

Ismaël OMARJEE, Derogations from Acquis Communautaire in the Ultra-Peripheral Regions after the Lisbon treaty, CEJEC-wp, 2009/8

ON BITS OF EUROPE EVERYWHERE
Overseas Possessions of the EU Member States in the Legal-Political Context of
European Law

University of Groningen, Faculty of Law
Monday 14 and Tuesday 15 December 2009

Les mesures spécifiques en faveur des régions ultrapériphériques,
après le Traité de Lisbonne

(Derogations from Acquis Communautaire in the Ultra-Peripheral Regions
after the Lisbon treaty)

Dr Ismaël OMARJEE,
Maître de conférences
(Assistant Professor of Law)
Université Paris-Ouest Nanterre La Défense, France

Les régions ultrapériphériques¹ (RUP) désignent aujourd'hui, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007, six territoires français - la Guyane, la Guadeloupe, la Martinique, la Réunion, St Barthélemy et St Martin – deux territoires portugais – les Açores et Madère - et un territoire espagnol, les îles Canaries (art 349 TFUE²).

La qualité de régions ultrapériphériques n'est ainsi conférée qu'à une minorité de dépendances des États membres, la majorité d'entre elles échappant à cette qualification, soit au bénéfice du régime d'intégration de droit commun - c'est le cas des territoires européens dont un État membre assume les relations extérieures³ - soit au bénéfice d'un régime d'association interne – c'est le cas des Pays et territoires associés⁴ - soit tout simplement parce que les Traités n'y sont pas applicables⁵.

La reconnaissance de la spécificité des régions ultrapériphériques vient de loin. Elle puise son origine dans le régime d'intégration adaptée des Départements français d'outre-mer. Il

¹ Pour une étude d'ensemble, Fabien Brial, La place des régions ultrapériphériques au sein de l'Union européenne, Cah. Dr. Eur., 1998, 639 ; Dominique Custos, Départements d'outre-mer, Principes du statut communautaire, Jurisclasseur Europe, 2006 ; Ismaël Omarjee, Régions ultrapériphériques, Répertoire communautaire, Dalloz, 2002 ; E. Paulin et M.J Rigobert, Les régions ultrapériphériques et La Communauté, RMCUE, 1993, p 436 ; Nathalie Rubio, Les régions ultrapériphériques de l'Union européenne, in *Union européenne et outre-mers, unis dans leur diversité*, PUAM, 2008, p 123.

² Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne issu du Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007.

³ Article 299 § 4 CE (355 TFUE § 3).

⁴ Article 299 § 3 CE (355 § 2 TFUE); Sur lequel, Daniel Dormoy, Association des Pays et territoires d'outre-mer à la Communauté, Jurisclasseur Europe, Fasc 473, 2007 ; les Pays et territoires associés à l'Union européenne, in *in Union européenne et outre-mers, Unis dans la diversité*, PUAM, 2008, p 139 et s ; Ismaël Omarjee, Association, Répertoire communautaire Dalloz, septembre 2003.

⁵ Article 299 § 6 CE (355 § 5 TFUE). Pour un aperçu complet du champ d'application territorial du droit communautaire, voir, Jacques Ziller, Champ d'application Territorial, Jurisclasseur Europe, Fasc 470, 2006.

convient de rappeler qu'initialement, l'article 227 § 2 du Traité de Rome établissait une distinction entre d'une part, les dispositions immédiatement applicables énumérées à l'alinéa 1 - celles, relatives à la libre circulation des marchandises, à l'agriculture à l'exception du FEOGA, à la libération des services, aux règles de concurrence, à certaines mesures de sauvegarde - et d'autre part, les « *autres dispositions du Traité* » dont « *les conditions d'application (devaient) être déterminées au plus tard deux ans après son entrée en vigueur, par des décisions du Conseil statuant à l'unanimité* ». Ainsi rédigée, cette disposition laissait en suspend la question de savoir si la compétence du Conseil comportait une faculté d'adaptation du droit communautaire au profit des Départements français d'outre-mer. Saisie de la question, la Cour de justice s'est prononcée dans son important arrêt *Hansen* du 10 octobre 1978, en faveur d'une intégration adaptée, fondée sur la prise en compte des besoins particuliers de ces régions françaises. Prenant appui sur leur intégration au sein de la République française et sur leur situation particulière, tant du point de vue géographique, économique que social, elle a considéré que, depuis l'expiration du délai de deux ans visé à l'article 227 § 2 CEE, « les dispositions du traité et du droit dérivé devaient s'appliquer de plein droit » à ces Départements mais « qu'il restait toujours possible de prévoir ultérieurement des mesures spécifiques en vue de répondre aux besoins de ces territoires ». La Cour de justice condamnait ainsi la pratique d'intégration partielle mise en œuvre par le Conseil tout en ne posant aucune limite aux adaptations.

Cette approche allait se concrétiser, en particulier, par deux décisions du 22 décembre 1989, l'une portant réforme de l'octroi de mer⁶, l'autre adoptant le Programme d'options spécifiques à l'éloignement et à l'insularité (POSEIDOM)⁷. Fondé sur le « *double principe de l'appartenance des départements d'outre-mer à la Communauté et de la reconnaissance de la réalité régionale* », ce programme marque le début de l'approche commune des régions ultrapériphériques. En effet, dès 1991, sur le modèle du POSEIDOM, deux programmes d'options spécifiques à l'éloignement et à l'insularité des îles Canaries (POSEICAN) d'une part,⁸ de Madère et des Açores d'autre part, (POSEIMA)⁹ voient le jour.

