

Droit général de l'Union Européenne :

l'ordre juridique de l'Union Européenne

Leçon 2 : Les principes fondateurs et le système des compétences

Marc BLANQUET

Table des matières

Section 1. Les principes fondateurs de l'Union et de l'intégration européenne.....	p. 2
§ 1. Les principes fondateurs de l'Union européenne.....	p. 2
A. Identification.....	p. 3
B. Signification et importance.....	p. 4
C. Statut et fonction juridique.....	p. 5
1. Une communauté de principes conditionnant la possible appartenance.....	p. 6
2. Une communauté de principes conditionnant la pleine appartenance.....	p. 7
§2. Les fondements essentiels de l'intégration « communautaire ».....	p. 8
A. Identification.....	p. 8
B. Signification.....	p. 10
C. Une portée juridique ambiguë.....	p. 11
1. Irréversibilité.....	p. 11
2. Supériorité : la question de la supraconstitutionnalité.....	p. 11
Section 2. Le système des compétences.....	p. 14
§ 1. L'attribution des compétences.....	p. 14
A. Les compétences conférées.....	p. 15
B. Les compétences reconnues.....	p. 15
1. Les compétences de prolongement (compétences implicites).....	p. 16
2. Les compétences de complément (compétences dites subsidiaires).....	p. 17
§ 2. La répartition des compétences.....	p. 19
A. La concurrence des compétences.....	p. 20
1. Le principe de préemption.....	p. 20
a) La théorie classique de la préemption : le principe de substitution.....	p. 20
b) Le traité de Lisbonne et la régression.....	p. 21
2. Le principe de subsidiarité.....	p. 22
a) Une signification ambiguë.....	p. 23
b) Une application incertaine.....	p. 25
B. L'exclusivité des compétences.....	p. 30
1. L'exclusivité des compétences de l'Union.....	p. 31
2. L'exclusivité de compétences des États membres.....	p. 32
C. Le concours des compétences.....	p. 32
1. Consécration.....	p. 33
2. Typologie.....	p. 33
3. Dimension seconde.....	p. 34
4. Dispositif commun.....	p. 35
a) Procédure décisionnelle.....	p. 35
b) Réserve systématique.....	p. 35

Si l'on considère l'Union européenne en tant qu'ordre juridique, et que l'on veut présenter, donc, la structure du droit de l'Union européenne, la démarche doit être progressive et aller d'une étude de l'infrastructure (ce sur quoi repose cet édifice, son fondement, ses bases et c'est ce à quoi s'emploie cette leçon) à la mise en évidence de ce par quoi le droit de l'Union s'exprime, se manifeste, bref, la superstructure, c'est à dire les actes, et plus largement les sources du droit de l'Union (c'est l'objet de la leçon suivante).

S'agissant donc des « BASES DE L'UNION EUROPEENNE », il faut les situer à deux niveaux. Il est dans un premier temps possible d'identifier, dans les traités ou dans la jurisprudence de la Cour des « fondements » de l'Union et/ou de l'intégration européenne, ce qui sera vu dans une première Section. Par ailleurs, le socle de l'action juridique et politique de l'Union consiste en un système de compétences, expliquant et précisant à la fois l'existence des compétences de l'Union, leurs règles de combinaison avec celles des États membres ainsi que les principes régulant leur exercice. Ce système de compétences sera vu en Section 2.

Section 1. Les principes fondateurs de l'Union et de l'intégration européenne

Il faut comprendre l'enjeu. Si l'intégration européenne a quelque chose d'original, de spécifique et si elle dépasse la mise en place d'une simple organisation internationale, il doit y avoir dans sa Charte constitutive, des principes exprimant son identité, sa spécificité, principes qui, juridiquement, doivent d'une manière ou d'une autre bénéficier de garanties puisqu'ils sont les fondements même de l'entreprise...

Prenons des exemples en droit comparé.

Exemple

Constitution française actuelle : article 89 5° alinéa : « *La forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision* ».

Autre exemple, la « clause d'éternité » de l'article 79 alinéa 3 de la Loi Fondamentale allemande : « *Toute modification de la présente Loi fondamentale qui toucherait à l'organisation de la Fédération en Länder, au principe du concours des Länder à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1 et 20, est interdite.* »

Donc protection de ce qui caractérise l'État allemand : nature et organisation fédérale, article 1 (dignité de l'être humain, caractère obligatoire des droits fondamentaux pour la puissance publique) et article 20 (État fédéral, démocratique et social, pouvoir émanant du peuple, hiérarchie des normes ...).

Autrement dit, s'interroger sur ces principes fondateurs permet de répondre à deux types d'interrogation : quels sont les éventuels principes supérieurs dans l'ordre juridique de l'Union ? Mais cela doit aussi permettre de comprendre ce qu'est vraiment l'Union et ce qu'était la Communauté européenne. La Cour, dans l'[avis 2/13 du 18 décembre 2014](#), est dans cette logique, affirmant que « *l'Union est dotée d'un ordre juridique d'un genre nouveau, ayant une nature qui lui est spécifique, un cadre constitutionnel et des principes fondateurs qui lui sont propres.* »

Cette recherche aboutit à deux types de résultats. D'abord, très simplement, la lecture du traité sur l'Union européenne donne une réponse en proposant la liste des principes sur lesquels est fondée l'Union. Nous examinerons et essaierons de comprendre d'abord ces « **principes fondateurs de l'Union européenne** » (§1). Par ailleurs, et de façon moins directe, on arrive à identifier au travers de la jurisprudence de la Cour des principes sans lesquels l'ordre juridique spécifique, original, bâti selon le « modèle communautaire » d'intégration n'aurait plus aucun sens. Nous verrons dans un second temps ces « **fondements essentiels de l'intégration communautaire** », plus difficiles à identifier et à comprendre (§2).

§ 1. Les principes fondateurs de l'Union européenne

La démarche, ici, passera par des phases d'identification, de recherche de la signification, et d'examen du statut ou de la fonction juridique de ces principes.

A. Identification

A priori, c'était très simple dans le traité sur l'Union européenne dans sa version antérieure au traité de Lisbonne. Que nous disait l'article 6§1 du TUE ? : « *L'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit, principes qui sont communs aux États membres.* » Sont donc identifiés ici un corps de principes fondateurs de l'Union européenne dont on voit le caractère essentiellement politique.

