comporterait un

(73) T.P.I.C.E., 22 janvier 1997, *Opel Austria*, aff. T-115/94, Rec., II, p. 39, pt. 107.

nouveau principe, l'homogénéité, qui dépasserait le stade de règle statutaire (74). Cet ordre juridique serait institutionnalisé à travers la coopération de juges statutairement indépendants.

Une telle approche peut être soutenue lorsque nous prenons en considération l'appropriation, par la Cour A.E.L.E., des principes constitutionnels de l'ordre juridique de l'Union européenne. Toutefois, une telle approche se heurterait à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union et à la souveraineté des États A.E.L.E., qui n'ont pas consenti à la mise en place d'un Espace poursuivant des objectifs d'intégration et constituant un ordre juridique supranational.

En effet, la jurisprudence de la Cour A.E.L.E., considérée comme base d'une supposée constitutionnalisation de l'Espace économique européen, trouve ses limites aux caractéristiques propres de l'Union européenne. La Cour A.E.L.E., lorsqu'elle a affirmé que l'accord E.E.E. va au-delà de ce qui est habituel pour un accord dans le cadre du droit international public, a, en même temps, affirmé que son niveau d'intégration est moindre qu'en vertu des traités fondateurs de l'Union (75). L'évolution de la jurisprudence autour de l'objectif d'une protection juridictionnelle effective ne réfute pas non plus significatif, à cet égard, que le principe d'interprétation conforme est reconnu par la Cour A.E.L.E. comme issu du principe d'efficacité en droit international public (76). La Cour A.E.L.E. ne peut pas s'émanciper du rattachement international de l'accord E.E.E. et son dynamisme trouve ses limites dans la volonté des parties à l'accord l'établissant (accord S.C.A.), qui ne lui ont pas assigné de rôle de garant du respect de droit, à l'instar de la Cour de justice de l'Union (77). En outre, l'Espace économique européen n'est pas fondé sur des valeurs propres, les valeurs communes aux États A.E.L.E. et aux États membres de l'Union étant la base de relations privilégiées, conformément au considérant 2 du préambule de l'accord E.E.E.

La constitutionnalisation de l'Espace économique européen par la jurisprudence de la Cour A.E.L.E. n'affecte pas non plus la position de la Cour de justice en faveur de la différenciation de l'ordre juridique de l'Union de l'Espace économique européen. Dans l'arrêt

(74) C. BAUDENBACHER, « *L'individu, principal protagoniste de l'accord E.E.E.* », préc., p. 336.
 Cour A.E.L.E., *Sveinbjörnsdóttir*, préc., pt. 59. Cour A.E.L.E., *Karlsson*, préc., p. 25.

(75) Cour A.E.L.E., *Karlsson*, préc., pt. 28.

(76) H.H. FREDRIKSEN, « *Bridging the Widening Gap between the E.U. Treaties and the Agreement on the European Economic Area* », préc., pp. 879 et s.

Recherberger (78), la Cour de justice s'est déclarée incompétente pour statuer sur une question relative à l'application, par l'Autriche, de l'accord E.E.E. avant son adhésion à l'Union. Elle a considéré que les principes régissant la responsabilité d'un État de l'A.E.L.E. pour violation d'une directive à laquelle il est fait référence dans l'accord E.E.E. ont fait l'objet de l'arrêt de la Cour A.E.L.E. *Sveinbjörnsdóttir*. La constitutionnalisation n'est donc pas issue de l'appropriation, par la Cour A.E.L.E., des principes de l'ordre juridique de l'Union, mais de son dynamisme en tant que juge chargé de la mise en œuvre d'un accord international. Il convient de noter, à cet égard, que la non-prise des nouvelles règles de l'Union par les États A.E.L.E., selon les mécanismes prévus dans l'accord E.E.E. (79), ne peut être compensée par la jurisprudence de la Cour A.E.L.E. (80), ni par celle de la Cour de justice de l'Union (81). Par conséquent, l'aspect instrumental et l'indépendance institutionnelle, ainsi que l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union, fondée sur la poursuite d'un objectif ultime d'intégration politique, ne permettent pas la considération de l'accord E.E.E. comme porteur d'un ordre juridique propre, au sein duquel États A.E.L.E. et États membres de l'Union auraient le même statut. Les États A.E.L.E. restent ainsi des États tiers par rapport à l'Union et ses membres.

Il n'en demeure pas moins que les États A.E.L.E. sont intégrés dans un espace qui pourrait être considéré comme porteur d'un ordre juridique propre, lequel n'embrasserait pas, pour autant, l'Union européenne, mais se limiterait au pilier A.E.L.E. Une telle approche justifierait le dépassement du caractère purement économique de l'Espace, au profit de la protection des droits fondamentaux et des garanties de contrôle juridictionnel effectif (82).

(78) C.J.C.E., 15 juin 1999, *Recherberger e.a.*, aff. C-140/97, *Rec.*, I, p. 3499, pt. 39.

(79) *Voiv. supra*, I A.