Mais la reconnaissance formelle des régions ultrapériphériques n'intervient que quelques mois plus tard, en 1992, avec l'adoption du Traité sur l'Union européenne. La Déclaration n°26 qui y est annexée porte expressément sur les régions ultrapériphériques. Dans la droite ligne de la jurisprudence *Hansen*, elle prévoit que « *si les dispositions du Traité instituant la Communauté européenne et du droit dérivé s'appliquent de plein droit aux régions ultrapériphériques, il reste possible d'adopter des mesures spécifiques en leur faveur, dans la mesure et aussi longtemps qu'il existe un besoin objectif de prendre de telles mesures en vue d'un développement économique et social de ces régions* ». Mais, sans valeur juridique, cette déclaration déçoit ceux qui avaient placé dans le Traité sur l'Union européenne leur espérance de voir stabilisé le régime d'applicabilité du Traité communautaire aux Départements français d'outre-mer. Cette déception est accrue par l'inflexion par la Cour de justice de sa jurisprudence, dans le sens d'une restriction des possibilités d'adaptation¹⁰. En effet, alors que

⁶ Décis. n°89/688, 22 décembre 1989, JOCE, 30 déc 1989, L 399 ; CJCE, 19 février 1998, Chevasus-Marche, C-212/96, Recueil, 1998, I, p 743.

⁷ Déc. n°89/687, 22 décembre 1989, JOCE, 30 déc 1989, L 399 ; Voir, Dominique Custos, Champ d'application territorial du droit communautaire et de l'Union, Départements d'outre-mer (DOM)- Réalité de l'intégration, Jurisclasseur Europe, Fasc 472, 2008, n° 6 et s.

⁸ Décis. 91/314, 26 juin 1991, JOCE, 29 juin, L 171.

⁹ Décis. 91/315, 26 juin 1991, JOCE, 29 juin, L 171.

¹⁰ Sur l'évolution de la jurisprudence communautaire à l'égard des RUP, Louis Dubouis, Les outre-mers dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, in *in Union européenne et outre-mers, Unis dans la diversité*, PUAM, 2008, p 185.

l'arrêt *Hansen* avait ménagé les plus larges possibilités d'adaptation, les arrêts *Legros* et *Lancry*, rendus respectivement le 16 juillet 1992¹¹ et le 9 août 1994¹² à propos de l'octroi de mer perçus par les Départements français d'outre-mer, réduisent les possibilités d'adaptation aux seules dispositions qui n'avaient pas été rendues immédiatement applicables aux Départements d'outre-mer (227§ 2 al 2 CEE). De la sorte, des matières aussi importantes que la libre circulation des marchandises, l'agriculture ou les règles de concurrence se retrouvent exclues du domaine de la différenciation.

Il n'empêche, ce recul ne peut masquer le fait que depuis 1992, les régions ultrapériphériques, en raison de leurs handicaps communs et du fait de préoccupations partagées, bénéficient d'une approche uniforme, caractérisée par le bénéfice éventuel de mesures de différenciation par rapport au droit commun communautaire.

Cette approche est consolidée avec la signature du Traité d'Amsterdam en 1997. L'article 299 § 2 CE qui en est issu offre un véritable statut aux régions ultrapériphériques. Fruit d'une réflexion commune menée dans le cadre de la conférence des régions périphériques et maritimes, ce statut présente le double avantage d'inclure le concept d'ultrapériphéricité ainsi que la compétence d'adaptation, dans le corps même du traité communautaire. En dépit de ses insuffisances, notamment quant à l'étendue des limites entourant les mesures de différenciation¹³, il a permis l'adoption d'un nombre significatif de mesures spécifiques¹⁴.

Le Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 préserve-t-il cet acquis ? C'est peu de dire que les débats entourant le projet avorté de Constitution européenne puis l'adoption de ce Traité n'ont accordé qu'une place réduite sinon nulle aux régions ultrapériphériques. Pourtant, la réécriture partielle de l'article 299 § 2 CE (nouvel article 349 TFUE) montre que cette question n'est pas vide de sens même si, du point de vue des institutions européennes et peut-être même des autorités nationales et locales concernées, la question de la différenciation¹⁵ n'est plus aujourd'hui la question centrale autour de laquelle doivent être appréhendées les relations entre les RUP et l'Union européenne. Ainsi, dans sa communication du 17 octobre 2008¹⁶, adoptée après une large consultation des différents acteurs, la Commission interroge moins les potentialités des articles 299 § 2 CE et article 349 TFUE que les nouvelles stratégies et politiques à mettre en œuvre. Certes, réaffirmant le caractère permanent des handicaps qui affectent les RUP, la Commission prône la consolidation des instruments juridiques et financiers existants visant à compenser ces handicaps¹⁷. Mais elle insiste sur les atouts des RUP plutôt que sur leurs handicaps. Les régions ultrapériphériques sont davantage perçues comme des « régions-opportunité, porteuses de potentiel de développement » que des régions consommatrices de fonds et avides de dérogations.

¹¹ C-163/90, Recueil I.4625.

¹² C-393 et autres, Recueil, I.3957.

¹³ Sur lesquelles, voir, Ismaël Omarjee, *Le Traité d'Amsterdam et l'avenir de la politique de différenciation*, RTDE, 1998, p 515 et s.