Avec le traité de Lisbonne, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009, et qui, sur ce point comme sur d'autres reprend l'acquis du traité constitutionnel de 2004, l'identification se fait plus complexe.

1°) Prenons l'article 2 du Traité sur l'Union européenne tel que modifié par le traité de Lisbonne (notons TUE modifié), reprenant ici à l'identique l'article I-2 du traité constitutionnel, dans lequel cette disposition avait un intitulé (non repris par la version de Lisbonne) : « les valeurs de l'Union » : « *L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes.* »

2°) Le traité modificatif, par ailleurs, se réfère encore à la Charte des droits fondamentaux malgré certains retraits s'agissant de cette Charte par rapport au traité constitutionnel :

Article 6 : « *1. L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007..., laquelle a la même valeur juridique que les traités.* »

Et le préambule de la Charte est le suivant : « *Les peuples d'Europe, en établissant entre eux une union sans cesse plus étroite, ont décidé de partager un avenir pacifique fondé sur des valeurs communes. Consciente de son patrimoine spirituel et moral, l'Union se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité; elle repose sur le principe de la démocratie et le principe de l'État de droit.* »

Article 6 : « *1. L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007... , laquelle a la même valeur juridique que les traités.* » **Et le préambule de la Charte est le suivant :** « *Les peuples d'Europe, en établissant entre eux une union sans cesse plus étroite, ont décidé de partager un avenir pacifique fondé sur des valeurs communes. Consciente de son patrimoine spirituel et moral, l'Union se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité; elle repose sur le principe de la démocratie et le principe de l'État de droit.* »

La complexité, ici, vient de l'ajout d'un certain nombre de références (solidarité, pluralisme...) et d'une pluralité de listes : Art. 2 : « *L'Union est fondée sur ...* » et référence est faite à *une société caractérisée par ...* » (deux listes donc).

Quant au préambule, il présente successivement ce sur quoi l'Union se **fonde**, puis ce sur quoi elle **repose** (deux listes là aussi). En second lieu, il y a aussi la distinction, peu claire ici, entre des « valeurs » et des « principes ». Selon le préambule, il y aurait des « valeurs fondatrices » et des « principes » : démocratie et état de droit. Mais l'article 2 du TUE modifié par le traité de Lisbonne considère ces deux mêmes « principes » comme des « valeurs »...

Ambiguïté, donc.

Remarque

On peut cependant estimer qu'on a des valeurs « droits de l'homme » et des principes « droits du citoyen », que l'identification de ces fondements, que ce soit des valeurs fondatrices, des caractéristiques sociétales ou des principes de base (« repose sur ») est claire, et que s'agissant des 2 listes de l'article 2, elles doivent sans doute avoir la même portée juridique puisque les procédures concrétisant ce dispositif « fondamental » (art. 7 TUE, art. 49 TUE, cf. plus loin) se réfèrent globalement aux « valeurs visées à l'article 2... » et qu'*a priori*, la solidarité ou la justice, ou la tolérance sont des « valeurs ».

Pour autant, tout en maintenant le lien avec les valeurs, la Cour de justice fait un subtil distinguo : à propos de la solidarité, elle juge que « *La solidarité est (...) mentionnée à l'article 2 TUE, comme l'une des caractéristiques d'une société fondée sur des valeurs communes aux États membres* » (Grande Chambre, 15 juillet 2021, Allemagne c/ Pologne, [C-848/19P](#)).

B. Signification et importance

La liste de principes fondateurs de l'article 6§1 TUE ou de valeurs fondatrices de l'article 2 TUE post Lisbonne n'a finalement rien de déterminant *a priori* quant à la nature même de l'Union, dans le sens où elle n'en définit pas l'originalité, la spécificité (il est heureux que les valeurs de démocratie ou de respect des droits de l'homme ne soient pas uniquement celles des États membres de l'Union ! même si, en 2026, on pourrait peut-être se poser la question).

Il s'agit plutôt ici de définir une identité européenne, concernant l'Union en tant que groupe d'États.

(Rappel de l'article 2 : « ... ces valeurs sont communes aux États membres »).

En réalité c'est fondamental : on se rend compte qu'on a là des valeurs politiques, et on pourrait donc y voir une liste de valeurs politiques essentielles mises en commun par les États membres, ce qui peut avoir 3 dimensions :

- le constat que ces valeurs sont communes,
- l'obligation pour les membres de respecter ces valeurs communes,
- la conscience de chaque membre que les autres respectent ces valeurs politiques essentielles.

Remarque

Précision : pour que ce soit clair, disons que chaque État possède une certaine identité constitutionnelle reposant sur des valeurs essentielles et sur des principes essentiels, existentiels : démocratie, égalité, liberté, solidarité, État républicain, État fédéral, langue officielle, religion d'État éventuellement...

Et bien l'appartenance d'un État à l'Union européenne signifie qu'il adhère obligatoirement, avec tous les autres États membres, à certains de ces principes essentiels : démocratie, égalité, liberté, respect des droits de l'homme...

En revanche, l'appartenance à l'Union n'a aucune conséquence sur d'autres principes importants pour les États : choix et protection de la langue nationale, laïcité, forme monarchique ou républicaine...

Pour être simple par exemple, prenons les caractères de l'État : le caractère démocratique de l'État est une obligation au niveau de l'Union alors que la forme de l'État (République, Royaume, État décentralisé, fédéral, unitaire...) est libre.

C'est tout à fait fondamental pour comprendre ce qu'on considère souvent comme des impasses, des problèmes insolubles.

En voici 3 : quelle est la nature de l'Union ? Comment les États membres peuvent-ils rester des États souverains en étant soumis au droit de l'Union ? Comment le droit de l'Union peut-il primer sur la Constitution des États membres, « norme suprême » ?

- **Nature de l'Union** : qu'est-ce que c'est ? Et bien c'est une Union d'États, c'est-à-dire qu'elle regroupe des entités qui restent des États au sens où certains choix politiques essentiels continuent à être faits au niveau

de la Communauté nationale (TUE : l'Union respecte l'identité nationale des États membres (désormais en substance, art. 4§2 TUE)). Si par exemple la communauté nationale ne pouvait pas librement choisir une religion d'État, ou un système de langues officielles, ou d'être une monarchie ou une République...ce ne serait plus un véritable État. Le système de l'Union fait que certaines valeurs (démocratie, respect des droits de l'homme...) sont communes, imposées par l'appartenance à l'Union, mais que tout le reste est libre et c'est ce qui fait que les États membres restent des États. Cf. les Conclusions Poiares Maduro sous l'arrêt Michaniki de la Cour de justice des Communautés européennes du 16 décembre 2008, (aff. [C-213/07](#), Rec. 2008 p. I-9999), point 31 : « *le respect de l'identité constitutionnelle des États membres constitue pour l'Union européenne un devoir. Ce devoir s'impose à elle depuis l'origine. Il participe, en effet, de l'essence même du projet européen initié au début des années 1950, qui consiste à avancer sur la voie de l'intégration tout en préservant l'existence politique des États* ».