(80) H.H. FREDRIKSEN, « *Bridging the Widening Gap between the E.U. Treaties and the Agreement on the European Economic Area* », préc., p. 871. Le président de la Cour A.E.L.E. considère que tant la Cour A.E.L.E. que la Cour de justice de l'Union ont la possibilité de réviser l'accord E.E.E. Il cite comme exemple l'arrêt *Piozzo* (grec.), où la Cour A.E.L.E. a jugé que les règles nationales restrictives de la libre circulation des capitaines sont susceptibles de justifications dans les conditions concernant l'application des règles de l'Union, même si l'accord E.E.E. ne contenait pas de disposition matériellement identique à l'article 65 T.F.U.E. *Voiv. C. BAUDENBACHER*, « *The EFTA Court and Court of Justice of the European Union: Coming in Paris but Winning Together* », préc., p. 186.

(81) Par exemple, dans l'affaire *Commission/Espagne* (C.J.U.E., 12 juillet 2012, aff. C-269/09), la Cour confirme qu'en l'absence de reprise de la législation européenne au sein de l'accord E.E.E., une disposition des États membres de l'Union qui serait contraire au droit de l'Union, pourrait être justifiée au sein des pays A.E.L.E.

(82) Il convient de noter que les États A.E.L.E. sont réceptifs de la constitutionnalisation de l'accord E.E.E. à leur égard. Les Cours suprêmes des États de l'A.E.L.E. ont rendu d'importants jugements concernant le devoir de loyauté, l'effet du droit de l'E.E.E. dans les ordres

La considération de l'Espace économique européen, comme un ordre juridique propre au profit uniquement des États A.E.L.E., outre sa conformité avec l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union, implique une nouvelle approche de l'objectif d'homogénéité. Pour le pilier de l'accord E.E.E. relevant de l'Union européenne, l'homogénéité serait une obligation internationale, concernant l'interprétation d'un accord international. Pour le pilier de l'accord E.E.E. relevant des États A.E.L.E., l'homogénéité serait un principe structurant l'ordre juridique réduit à ceux-ci, non pas par la reprise du droit de l'Union, mais par l'interprétation de l'accord E.E.E. selon des principes propres, inspirés de l'ordre juridique de l'Union adaptés aux objectifs de l'accord E.E.E. (83). Les États A.E.L.E. peuvent ainsi être considérés comme des États tiers à l'égard de l'Union, tout en étant des États intégrés dans l'Espace économique européen. Étant donné que cet Espace est de nature composite, ordre juridique et simple marché intérieur, les États A.E.L.E. peuvent être considérés comme des États tiers cocontractants de l'Union, mais avec un statut spécifique de cocontractant, États tiers intégrés dans le marché intérieur de l'Union et dans un ordre juridique se développant dans un objectif d'homogénéité. Cette spécificité est propre à l'accord E.E.E., et ne peut pas être prise facilement comme modèle dans les relations de l'Union avec les pays tiers (84).

juridiques internes, la responsabilité pour violation du droit de l'E.E.E. Voy. C. BAUDENBACHER, « L'individu, principal protagoniste de l'accord E.E.E. », préc., pp. 344-345 ; U. BERNITZ, « The Application of E.E.A. Law in Sweden », in M. MONTIL *et al.* (dir.), *Economic Law and Justice in Times of Globalisation, Festschrift for Carl Baudenbacher*, Bern, Nomos Verlag, 2007, p. 29 ; P. HREINSSON, « The Interaction between Iceland Courts and the EFTA Court », in EFTA COURT (dir.), *Judicial Protection in the European Economic Area*, préc. Ce faisant, ils reconnaissent l'autorité de la Cour A.E.L.E. comme interprète prééminent de l'accord E.E.E. aux pays A.E.L.E. Voy. par exemple, la décision *Finanger I* de la Cour suprême de la Norvège, présentée par H.H. FREDRIKSEN, « One Market, Two Courts : Legal Pluralism *vs.* Homogeneity in the European Economic Area », préc., p. 488. Toutefois, la Cour suprême de Norvège, dans le cadre l'interprétation de la directive 96/71/C.E., concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, reprise au sein de l'accord E.E.E., a considéré, dans sa décision du 5 mars 2013, que l'interprétation de la Cour A.E.L.E. (Cour A.E.L.E., 23 janvier 2012, *STX*, aff. E-2/11, *EFTA Court Report*, p. 4) n'était pas conforme à celle de la Cour de justice et a déclaré son intention de ne pas suivre la position de la Cour A.E.L.E. Dans l'affaire *Jonsson* (Cour A.E.L.E., 20 mars 2013, aff. E-3/12), la Cour A.E.L.E. se réfère longuement à la jurisprudence pertinente de la Cour de justice (pts. 55-61).

(83) Sur l'influence de l'Union sur les États A.E.L.E., au-delà de l'accord E.E.E., notamment pour ce qui concerne leurs politiques extérieures, voy. C. RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les États tiers européens. Étude de la contribution de l'Union européenne à la structuration juridique de l'espace européen*, préc., pp. 181 et s.

(84) *Ibid.*, pp. 302 et s.