¹⁴ On retiendra en particulier, le règlement, n°247/2206 du 30 janvier 2006 portant mesures spécifiques dans le domaine de l'agriculture en faveur des régions ultrapériphériques de l'Union, JOUE, 14 février 2006, L 42/1 ou encore le règlement n°791/2007 du 21 mai 2007 instaurant un régime de compensation des surcoûts qui grèvent l'écoulement de certains produits de la pêche provenant de régions ultrapériphériques..., JOUE, 6 juillet 2007, L 176/1. Pour un aperçu général de ces mesures voir l'annexe à la Communication de la Commission, *Évolution et bilan de la stratégie pour les régions ultrapériphériques*, COM (2007), 507 final.

¹⁵ Sur les rapports entre l'intégration différenciée et l'association dans les outre-mer, voir, Jacques Ziller, *Rapport introductif, in Union européenne et outre-mers, Unis dans la diversité*, PUAM, 2008, p 18.

¹⁶ COM (2008) 642 final, 17 octobre 2008.

¹⁷ En ce sens, voir également la Communication du 12 septembre 2007, *Stratégies pour les régions ultrapériphériques, Bilan et perspectives*, COM, (2007), 507 final.

Ce changement de paradigme ne rend pas obsolète la nécessité d'un dispositif de différenciation ainsi que la vigilance quant à l'efficacité de ce dispositif. L'éloignement du continent européen, l'insularité, la dépendance vis à vis d'un petit nombre de produits, l'étroitesse de leur marché demeurent la réalité des RUP. Le sort de l'octroi de mer dans les Départements français d'outre-mer¹⁸, celui de « l'AIEM » aux îles Canaries¹⁹, la compensation des surcoûts liés à l'insularité, le maintien des productions agricoles traditionnelles dans le double contexte des organisations communautaires de marché²⁰ et des accords noués dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce²¹ restent conditionnés par l'adoption des mesures spécifiques. Il n'est pas abusif de considérer que l'avenir des RUP au sein de l'ensemble européen est lié au maintien d'un dispositif solide de différenciation.

C'est à cette aune qu'il convient d'apprécier l'article 349 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. L'examen de celui-ci montre qu'au-delà de l'avancée que constitue la dissociation entre le statut communautaire des RUP et le statut interne des territoires (I) et des éléments réels de consolidation du régime de différenciation (II), le nouveau texte ne rompt pas avec les ambiguïtés et les défauts qui affectent la procédure d'adoption des mesures spécifiques et les limites entourant ces mesures (III).

I. L'heureuse dissociation entre le statut communautaire des RUP et leur statut interne

La désignation des régions concernées - La comparaison entre l'article 299 § 2 CE et le nouveau Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne permet de déceler d'emblée la disparition de la notion de « Départements français d'outre-mer »²². Désormais, chacun des départements concernés - la Guadeloupe, la Guyane, la Martinique, la Réunion, Saint-Barthélémy et Saint-Martin - est nommément désigné à l'instar des Açores, de Madère et des îles Canaries. Ce changement se vérifie à la lecture tant de l'article 355 TFUE relatif au champ d'application territorial des Traités²³ que de l'article 349 TFU relatif au régime des RUP.

¹⁸ Le régime actuel de l'octroi de mer qui autorise de larges dérogations en faveur des productions locales a été prorogé jusqu'en 2014 (Décision 2004/162/CE du 10 février 2004, JOUE, 21 février 2004, L 52/64 ; Loi, n°2004-639, 2 juillet 2004, JORF, 3 juillet 2004). Pour un aperçu complet de la question, voir, Dominique Custos, Champ d'application territorial du droit communautaire et de l'Union, Départements d'outre-mer (DOM)- Réalité de l'intégration, Jurisclasseur Europe, Fasc 472, 2008, n°173 et s, sp, n°223.

¹⁹ « Arbitrio sobre las importaciones y entregas de mercancías ». Il s'agit d'un impôt national indirect qui frappe la production de biens matériels dans les Canaries et l'importation sur ce même territoire de biens de nature égale. Des exonérations au profit des produits locaux sont autorisées jusqu'à 2011 (Décision 2002/546 du Conseil du 20 juin 2002, JOCE, 9 juillet 2002, L 179/22). La Commission se veut rassurante pour la période postérieure, Rapport de la Commission au Conseil relatif à l'application de mesures spécifiques concernant le régime de l'AIEM aux îles Canaries, COM (2008), 528 final.

²⁰ Sur l'application des OCM dans les RUP et spécialement dans les Départements français d'outre-mer, voir, Dominique Custos, *Ibid*, n° 49 et s, 2008.

²¹ *Ibid*, n°55 et s et 72 et s ; Emmanuel Jos, Les échanges commerciaux des RUP sous l'emprise du droit de l'OMC, in *in Union européenne et outre-mers, Unis dans la diversité*, PUAM, 2008, p 360.

²² À l'instar de ce que prévoyait déjà le projet de Traité constitutionnel (Article III-424 et IV-440).

²³ On peut toutefois, regretter le désordre qui entoure la détermination du champ d'application territorial des Traités alors même que le Traité de Lisbonne est censé donner plus de cohérence à l'architecture communautaire. L'article 52 TUE pose d'abord le principe d'application des Traités – Traité sur l'Union européenne et Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne – aux États et renvoie à l'article 355 TFUE pour la détermination plus précise du champ d'application territorial. Et de fait, l'article 355 TFU pose le principe d'applicabilité des Traités à chacune des régions ultrapériphériques. Mais avant même que ce principe ne soit posé, l'article 349 TFUE définit le régime dont bénéficient les régions ultrapériphériques. Ainsi, le régime précède-t-il maladroitemment le principe.