- **Souveraineté** : il y a, on le sait une « limitation définitive » des droits souverains des États membres de l'Union du fait de leur adhésion (cf. l'arrêt Costa). Ces États sont soumis au respect du droit de l'Union, comment peuvent-ils continuer à être des États souverains ? En réalité, ils ne perdent rien de leur souveraineté. Simplement ils vont exercer certains de leurs droits souverains en commun avec des partenaires. Il ne faut jamais oublier que le droit de l'Union n'est pas un droit extérieur, un droit étranger (Bruxelles a décidé que !). C'est un droit commun...Et cette mise en commun est concevable et acceptable...justement parce que c'est exercé avec des partenaires qui partagent les mêmes valeurs, les mêmes principes politiques essentiels. Sinon ce serait incompréhensible et inacceptable. L'avis 2/13 l'a souligné : [Avis 2/13 du 18 décembre 2014](#) : « *Une telle construction juridique repose sur la prémisse fondamentale selon laquelle chaque État membre partage avec tous les autres États membres, et reconnaît que ceux-ci partagent avec lui, une série de valeurs communes sur lesquelles l'Union est fondée, comme il est précisé à l'article 2 TUE. Cette prémisse implique et justifie l'existence de la confiance mutuelle entre les États membres dans la reconnaissance de ces valeurs et, donc, dans le respect du droit de l'Union qui les met en œuvre* » (point 168). C'est donc fondamental.

- **Primauté du droit de l'Union sur la constitution des États membres** : là encore, il faut prendre conscience que c'est un rapport de droit commun à droit particulier et pas de droit supérieur à droit inférieur, ce qui serait incompréhensible. Et comme nous le verrons, la gestion de cette problématique repose sur cette mise en commun de principes essentiels. Comme nous l'étudierons, si l'on prend par exemple la jurisprudence du Conseil constitutionnel ou du Conseil d'État français lorsqu'une loi ou un acte administratif français transpose une directive européenne et qu'un doute existe sur la constitutionnalité de cet acte de transposition, la logique est la suivante. Si le principe constitutionnel en cause figure parmi ceux qui ont été mis en commun au niveau européen (exemple principe d'égalité), le juge national se déclare incompétent et renvoie à la Cour de justice qui contrôle la directive européenne par rapport à ce principe supérieur du droit de l'Union. Si la Cour valide l'acte européen, le juge national ne censure pas l'acte de transposition pour inconstitutionnalité. En revanche, si est en cause un principe constitutionnel français n'ayant pas d'équivalent européen, là la Cour de justice ne peut pas exercer le contrôle sur l'acte européen et le juge national pourra éventuellement censurer l'inconstitutionnalité de l'acte de transposition. Et ce n'est pas contraire au droit de l'Union puisque le TUE impose à l'Union de respecter l'identité nationale des États membres...

Ces remarques montrent que cette question de la mise en commun de principes et de valeurs politiques essentielles est tout à fait fondamentale pour le système juridique de l'Union.

C. Statut et fonction juridique

Le statut de ces principes fondateurs ou valeurs fondatrices, dans le traité lui-même, est **double**. Principes fondateurs de l'Union, ils sont aussi des principes « communs aux États membres », tout est là. Ils doivent donc caractériser l'appartenance d'un État à l'Union, ce qui peut se comprendre de plusieurs manières.

- Dans un premier temps, il s'agit ici de définir l'identité politique d'**États européens** vis-à-vis de leur aptitude à adhérer, ce qui implique que tous les États européens partageant ces principes et valeurs sont susceptibles de rejoindre l'Union.

- Dans un deuxième contexte, c'est là tracer la ligne de conduite politique des **États membres**, ce qui implique, là encore, que ces principes, dans le champ concerné (ici : les États membres, précédemment : les États européens ayant vocation à adhérer) caractérisent vraiment les États visés.

Bref, les principes en cause définissent un « profil de référence » vis-à-vis de l'appartenance à l'Union, de sorte que leur respect doit conditionner cette appartenance, dans deux dimensions :

- conditionnement de l'adhésion ;
- conditionnement des droits découlant de l'appartenance.

Le Traité d'Amsterdam en a tiré directement des conséquences très logiques et directes. D'abord, une modification de la procédure d'adhésion, pour inclure une référence à l'article 6§1, et la création d'une procédure de suspension des États membres, dans la continuité (ne serait-ce que numérique) du nouvel article 6§1, à l'époque, et dont ce dernier forme le pivot.

1. Une communauté de principes conditionnant la possible appartenance

La pratique de l'adhésion a toujours connu un conditionnement de fond (Rappel ; cf. [Cours « Institutions européennes »](#)).

Jusqu'à sa version de 1997, le traité sur l'Union comptait un article O disposant, sur le modèle des articles 98 TCECA, 205 TCEEA et 237 TCEE que « **tout État européen peut demander à devenir membre de l'Union** », ce qui revenait à n'imposer que deux conditions de fond : une condition statutaire : être un État, et une condition géographique : être un État européen.

- **Condition statutaire** : l'exigence d'un statut d'État n'a jamais encore posé de problème. Il faut seulement que le candidat soit reconnu comme État par tous les États membres. Le passé récent nous a cependant montré, avec le démantèlement de la Yougoslavie, que les États membres pouvaient avoir des appréciations distinctes, sinon divergentes devant la proclamation d'un nouvel État (Croatie...), d'où des reconnaissances plus ou moins empressées. Cette condition pourrait donc avoir à jouer dans des hypothèses semblables de bouleversements historiques.
- **Condition géographique** : le caractère européen d'un État peut être délicat à apprécier. Pour l'instant, il n'y a jamais eu d'ambiguïté, la candidature du Maroc, en 1985, étant par exemple refusée par le Conseil en 1987 en raison de son caractère non européen. Mais quid de la Turquie, certes considérée souvent comme européenne (membre du Conseil de l'Europe, ce dernier aspect pouvant constituer une aide pour répondre à l'interrogation géographique dans les cas difficiles), reconnue clairement éligible à l'adhésion à l'Union en octobre 1999, mais dont le territoire géographique est majoritairement situé en Asie ? Quid, plus tard peut-être, des États issus de l'éclatement de l'ex URSS ?