Cette évolution n'est pas neutre. Elle a pour effet de consolider le statut communautaire de chacune des régions concernées, le statut de RUP étant désormais indépendant du statut interne de Départements d'outre-mer alors que dans le cadre de l'article 299 § 2 CE, la référence à cette catégorie de Département permettait de conditionner le statut de RUP à l'appartenance à cette catégorie. Une indépendance entre le statut interne d'un territoire et son statut communautaire se dessine ainsi clairement.

Changement de statut - Il en résulte que la perte éventuelle du statut de DOM par l'une des régions concernées ne saurait se traduire systématiquement par la perte du statut de RUP. Dans ces conditions, la préservation de leur statut communautaire ne devrait plus être perçue comme un obstacle à toute évolution institutionnelle interne des Départements français d'outre-mer²⁴.

L'inverse est également vrai : la transformation d'un territoire en Département d'outre-mer ne se traduira pas nécessairement par l'acquisition du statut de RUP.

Cette analyse n'est pas démentie par l'article 355 § 6 TFUE qui prévoit que « *le Conseil européen, sur initiative de l'État membre concerné, peut adopter une décision modifiant le statut à l'égard de l'Union d'un pays ou territoire danois, français ou néerlandais visé aux paragraphes 1 et 2* »²⁵. Le statut communautaire d'un territoire ne pourrait donc être modifié que sur une décision du conseil, adoptée, de surcroît, à l'unanimité. Cette exigence vaut sans hésitation pour les Pays et territoires d'outre-mer visés au paragraphe 2 de l'article 355 TFUE. Ainsi, la transformation de Mayotte en Département français à partir de mars 2011²⁶ ne se traduira pas nécessairement par l'acquisition du statut de RUP. Une initiative française sera d'abord nécessaire. Il conviendra ensuite de réunir l'unanimité du Conseil pour obtenir une décision en ce sens. Toutefois, si l'on en juge à la Déclaration n°43 annexée au Traité de Lisbonne, la probabilité d'une telle décision est grande. En effet, en vertu de cette Déclaration « *Les Hautes parties contractantes conviennent que le Conseil européen, en application de l'article 355, paragraphe 6, prendra une décision aboutissant à la modification du statut de Mayotte à l'égard de l'Union, de manière à ce que ce territoire devienne une région ultrapériphérique au sens de l'article 355, paragraphe 1, et de l'article 349, lorsque les autorités françaises notifieront au Conseil européen et à la Commission que l'évolution en cours du statut interne de l'île le permet* ». L'existence d'une telle déclaration montre qu'une éventuelle initiative française aurait toutes les chances ne pas rencontrer de résistance de la part des autres États²⁷. Reste à savoir si les autorités françaises seront enclines à proposer un tel changement.

Les RUP et l'article 355 § 6 - La procédure décrite à l'article 355 § 6 TFUE s'applique-t-elle au changement de statut des régions ultrapériphériques actuelles ? La réponse à cette question est incertaine. Certes, la référence aux pays et territoires visés au paragraphe 1 permet d'inclure les RUP, ces derniers faisant l'objet de ce paragraphe. Mais pourquoi ne viser que

²⁴ Cela mérite d'autant plus d'être noté que le Président de la République française s'est engagé le 26 juin 2009 à consulter la population martiniquaise sur un changement de statut en faveur d'une plus grande autonomie, *Le Monde*, 27 juin 2009.

²⁵ L'article IV-440 du projet de Traité constitutionnel prévoyait un dispositif identique.

²⁶ Consultés le 29 mars 2009, les Mahorais se sont exprimés à plus de 95 % en faveur de la départementalisation de Mayotte. Conformément à la loi du 4 août 2009, cette évolution institutionnelle entrera en vigueur en mars 2011. Mayotte exercera alors les mêmes compétences que les quatre départements et régions d'outre-mer actuels et le droit y sera applicable de la même façon.

²⁷ On observe que l'éventualité d'une modification du statut des Antilles néerlandaises et/ou d'Aruba est également envisagée. Par la Déclaration n°60, le Royaume des Pays-Bas déclare qu'une initiative en vue d'une décision visée à l'article 355 § 6 ne sera présentée que « sur la base d'une décisions prise conformément au statut du Royaume des Pays-Bas ».

les pays ou territoires « danois, français ou néerlandais », à l'exclusion des territoires portugais et espagnols ? Veut-on réellement signifier qu'un changement de statut des RUP françaises nécessiterait une décision du Conseil au sens de l'article 355 § 6 TFUE tandis qu'une évolution du statut des RUP portugaises et espagnoles emprunterait le chemin d'une révision classique des traités ? On peine à trouver une justification à la césure ainsi introduite entre RUP. L'unicité et la portée du concept d'ultrapériorité s'en trouvent atteintes.

Dans ces conditions, on ne peut totalement exclure que la mention des RUP résulte d'une inadvertance. Il est envisageable que les auteurs du texte n'aient en fait voulu viser que les seuls pays et territoires mentionnés au paragraphe 2 à savoir les pays et territoires d'outre-mer associés. L'hypothèse est d'autant plus plausible que la notion de « Pays et/ou territoire » ne désigne en général que les seuls Pays et territoires d'outre-mer et que précisément, ces Pays et territoires associés sont, à l'exception des territoires britanniques, danois, français et néerlandais.

Cette incertitude sur la portée réelle de l'article 355 § 6 TFUE ne doit, toutefois, pas cacher l'avancée réelle que constitue la dissociation entre le statut de DOM et le statut de régions ultrapériphériques.

Au-delà de cette avancée institutionnelle, la comparaison des textes révèle une consolidation du régime de différenciation.

II. Des éléments bienvenus de consolidation du régime de différenciation

À l'instar de l'article 299 § 2 CE, l'article 349 TFUE grave dans le texte la possibilité d'adopter des mesures spécifiques en faveur des RUP. Mieux rédigé, le nouveau texte consolide même le régime de ces mesures

La reprise des éléments de justification des mesures spécifiques - Du Traité d'Amsterdam au Traité de Lisbonne les raisons justifiant l'adoption des mesures spécifiques en faveur des régions ultrapériphériques n'ont pas varié. L'article 349 TFU reconduit les raisons qui figuraient déjà au sein de l'article 299 § 2 CE. On retrouve la référence à « *la situation économique et sociale structurelle* » ainsi qu'aux facteurs dont la permanence et la combinaison « *nuisent gravement au développement* » de ces régions. Parmi ces facteurs figurent comme précédemment des éléments géophysiques – relief, climat, éloignement, insularité, faible superficie – et des éléments économiques, comme la dépendance vis-à-vis d'un petit nombre de produits. Aucun élément nouveau n'est à relever pas davantage que la disparition d'un facteur anciennement référencé.

Il est intéressant d'observer que ces facteurs structurels justifient tout autant le statut spécifique des RUP que les mesures spécifiques adoptées en leur faveur.

La pratique montre que le Conseil s'efforce, dans la plupart des cas, de justifier chacune des mesures spécifiques qu'il adopte au regard de ces facteurs. Ainsi, dans sa décision du 9 juin 2008 relative au régime de l'octroi de mer dans les départements français d'outre-mer²⁸ et visant à accroître les catégories des produits pouvant faire l'objet d'une taxation différenciée, le Conseil relève qu'il « *convient d'examiner le handicap* » supporté par ces produits en raison des surcoûts provenant de « *l'éloignement, du climat difficile et de l'étroitesse du marché local* »²⁹. Le règlement « *instaurant un régime de compensation des surcoûts* » en matière de pêche souligne quant à lui que « *le secteur halieutique des régions ultrapériphériques de la Communauté connaît des difficultés parmi lesquelles, notamment, des surcoûts qui grèvent l'écoulement de certains produits de la pêche induits par les handicaps particuliers reconnus à l'article 299, paragraphe 2 du traité* ».

²⁸ Décision du 9 juin 2008, JOUE, 13 juin 2008, L 155/17.

²⁹ Considérant 4.

La référence à ces éléments n'est pas à négliger dans la mesure où elle autorise le juge à opérer son contrôle sur la nécessité des mesures spécifiques en cas de contestation. Ainsi, dans sa décision du 10 septembre 2009, le tribunal de Première instance³⁰ a validé le refus de la Commission de valider une aide d'État sous forme d'une réduction de l'impôt sur les sociétés aux entreprises de services financiers. Le Tribunal a considéré qu'il « incombait à l'État membre concerné de mesurer non seulement l'importance des surcoûts de l'exercice de l'activité économique inhérents aux facteurs identifiés à l'article 299 § 2 CE, dont la permanence et la combinaison nuisent gravement au développement de régions ultrapériphériques, mais également de démontrer, notamment, que le niveau des aides accordées est proportionnel à ces coûts qu'elles visent à compenser »³¹. Il est vrai que les lignes directrices concernant les aides à finalité régionale³² imposent en l'occurrence à l'État membre concerné de « *mesurer l'importance des coûts additionnels et de démontrer le lien qui existe avec les facteurs de l'article 299, paragraphe 2* ».

Le renforcement du domaine de la différenciation – Le domaine de la différenciation se caractérise également par une certaine continuité. Mieux, il ressort renforcé de la rédaction de l'article 349 al 1 TFUE. Celui-ci autorise le conseil à arrêter « *des mesures spécifiques visant, en particulier à fixer les conditions de l'application des traités à ces régions, y compris les politiques communes* ». L'alinéa 2 ajoute que les mesures visées « *portent notamment sur* » les politiques douanières et commerciales, la politique fiscale, les zones franches, les politiques dans le domaine de l'agriculture et de la pêche, les conditions d'approvisionnement en matières premières et en biens de consommation de première nécessité, les aides d'État et les conditions d'accès aux fonds structurels et aux programmes horizontaux de l'Union. Le champ des matières pouvant faire l'objet de mesures spécifiques est ainsi très large. Il correspond aux matières que visaient déjà l'article 299 § 2 al 3 CE. L'emploi de l'adverbe « *notamment* » montre d'ailleurs que des mesures spécifiques aux RUP pourraient toucher d'autres domaines que ceux expressément cités. Toutes les politiques communautaires sont concernées ce que confirme la référence aux politiques communes.

Une comparaison scrupuleuse des deux textes révèle cependant, une amélioration rédactionnelle qui contribue au renforcement du régime de différenciation. En effet, l'article 299 § 2 al 3 prévoyait que le Conseil « *tient compte* » des domaines énumérés ci-dessus. Or, l'expression « tenir compte », dépourvue de toute signification juridique précise, pouvait être lue de manière restrictive comme obligeant le Conseil, lorsqu'il adopte des mesures spécifiques, à prendre en considération ces domaines, pour ne pas les heurter, quitte à nuancer, voire à restreindre ces mesures. Certes, la pratique du Conseil permettait de rejeter une telle interprétation, les mesures spécifiques ayant été adoptées dans des domaines aussi divers que les aides d'État³³, la fiscalité³⁴, l'agriculture³⁵, les droits de douane³⁶ ou les fonds

³⁰ TPICE, 10 septembre 2009, T 75/03, Banco Commercial dos Açores SA.