En cas de doute, il semble évident que cette condition géographique sera appréciée en fonction de la condition politique, vraiment déterminante.

Deux autres conditions de fond, initialement non prévues, sont en effet apparues au fil des élargissements.

Passons sur la ...

- **Condition technique** : même si elle n'est toujours pas mentionnée dans cette disposition de base qu'est l'article 49 UE, une quatrième condition a présidé à tous les élargissements : celle du respect de l'acquis communautaire. Condition « technique » de pérennisation des traités sur lesquels est fondée l'Union, puisque les élargissements ne peuvent, dès lors, se traduire par une forme de « renégociation » de ces derniers, c'est aussi l'affirmation qu'une adhésion ne se limite pas à l'acceptation des termes de quelques traités (l'adhésion est forcément globale, aux trois Communautés et à l'Union), mais qu'il s'agit bien d'adhérer (dans toutes les acceptions du terme) à un système, tel que prévu dans les traités mais aussi tel qu'il s'est développé sur la base des traités : ce sont bien là les prémisses d'une véritable « appartenance ».

En revanche, arrêtons nous sur la...

- **Condition politique** : elle a d'abord été déduite d'indices contenus dans les traités, comme l'invitation du Préambule du traité de Rome, adressée à ceux qui partagent l'idéal de paix et de liberté ... Le

Conseil européen de Copenhague, le 8 avril 1978 ne déclarait-il pas que « *le respect et le maintien de la démocratie représentative et des droits de l'homme ... constituent des éléments essentiels de l'appartenance aux Communautés* » ? Cette condition politique est devenue de plus en plus explicite, avec le traité de Maastricht, spécialement dans son article F§1, faisant référence aux « principes démocratiques » sur lesquels sont « fondés » « les systèmes de gouvernement » des États membres. Le traité d'Amsterdam a donc précisé et totalement explicité cette exigence en tant que condition d'adhésion, puisque l'article 6 §1 était, dès lors, mentionné par l'article 49 TUE : « *Tout État européen qui respecte les principes énoncés à l'article 6 §1 peut demander à devenir membre de l'Union* ».

Les principes fondateurs de l'article 6§1 correspondent donc au conditionnement politique de l'adhésion.

De manière opératoire, le Conseil européen de Copenhague, en juin 93, avait fixé des critères qui, depuis, ont été au cœur de la problématique des élargissements :

- Disposer d'institutions stables garantissant la démocratie, la primauté du droit, les droits de l'homme, le respect des minorités et leur protection.
- Avoir une économie de marché viable et pouvant supporter la concurrence intra communautaire.
- Pouvoir reprendre l'acquis communautaire et avoir mis en place une structure administrative et juridictionnelle permettant de l'appliquer correctement.

C'est donc le premier critère de Copenhague qui décline le conditionnement politique de l'adhésion, celui-ci étant en général scindé en deux thèmes :

1. Démocratie et primauté du droit (avec l'examen de l'organisation et du fonctionnement du Parlement et du pouvoir législatif, du pouvoir exécutif, puis du pouvoir judiciaire).
2. Droits de l'homme et protection des minorités (droits civils et politiques, droits économiques et sociaux, droits et protection des minorités).

Il faut relever, par rapport à la liste de l'article 6§1, l'absence de la liberté et la traduction de l'État de droit en plus simple « primauté du droit ».

Remarque

Une remarque ici...ces critères de Copenhague ont été utilisés pour développer de véritables stratégies de pré-adhésion voyant la Communauté aider les États candidats à « *être prêts* ». On peut voir là une véritable méthode conduisant non pas à constater le respect des principes communs par les États candidats, ni surtout le non respect de ces principes, mais à **établir ou rétablir** ces principes.

Dernière remarque. La procédure d'adhésion mise en place par le traité modificatif de Lisbonne conserve la même logique : article 49 TUE modifié.

Critères d'éligibilité et procédure d'adhésion à l'Union) : « *Tout État européen qui respecte les valeurs visées à l'article 2 et s'engage à les promouvoir peut demander à devenir membre de l'Union....* ». Mais les critères de Copenhague apparaissent aussi : (*in fine*) : « *Les critères d'éligibilité approuvés par le Conseil européen sont pris en compte.* »

2. Une communauté de principes conditionnant la pleine appartenance

Le traité d'Amsterdam a prolongé immédiatement la rédaction du nouvel article 6§1 UE par l'inauguration d'un nouveau type de procédure (article 7UE, désormais article 7 TUE modifié) permettant d'une certaine manière de suspendre temporairement et partiellement l'appartenance d'un État membre en suspendant les droits découlant de l'appartenance (mais non les obligations). La procédure, visant l'hypothèse extrême d'une « *violation grave et persistante par un État membre de principes énoncés à l'article 6§1* », est conservée à l'identique par le traité de Lisbonne (article 7 TUE) mais elle est désormais axée, bien entendu, sur la violation des « *valeurs visées à l'article 2* ».

5 commentaires :

1) Il s'agit d'une procédure politique, d'une procédure décisionnelle très comparable, dans sa forme, à la procédure d'adhésion. Les principes de l'article 6§1UE, ou les valeurs de l'article 2 TUE modifié étaient ou sont donc essentiels pour les procédures déterminant l'appartenance : adhésion et suspension des droits. Dans les deux cas, on retrouve une **unanimité au Conseil ou au Conseil européen et une approbation** rendue avec une majorité spéciale par le Parlement européen : pour l'adhésion, majorité absolue des membres, et pour la suspension, majorité des deux tiers des voix exprimées représentant la majorité des membres (article 354 TFUE).

Cette procédure conduit cependant ici uniquement à la « constatation » d'une certaine violation des valeurs de l'article 2. Ce n'est que dans un deuxième temps que le Conseil, **à la majorité qualifiée (tant que le système de pondération des voix s'appliquait, on recalculait la pondération pour tenir compte de ce que l'État en cause ne vote pas ; après 2014, le Conseil, ici, vote à la majorité de 72 % des membres représentant au moins 65% de la population de l'Union (article 238 §3 b) TFUE))**, pourra décider de suspendre certains droits liés à l'appartenance, comme le droit de vote d'un représentant du gouvernement de l'État en cause au Conseil.