³¹ Point 112. Voir, déjà, Portugal c/ Commission, C 88/03, recueil, p I. 7115.

³² Lignes directrices concernant les aides à finalité régionale (JOCE, 1998, C 74, p 9) telles que modifiées le 9 septembre 2000, points 4.16.2 (JOCE, C 258, p 5.)

³³ Lignes directrices sur les aides à finalité régionales,

³⁴ Décision du 10 février 2004, relative au régime de l'octroi de mer dans les Départements français d'outre-mer et prorogeant la décision 89/688/CEE, JOUE, 21 février 2004, 52/64 ; Décision 2008/417/CE du 3 juin 2008 concernant les taux d'accise.

³⁵ Décision du 30 janvier 2006 portant mesures spécifiques dans le domaine de l'agriculture en faveur des régions ultrapériphériques.

³⁶ Règlement 704/2002 du 25 mars 2002 portant suspension temporaire des droits autonomes du tarif douanier commun lors de l'importation d'un certain nombre de produits industriels et portant ouverture et mode de gestion de contingents tarifaires communautaires autonomes lors de l'importation de certains produits de la pêche aux îles Canaries, JOCE, 26 avril 2002, L 111/1 ; Règlement CE/645/2008 portant sur l'ouverture et le

structurels³⁷. L'article 349 TFU lève, quant à lui, toute ambiguïté en précisant clairement que les mesures spécifiques « *portent* » sur les domaines cités.

Les mesures de différenciation sont-elles limitées au Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ? La réponse est négative. Alors que l'article 299 § 2 al 2 CE visait « *le présent Traité* » à savoir le Traité communautaire, l'article 349 TFUE se réfère quant à lui à des mesures spécifiques « *visant en particulier, à fixer les conditions de l'application des Traités* », à savoir, non seulement le Traité sur le Fonctionnement de l'Union mais également le Traité sur l'Union européenne (TUE). On pourrait ainsi imaginer que des mesures spécifiques soient prises dans le domaine de la politique étrangère et de sécurité commune. Le champ de la différenciation est ainsi élargi.

La forme des mesures spécifiques – Les mesures spécifiques peuvent-elles être contenues au sein de dispositions générales applicables aux autres régions communautaires ou doivent-elles nécessairement emprunter la voie d'une mesure autonome, propre à l'une ou à l'ensemble des régions ultrapériphériques ? À l'instar de l'article 299 § 2 CE, l'article 349 TFUE ne fournit pas d'indication sur ce point. La logique voudrait que ces mesures puissent être incluses dans des textes généraux lorsqu'elles se bornent à prévoir des conditions d'application particulières de ces textes. En revanche, l'adoption de mesures propres aux régions ultrapériphériques, indépendantes de toute disposition de droit commun, nécessiterait l'adoption d'un texte particulier concernant exclusivement ces régions. Cet ordonnancement correspond, du reste, à la pratique suivie par le Conseil depuis 1998 : des mesures dérogatoires ont été insérées au sein de dispositions de droit commun³⁸. Parallèlement des dispositions propres aux régions ultrapériphériques ont été adoptées³⁹. On peine toutefois, à déceler une cohérence dans cette pratique car les dispositions de droit commun contenant des adaptations au profit des RUP, ne se réfèrent pas systématiquement à l'article 299 § 2 CE⁴⁰.

Il n'en reste pas moins que la procédure décrite à l'article 349 TFUE pour l'adoption des mesures spécifiques ne concernent que les dispositions propres aux RUP. Cette procédure, à l'image des incertitudes entourant les limites de la différenciation, souffre d'ambiguïtés.

III. La persistance d'ambiguïtés gênantes

La procédure d'adoption des mesures particulières - Au premier abord la procédure d'adoption des mesures de différenciation ne soulève pas de difficultés. À l'instar de l'article 299 § 2 CE, l'article 349 al 1 TFUE prévoit que les mesures spécifiques sont arrêtées « *sur*

mode de gestion des contingents tarifaires communautaires autonomes lors de l'importation de certains produits de la pêche aux îles Canaries.

³⁷ Le règlement 1698/2005 pose le principe d'une majoration du taux de cofinancement du FEADER en en faveur RUP, JOUE, 21 octobre 2005, L 277.

³⁸ Comme nous l'avons souligné déjà, les lignes directrices concernant les aides d'État à finalité régionale contiennent des mesures spécifiques en faveur des régions ultrapériphériques, 4.16.2, JOCE, 1998, C 74, p 9 et points JOCE, C 258, p 5 ; Le règlement 1782/2003 du 29 septembre 2003 portant réforme de la PAC contient une disposition propre aux RUP qui permet d'exclure du régime de paiement unique, les paiements directs octroyés aux agriculteurs des RUP, art 70, art 147 § 1 et annexe VI, JOUE, 21 octobre 2003, L 270/1).

³⁹ À titre d'exemple, la décision 2008/439 du 9 juin 2008 relative au régime de l'octroi de mer dans les Départements français d'outre-mer, JOUE, 13 juin 2008, L 155/17 ; ou encore le règlement 247/2006 portant mesures spécifiques dans le domaine de l'agriculture en faveur des régions ultrapériphériques de l'Union, JOUE, 14 février 2006, L 42/1.