2) Cela conduit à la deuxième remarque : cette procédure n'est pas le symétrique de l'adhésion en ce qu'elle n'est pas une procédure d'exclusion d'un État membre (les obligations sont maintenues). Elle est cependant une forme de sanction compatible avec le caractère illimité de l'appartenance et représente une procédure plus « constructive » qu'une exclusion. Sur la base d'une confiance dans les traditions politiques des États membres, un problème de ce type est considéré comme forcément accidentel et provisoire.

3) Cette procédure ne vise pas à sanctionner la simple violation des principes de l'article 6§1 d'abord, des valeurs de l'article 2 désormais. Seule la violation « grave et persistante » des dits principes ou valeurs permet de s'engager dans cette voie.

4) Ce caractère extrême a conduit le traité de Nice à aménager une autre procédure (désormais article 7§1 TUE modifié), préalable, permettant de répondre à un « *risque clair de violation grave* » par un État membre des principes ou, désormais, des valeurs visées.. La constatation se fait à la majorité des 4/5^{ème} des membres du Conseil après approbation du Parlement, la même procédure permettant d'adresser, avant la constatation éventuelle, des recommandations à l'Etat en cause. **On peut donc désormais présenter une gradation procédurale en trois temps** : l'objectif visé étant de sanctionner une « *violation grave* » des principes fondateurs, le « *risque clair* » d'une telle violation permet déjà à l'Union de mener une action préventive (article 7§1 TUE), et le caractère « *persistant* » (prenant certainement depuis le Traité de Nice le sens de « *malgré les recommandations appropriées* » adressées à l'État) de cette violation grave, une fois constaté (article 7§2 TUE), pourra se traduire par la suspension des droits liés à l'appartenance.

5) Conçue comme "arme nucléaire de dissuasion", c'est à dire n'ayant pas vocation à jouer, cette procédure a cependant été engagée deux fois, à l'encontre de la Pologne (le 20 décembre 2017) et de la Hongrie, le 12 septembre 2018. Cf. pour une présentation détaillée de la pratique de l'article 7, et des palliatifs imaginés pour répondre à ses lacunes, le [cours "Droit général de l'Union européenne : les institutions européennes", leçon 3 sur l'appartenance à l'Union, Section 2, §1, B, 2° b\)](#).

On a là des principes, promus ou déclassés de façon assez confuse en « valeurs », mais qui ont une portée juridique puisqu'importants vis-à-vis de l'appartenance des États membres. Pour autant, si cela permet d'identifier un profil de l'Union, essentiellement politique, rien n'exprime la spécificité, l'originalité juridique de l'ordre juridique mis en place. C'est ce que tente d'identifier la recherche des « fondements essentiels de l'intégration communautaire ».

§2. Les fondements essentiels de l'intégration « communautaire »

A. Identification

L'identification, ici, à la différence de ce qui concerne les principes fondateurs de l'Union, ne pouvait s'appuyer sur le Traité CE, alors même que celui-ci, un temps, a compté une partie intitulée « Les fondements de la Communauté » (aujourd'hui disparue) qui recouvrait les quatre libertés de circulation, l'agriculture et les transports. Pas plus d'aide, aujourd'hui, avec le TFUE.

On peut identifier trois démarches ayant pu conduire à caractériser les fondamentaux de l'ordre d'intégration.

1. **La première** a consisté pour la Cour, de manière un peu hétéroclite, à souligner un caractère fondamental, un caractère de fondement, de base, de socle de la Communauté pour tel ou tel principe, l'idée étant que toute remise en cause mettrait en péril la Communauté ou l'ordre communautaire lui-même.

La démarche de la Cour consiste donc à invoquer une dimension existentielle ou un risque **existantiel** pour la Communauté ou l'ordre juridique communautaire, en cas d'atteinte portée à certains principes qui sont des éléments fondateurs de l'entreprise communautaire, exprimant l'essence de l'ordre communautaire, ou rendant compte de la notion même de Communauté (au sens de « modèle communautaire »).

Exemple

La jurisprudence pertinente se reconnaît donc à certains indicateurs, « *marqueurs* », dont les plus explicites sont certainement les expressions de « *notion de Communauté* » (CJCE, 15/07/64, Costa, aff. n° 6/64, 1141 ; CJCE, 13/05/82, Alaimo, aff. n° 16/81, 1559 ; CJCE, 14/03/73, Westzucker, aff. n° 57/72, 321), de « *bases même de la Communauté* » (CJCE, 9/03/78, Simmenthal, aff. n° 106/77, 629), de « *principes de structure qui sont à la base de la Communauté* » (CJCE, 5/05/81, Commission/Royaume-Uni, aff. n° 804/79, 1045), de « *bases essentielles* » (CJCE, 7/02/73, Commission/Italie, aff. n° 39/72, 101 ; CJCE, 7/02/79, Commission/Royaume-Uni, aff. n° 128/78, 419 ; CJCE, 19/01/93, Commission/Italie, aff. n° C-101/91, I-191), ou « *caractéristiques essentielles* » (CJCE, 14/12/91, avis n° 1/91, I-6079) de l'ordre juridique communautaire, de « *base juridique de la Communauté* » (arrêt Costa précité ; CJCE, 17/12/70, Internationale Handelsgesellschaft, aff. n° 11/70, 1125 ; CJCE, 21/05/87, Albako Magorinfabrik, aff. n° 249/85, 2345), ou de risque de « *désintégrer ... l'œuvre communautaire ... de manière irréversible* » (CJCE, 26/04/77, avis n° 1/76, 741).

De manière synthétique, les principes concernés peuvent être présentés en trois blocs :

- **La primauté, l'effet direct, l'uniformité d'interprétation du droit communautaire, les prérogatives de la Cour de justice (base de l'ordre juridique au sens normativiste) ;**
 - **Les prérogatives des institutions communautaires ;**
 - **Les principes déterminant la position réciproque des États membres. Ces deux derniers blocs, apparaissant surtout dans l'avis 1/76, correspondent à une vision plus large de l'ordre juridique.**
2. **La deuxième** a vu la Cour de justice, parfois de manière maladroite, tenter une synthèse pour dégager les caractéristiques essentielles de l'ordre juridique de l'Union : « *Les caractéristiques essentielles de l'ordre juridique communautaire (...) sont, en particulier, sa primauté par rapport aux droits des États membres ainsi que l'effet direct de toute une série de dispositions applicables à leurs ressortissants et à eux-mêmes* » (Avis 1/91 du 14 déc. 1991) . La Cour, dans l'avis 2/13, ajoute l'autonomie à ces caractères essentiels. Dans l'arrêt Achmea (Arrêt du 6 mars 2018, aff. C-284/16) sera établi sous un autre angle ce lien entre la recherche des caractéristiques essentielles et le principe d'autonomie, en ce que celle-ci « *se justifie en raison des caractéristiques essentielles de l'Union et de son droit* ». De fait, il faut admettre que la revendication ou le constat de l'autonomie d'un ordre ou d'un système juridique porte en elle l'exigence de respect ou de prise en compte de ses caractères identitaires.
 3. **La troisième** démarche a conduit à définir le « cadre constitutionnel » de l'Union et à cet égard l'avis 2/13 est important, ne serait-ce que parce qu'il s'agissait alors de bien marquer cette spécificité par rapport à la logique d'un système classique et univoque de protection des droits fondamentaux, et d'apprécier « la compatibilité » avec ce système externe des « caractéristiques spécifiques de l'Union et de son droit ».

Comme le raisonnement de la Cour repose notamment sur l'affirmation que le « processus d'intégration... est la raison d'être de l'Union elle-même », on peut sans doute en déduire que ces spécificités de l'ordre juridique de l'Union caractérisent bien un « ordre juridique d'intégration ». Par exemple, citons l'arrêt de la Grande Chambre du 2 septembre 2021, *Moldavie c/ Komstroy LLC*, [C-741/19](#) : « l'Union est dotée d'un cadre constitutionnel qui lui est propre. Relèvent, notamment, de ce cadre les dispositions des traités UE et FUE, lesquelles comportent, notamment, les règles d'attribution et de répartition des compétences, les règles de fonctionnement des institutions de l'Union et du système juridictionnel de celle-ci, ainsi que les règles fondamentales dans des domaines spécifiques, structurées de manière à contribuer à la réalisation du processus d'intégration »...

B. Signification

La logique générale, dans la jurisprudence évoquée ci-dessus, peut être présentée comme revêtant une tonalité existentielle et identitaire, en ce sens que les principes ainsi mis en exergue ne pourraient être remis en cause sans que soient sapées les bases de la Communauté et, surtout, ses traits caractéristiques en tant que système original d'intégration, qu'il s'agisse des caractéristiques de l'ordre juridique communautaire ou de celles du système institutionnel, ou, enfin, celles permettant de situer la position des États membres. C'est pourquoi on retrouve cela dans l'avis 2/13 où la Cour a justement mis en évidence les risques qu'il y avait pour « les caractéristiques spécifiques de l'Union et de son droit » à adhérer dans les conditions alors prévus à la Conv. EDH (elle rappelle le système constitutionnel spécifique, la primauté, l'effet direct, l'autonomie (ces 3 principes formant les « caractéristiques spécifiques tenant à la nature même du droit de l'Union », et l'importance de la relation spéciale entre les États membres et l'Union qui n'est pas une relation de type droit international).

A l'image du Tribunal constitutionnel fédéral de Karlsruhe, se référant dans sa décision « Maastricht » du 12/10/93 à la « structure essentielle de l'ordre constitutionnel (allemand) », on peut donc considérer que cette jurisprudence de la Cour de justice vise à définir ce que l'on proposera d'appeler « l'équation existentielle et identitaire du modèle Communautaire d'intégration ».

Ces principes fondamentaux soulignent la spécificité de l'entreprise d'intégration communautaire, c'est à dire les principes sans lesquels cette intégration ne saurait exister et fonctionner en tant que telle, et non, plus largement, les traits de l'Union européenne. C'est spécialement l'architecture particulière d'intégration d'ordres juridiques nationaux dans un ordre juridique commun et la manière dont cela fonctionne qui est mis en avant.

D'une certaine manière, cette spécificité était même opposée à l'Union (lorsque celle-ci comptait trois « piliers » distincts), qui ne doit pas « contaminer » le pilier communautaire, dévoyer le projet d'intégration par ses méthodes intergouvernementales déployées entre 1992 et 2009 dans les piliers 2 et 3. Il faut ici faire un rappel :

Remarque

Le traité de Maastricht avait inséré un article 47 TUE, qui était la « clause d'intégrité » du pilier communautaire : « aucune disposition du présent traité n'affecte les traités instituant les Communautés européennes ni les traités et actes subséquents qui les ont modifiés ou complétés ». Il fallait le mettre en regard avec l'article 46 UE précisant que les dispositions des traités communautaires « qui sont relatives à la compétence de la CJCE et à l'exercice de cette compétence » sont applicables, entre autres, aux articles 46 à 53 TUE, donc à l'article 47. La Cour était donc érigée, comme a pu l'écrire Guy Isaac, en « garde-frontière » du pilier communautaire, ou en chaperon, protecteur de l'intégrité de celui-ci (compte tenu de la présentation traditionnelle de l'architecture de l'Union, on peut ici parler de « gardien du temple »...). La Cour, rapidement, a montré qu'elle entendait exercer ce rôle. Dès sa première saisine sur la base de l'article 47 TUE dans l'affaire dite du visa de transit aéroportuaire, elle a contrôlé la légalité d'une action commune adoptée par le Conseil dans le cadre du 3^{ème} pilier, alors que selon la Commission, la décision entraînait dans le champ de l'article 100C TCE (abrogé par Amsterdam) qui aurait dû en constituer la base juridique. La Cour a admis, ce qui n'était pas évident, le recours en annulation contre les actes des Institutions communautaires adoptés dans le cadre des piliers non communautaires. Elle a, par ailleurs, jugé que l'article 47 ne s'appliquait pas uniquement aux dispositions du TUE (ne devant donc pas affecter le TCE) mais aussi aux actes adoptés en vertu de ces dispositions du TUE (le droit dérivé du TUE en quelque sorte). CJCE, 12/05/98, Commission

c/ Conseil, aff. [C-170/96](#). On retrouve cette protection d'intégrité, désormais, à l'article 40 du TUE modifié, avec une double « non -affectation », désormais réciproque, entre la PESC et les politiques s'appuyant sur les compétences organisées par le TFUE.