⁴⁰ Il en est ainsi par exemple du règlement n°1198/2006 relatif au Fonds européen pour la pêche (JOUE, 15 août 2006, L 223/1) : les mesures en faveur des investissements productifs dans l'aquaculture ainsi que celles relatives à la transformation et à la commercialisation des produits de la pêche sont étendues dans les RUP à toutes les entreprises alors qu'elles sont normalement réservées aux micro, moyennes et petites entreprises (art 29 § 3 ; art 35 § 4). Le taux de contribution aux RUP bénéficiant de l'objectif « Convergence » est aussi majoré.

proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen ». Cette procédure simple et rapide tranche avec la longueur de la procédure de co-décision. Elle est de nature à faciliter l'adoption de mesures spécifiques et mérite, pour cette raison, d'être approuvée, même si d'aucuns regretteront que le Parlement européen, dont les résolutions relaient souvent les préoccupations des RUP, ne soit pas davantage impliqué. Mais cette procédure spécifique est doublement affectée par la pratique mise en œuvre dans le cadre de l'article 299 § 2 CE : d'une part, elle n'est pas appliquée lorsque les dispositions dérogatoires sont incluses au sein des textes de droit commun ; d'autre part, cette procédure n'est pas scrupuleusement suivie. On relève que la décision du 9 juin 2008 relative au régime de l'octroi de mer dans les départements français d'outre-mer⁴¹ a été adoptée sans l'avis du Parlement européen. Dans d'autres cas, le comité économique et social et/ou le comité des régions ont été consultés alors même que leur consultation n'était pas requise.

Les règles de vote - L'article 349 TFUE ne dit rien des règles de vote alors que l'article 299 § 2 CE se référait à la majorité qualifiée. La disparition de cette mention emporte-t-elle des conséquences ? La réponse est négative dans la mesure où désormais, le vote à la majorité qualifiée constitue la règle de vote ordinaire, le Conseil statuant à la majorité, « *sauf si les traités en disposent autrement* » (Article 16 § 3 TFUE). En l'absence de précision, les mesures spécifiques doivent donc être adoptées à la majorité qualifiée.

Toutefois, l'article 16 § 3 réserve les hypothèses où les Traités en disposent autrement. Il convient, en conséquence, de vérifier l'existence d'une disposition qui exigerait l'unanimité pour les mesures spécifiques. Or, sur ce plan, deux analyses paraissent envisageables. En premier lieu, aucune disposition du Traité n'exigeant l'unanimité pour l'adoption des mesures spécifiques, la règle de la majorité qualifiée devrait s'appliquer conformément au droit commun. Mais, en seconde analyse, il est permis de considérer que pour savoir si la majorité ou l'unanimité est requise, il conviendrait de se référer à la question traitée. Dans cette hypothèse, les mesures de différenciation requerraient l'unanimité ou la majorité selon qu'elles concernent un domaine relevant de l'unanimité ou de la majorité qualifiée. Ainsi à titre d'exemple, les mesures spécifiques qui seraient adoptées dans le domaine de la protection sociale des travailleurs ou pour l'emploi des ressortissants de pays tiers relèveraient de l'unanimité (article 15 § 2 b) tandis que celles, relatives aux politiques douanières et commerciales ou à l'agriculture et à la pêche continueraient d'être adoptées à la majorité. Force est de constater que cette seconde analyse, exigeant parfois l'unanimité est moins favorable à l'adoption de mesures de différenciation. Or, elle apparaît d'autant plus concevable qu'elle s'avère en cohérence avec la référence à la « *procédure législative spéciale* » au sein de l'article 349 TFUE. Celui-ci prévoit que « *lorsque les mesures spécifiques (...) sont adoptées par le Conseil conformément à une procédure législative spéciale, il statue également sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen* ». Que signifie cette référence à la procédure législative spéciale ? Un début de réponse pourrait se trouver dans les règles de vote. Alors que la procédure législative ordinaire renverrait à la codécision (294 TFUE) et à la majorité qualifiée (16 § 3 TFUE), la procédure spéciale renverrait à l'unanimité. L'article 349 TFUE n'exclurait donc pas que des mesures spécifiques soient adoptées à l'unanimité. En tout état de cause, l'unanimité est requise en cas de modification par le Conseil de la proposition de la Commission (293 TFUE).

⁴¹ Décision 2004/162 précitée, JOUE, 13 juin 2008, L 155/7. Il en est de même du règlement 1083/2006 du 11 juillet 2006 portant dispositions générales sur le fonds européen de développement régional, le fonds social européen et le fonds de cohésion, JOUE, 31 juillet 2006, L 25, qui pose le principe d'une dotation propre aux RUP destinée à compenser les coûts de l'ultrapériphéricité (ann II § 20) et garantit des taux de financement supérieurs dans les RUP (art 53 § 5 b) et Annexe III-5 et 6.

Les ambiguïtés entourant les limites des mesures d'adaptation – Les limites aux mesures de différenciation sont régies par le troisième et dernier aliéna de l'article 349 TFUE. Celui-ci précise que le Conseil arrête les mesures de différenciation « *en tenant compte des caractéristiques et contraintes particulières des régions ultrapériphériques* » et « *sans nuire à l'intégrité et à la cohérence de l'ordre juridique de l'Union, y compris le marché intérieur et les politiques communes* ».