C. Une portée juridique ambiguë

Ériger tel principe en principe existentiel de la Communauté ou de l'ordre juridique communautaire peut correspondre pour ce principe à une **irréversibilité**, à l'apparente évidence (a), mais les conséquences s'expriment surtout en termes de supériorité dans l'ordre juridique communautaire, supériorité dont il importe de mesurer la portée exacte, ce qui conduit à poser la question de la « *supraconstitutionnalité* » de ces principes, puisqu'ils seraient ainsi situés au-dessus des traités constitutifs, lesquels sont, selon la Cour la « **charte constitutionnelle de base** » de la Communauté

Exemple

(CJCE, 23/04/86, Les Verts, aff. [294/83](#), Rec., 1339 : « *La CEE est une Communauté de droit en ce que ni ses États membres, ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité* »).

1. Irréversibilité

Pierre Pescatore a ici considéré que ces principes formaient un « *acquis jurisprudentiel fondamental* ». Personnellement, dans un article paru à la revue des Affaires européennes (2001/2002/8, p 933), j'ai identifié là ce que j'appelle « *l'acquis constitutionnel* » communautaire.

Remarque

C'est a priori la logique même d'un corps de principes « existentiel » que de ne pas pouvoir souffrir la moindre remise en cause. Tout retour en arrière, ici, en effet, semblable à l'affaiblissement d'un mur porteur, pourrait détruire l'ensemble de l'édifice. Il y aurait donc irréversibilité de ces principes.

Ce thème de l'irréversibilité, si heureusement traduit par la formule de M. Flory (« effet de cliquet ») (« Irréversibilité et point de non-retour », in *La décision dans les Communautés européennes*, Presses universitaires de Bruxelles, 1969, p. 439) ne paraît pas, en fait, totalement approprié pour illustrer la spécificité de ces principes majeurs, éminents, « constitutionnel », tant il est lié à des traits caractérisant **plus largement** le droit communautaire au regard d'engagements internationaux plus classiques : l'absence de réserves, de droit de retrait, de caducité par la pratique, le caractère illimité des engagements.

Le droit communautaire en lui-même étant caractérisé par l'irréversibilité, il n'est pas franchement opportun de chercher à situer sur ce terrain la spécificité des principes essentiels. Mais l'essentiel reste de préciser la traduction concrète, et ceci passe, en aval de l'éventuelle « *irréversibilité* », par la supériorité juridique de ce corps de principe.

2. Supériorité : la question de la supraconstitutionnalité

P. Pescatore affirme la supériorité des principes formant, dans son approche, ce qu'il appelle « l'acquis jurisprudentiel fondamental » à la fois vis-à-vis des autres dimensions de l'acquis (acquis « *législatif et politique* ») et finalement sur le droit dérivé et national (on peut ajouter, même s'il ne l'évoque pas, les accords externes conclus par la Communauté), parce que cet acquis se situerait « **au niveau des traités** », leur étant consubstantiel.

Ceci, en fait, ne pose guère de problèmes, et c'est évident... le seul intérêt de la question consiste à se demander jusqu'où va cette supériorité : autrement dit, ce noyau dur, existentiel de la construction communautaire, regroupant les principes fondamentaux, est-il à l'abri des révisions des traités ? Cet « acquis constitutionnel » ne formerait-il pas dès lors une sorte de supraconstitutionnalité ?

A l'origine, était soulignée l'**absence de toute limite matérielle** à la révision des traités communautaires, ce que soulignait par exemple Rudolf Bernhardt, notant que ni les dispositions institutionnelles, ni les « **règles fondamentales énoncées aux articles 2 et 3 TCEE** » n'étaient intangibles. (« Les sources du droit communautaire : la Constitution de la Communauté » ; in *30 ans de droit communautaire*, p. 79). C'était là souligner l'absence en droit communautaire d'une disposition comme l'article 89 de la Constitution française (exemple cité plus haut) selon lequel « *la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision* ».

Exemple

C'est alors qu'intervint l'avis 1/91 (CJCE, 14/12/91, I-6079). Il s'agissait de savoir si le traité d'association (régé par l'article 238 TCEE à l'époque) entre la Communauté et certains Etats de l'AELE mettant en place l'EEE était ou non contraire au traité de Rome. Plus précisément, la question était que ce traité mettait en place une Cour de l'EEE dont on se demandait si elle ne portait pas atteinte aux prérogatives de la Cour de justice des Communautés (découlant de sa mission exprimée à l'article 164 (désormais 220) du Traité (la Cour « assure... le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent traité »). **La Cour estime en effet qu'il y a un problème, et que « L'article 238 du traité CEE ne fournit aucune base pour instituer un système juridictionnel qui porte atteinte à l'article 164 de ce traité et, plus largement, aux fondements mêmes de la Communauté ».**

Donc au-delà de l'article 164 (exprimant la mission de la Cour de justice), la Cour se réfère à ces principes essentiels fondamentaux. Et elle ajoute (et c'est ce qui est important) « *Pour les mêmes raisons, une modification de cette disposition [l'article 238] dans le sens indiqué par la Commission ne saurait remédier à l'incompatibilité du système juridictionnel de l'accord avec le droit communautaire* ».

Ceci est le plus souvent (J. Boulouis, J.G. Huglo, L. da Cruz Vilaça et N. Piçarra ...) interprété comme excluant a priori qu'une révision puisse corriger un problème affectant un trait essentiel du système communautaire. La Cour aurait ici adopté la thèse de Carl Schmitt sur un noyau dur constitutionnel, comme l'ont déjà fait certaines cours constitutionnelles (si le Conseil constitutionnel français reste attaché à la souveraineté du pouvoir constituant (cf. décision [93-312 DC](#), 2/09/92), la Cour constitutionnelle italienne a pu consacrer ces « *principes fondamentaux* » s'imposant même aux lois constitutionnelles (15-29/12/88 ; déc. n° 1146 ; *Gaz. Uff.* N° 2 du 11/01/89, I, serie spec., Corte Costituzionale, 11)).

Remarque

La doctrine est en réalité extrêmement divisée pour interpréter cette décision : certains commentateurs refusent d'y voir l'existence de limites absolues et implicites opposables à toute révision (Epiney, Hartley, ...).