Ainsi rédigé, l'article 349 TFUE reprend les termes de l'article 299 § 2 al 2 CE que l'article III-424 du projet de Traité constitutionnel avait également reconduit. Restent donc d'actualité les critiques et questions que nous avons formulées à l'époque⁴². Nombreuses, ces dernières étaient, rappelons-le, de plusieurs ordres, concernant le sens à donner « *à l'intégrité et à la cohérence de l'ordre juridique de l'Union* » et à la référence au « *marché intérieur* » et aux « *politiques communes* ». Plus précisément, n'y a-t-il pas une contradiction à mentionner ces domaines comme susceptibles de faire l'objet des mesures spécifiques (al 2 et 3) et à exiger en même temps que ces mesures ne nuisent à ces domaines (al 4) ? Autrement dit, est-il réellement possible de déroger aux règles relatives au marché intérieur ou aux politiques communes, sans nuire au fonctionnement de ces derniers et à l'intégrité et à la cohérence de l'ordre juridique communautaire ? Les potentialités offertes par les alinéas 1 et 2 ne sont-elles pas annihilées par l'alinéa 3 ? Où commence et où s'arrête la nuisance ?

En n'apportant aucune réponse à ces questions par la reconduction de l'article 299 § 2 al 4 CE, le nouveau texte déçoit. Cette déception est d'autant plus grande que la réponse à ces questions conditionne l'efficacité du régime, dans un contexte marqué par l'augmentation du nombre de régions défavorisées du fait de l'élargissement, la refonte de la politique de cohésion⁴³, la réforme de l'organisation des marchés du sucre⁴⁴ et de la banane⁴⁵ laquelle s'avère périlleuse pour la plupart des RUP. Autant d'éléments perturbateurs qui appelaient un dispositif solide, non soumis aux aléas de l'interprétation jurisprudentielle. On peut craindre qu'affecté de ces défauts, le nouveau texte s'avère, dans la durée, insuffisant pour relever le défi du développement des régions ultrapériphériques.

Toutefois, l'observation de la pratique du Conseil, née de la mise en œuvre de l'article 299 § 2 al 4 CE, offre des raisons d'espérer. Elle montre, en effet, que le respect de l'intégrité et de la cohérence de l'ordre juridique de l'Union n'a jusqu'à présent pas constitué un obstacle à l'adoption de mesures spécifiques. On peine d'ailleurs à trouver une cohérence dans la pratique du Conseil. Nombre de décisions ne contiennent aucune référence à ces éléments. Mais d'autres décisions se réfèrent à l'intégrité et/ou à la cohérence du marché intérieur ou à son respect, traduisant le souci du législateur communautaire de vérifier que la mesure qu'il adopte en faveur des régions ultrapériphériques ne nuit pas au marché intérieur. Ainsi le règlement du 8 juillet 2008 relatif à l'ouverture de contingents tarifaires lors de l'importation de certains produits de la pêche aux îles Canaries⁴⁶ souligne que « *pour éviter de compromettre l'intégrité et la cohérence du marché intérieur, il convient de prendre des mesures pour que les produits de la pêche pour lesquels la suspension est accordée soit exclusivement destiné au marché intérieur des îles Canaries* » (Considérant 8). La référence au marché intérieur fonde ici une limitation du champ d'application des contingents aux seuls

⁴² Ismaël Omarjee, *Le Traité d'Amsterdam et l'avenir de la politique de différenciation en faveur des Départements français d'outre-mer*, RTDE, p 527 et s.

⁴³ Le maintien des RUP parmi les régions défavorisées après la période 2013 est incertaine.

⁴⁴ Règlement n°318/2006, 20 février 2006, JOUE, 28 février 2006, L58/1 ; Voir, Dominique Custos, *Jurisclasseur Europe*, préc., n°54 et s.

⁴⁵ Règlement , n°404/93, 13 février 1993, JOCE, 25 février 1993, L 47/1. Règlement n°2013/2006, 19 décembre 2006, JOUE, 29 décembre 2006, L 384/13 ; Voir, Dominique Custos, *Jurisclasseur Europe*, préc., n°72 et et s.

⁴⁶ Règlement 645/2008, 8 juillet 2008, JOUE, 9 juillet 2008, L 180/1.

produits destinés au marché intérieur des îles Canaries. Elle vise en fait à éviter les détournements de trafics susceptibles de nuire au marché intérieur⁴⁷.

La référence au bon fonctionnement du marché intérieur peut conduire dans d'autres situations à une limitation quantitative des produits pouvant faire l'objet d'un régime spécifique. Ainsi, le règlement du 30 janvier 2006 portant mesures spécifiques dans le domaine de l'agriculture en faveur des régions ultrapériphériques⁴⁸ souligne que « *compte tenu du fait que les quantités faisant l'objet du régime spécifique d'approvisionnement sont limitées aux besoins d'approvisionnement des régions ultrapériphériques, ce système ne nuit pas au bon fonctionnement du marché intérieur* ».

Au delà des limitations quantitatives, le respect du marché intérieur peut également conduire à la limiter la durée des mesures dérogatoires⁴⁹. Une certaine proportion est ainsi exigée dans l'adoption de telles mesures.

Intégration différenciée d'un côté, unité du droit communautaire de l'autre, l'article 340 TFUE repose sur un équilibre subtil qu'il appartiendra au juge de préserver⁵⁰.

⁴⁷ En ce sens, voir, aussi, le règlement 247/2006 du 30 janvier 2006, JOUE, 14 février 2006, L 42/1 ; Décision 2008/417 du 3 juin 2008, JOUE, 6 juin 2008, L 147/61.

⁴⁸ Règlement n°247/2006 du 30 janvier 2006, JOUE, 14 février 2009, L 42/1.

⁴⁹ Ainsi, la réduction du taux d'accise applicable à la bière produite dans la région de Madère par dérogation à l'article 90 CE, a été limitée à six années.

⁵⁰ Sur le rôle du juge sur le maintien d'un tel équilibre, voir, Louis Dubouis, préc., p 199 et s.