Il faut admettre que l'avis 1/91 peut se lire de deux manières. Soit on considère que la Cour exclut toute atteinte aux principes de base, **même par voie de révision**, soit on pense que la Cour s'est bornée à interdire une telle modification radicale par le biais d'un accord d'association, même après révision des dispositions relatives aux accords d'association.

Il semble, pour choisir l'une de ces deux lectures, que l'avis 2/94 soit ici à prendre en considération. Le problème consistait pour la Cour à savoir si l'adhésion éventuelle de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme était conforme au traité. La Cour (avis 2/94 du 28/03/96) estime que cette adhésion aurait une **dimension constitutionnelle** et ne saurait dès lors intervenir sur la base des dispositions présentes du traité de Rome, sauf après éventuelle révision de ce traité.

L'interprétation que l'on pourrait retenir ici est que la Cour se contente de se placer à l'échelle d'une atteinte « constitutionnelle » qui ne pourrait être bousculée que par le pouvoir de révision, et non par un accord international par exemple, ce qui pourrait conduire à retenir la seconde lecture de l'avis 1/91 ci-dessus évoqué : l'atteinte aux fondements essentiels de la Communauté ne peut se faire par un accord d'association mais une révision des traités pourrait écarter le problème. Pour autant, la révision évoquée par l'avis 2/94 a été faite par le traité de Lisbonne prévoyant et même rendant obligatoire cette adhésion à la CEDH et cela n'a cependant pas empêché la Cour, dans l'avis 2/13 du 18 décembre 2014 de mettre en avant une spécificité du système juridique intégré de l'Union empêchant l'adhésion telle que prévue en 2014.

Donc une révision explicite, valant clairement compétence et même obligation pour l'Union d'adhérer à la CEDH ne suffit pas à empêcher l'obstacle des caractéristiques essentielles de l'intégration, qui semblent donc bien s'imposer. On pourrait par exemple se dire que la révision n'aurait pas pu prévoir l'adhésion à la CEDH « *avec toutes les conséquences en découlant nécessairement pour les prérogatives de la CJUE* ». Il est peu vraisemblable qu'on puisse avoir ce genre de révision mais cela conduit à ne pas exclure définitivement la portée de ces fondements essentiels, existentiels.

Donc, difficile de conclure à la consécration de cette supraconstitutionnalité mais difficile de l'exclure totalement...

Section 2. Le système des compétences

Le droit de l'Union européenne repose sur un système de compétences délicat à définir globalement, tant apparaît vaine l'alternative souvent proposée entre l'explication en termes de transferts de compétences nationales à la Communauté et/puis à l'Union et celle fondée sur les simples limitations de compétences nationales.

La Cour de Justice ne privilégie aucune de ces deux logiques, évoquant à la fois des « *transferts d'attributions* » et une « *limitation de compétences* » (arrêt Costa du 15 juillet 1964, aff. n° 6/64), et on peut préférer la référence à une « *mise en commun* » des compétences, qui permet de comprendre les contraintes que cela peut induire sur chacun des partenaires, pour que soit respecté le caractère commun des prises de décision et de leur application, mais qui a aussi le mérite d'expliquer comment l'autorité du droit communautaire sur les états membres n'est pas contradictoire avec leur statut d'état souverain, puisque les actes s'imposant à eux ne leur sont pas vraiment « *étrangers* » ou « *extérieurs* ». On reconnaît là le principe de « *participation* » qui est au cœur de tout système fédéral et par lequel les états fédérés peuvent concilier leur nature étatique et l'autorité fédérale, parce qu'ils « *participent* » aux institutions et aux décisions fédérales.

Il faut identifier les différentes modalités d'**attribution de compétences** à l'Union européenne (comment l'Union devient-elle compétente ?) puis préciser comment cet exercice s'articule avec celui des compétences conservées par les Etats membres, c'est à dire préciser la **répartition des compétences**.

§ 1. L'attribution des compétences

L'important, ici, consiste à savoir si l'Union, et avant elle la Communauté, peut se prévaloir de compétences de principe ou d'attribution.

Dès l'origine, le traité CEE comportait un article 4 §1 2° alinéa selon lequel :

« *chaque institution agit dans la limite des attributions qui lui sont conférées par le présent traité* » (actuel article 7 §1 2° alinéa TCE). Cette consécration du principe d'attribution est indirecte ou partielle en ce qu'elle s'applique aux attributions « *des institutions* » et non aux compétences de la Communauté ou de l'Union. Si, dans un premier temps, elle servait de révélateur d'un principe général des compétences d'attribution non explicite, elle en est, depuis la consécration de celui-ci, une déclinaison particulière. Il est à noter que le traité de Lisbonne, selon une tendance générale, exprime la volonté d'accroître la contrainte de ce principe en spécifiant que chaque institution agit dans les limites des attributions qui lui sont conférées « *dans les traités, conformément aux procédures, conditions et formes prévues par ceux-ci* ». On peut cependant relever que, paradoxalement, la nouvelle formulation a relativisé l'origine même de l'attribution (attribution « *dans* » et non plus « *par* » les traités) et que les précisions données pourraient concerner plus l'exercice que l'allocation de ces attributions.

C'est le traité de Maastricht qui, avec l'article 3B, devenu l'article 5 TCE, a consacré de manière générale, pour la Communauté, ce principe : « *la Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent traité* », la Cour insistant sur la signification fondamentale au plein sens du terme du principe, l'ordre communautaire étant un « *ordre institutionnel basé sur le principe des compétences d'attribution* » (avis 2/94 du 28 mars 1996, Rec. I, 1759, point 30 ; plus récemment, CJCE, 3 septembre 2008, Kadi, aff. C-402/05P et C-415/05P, point 203).

Le traité de Lisbonne, au prix d'une redondance assez surprenante, entend insister sur deux points : ce sont les États membres qui, au travers des traités, confèrent des compétences à l'Union, et la fonction du principe est de limiter plus que de légitimer les compétences de celle-ci, dans un système général de répartition entre l'Union et les États membres. L'article 5 §2 TUE adopte donc une formulation négative et insistant sur le rôle des États (« *... l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent* ») et insiste ensuite sur une interprétation jusque là implicite : « *Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres* », avec un curieux écho dans l'article 4§1 TUE]« *Conformément à l'article 5, toute compétence non attribuée à*

l'Union dans les Traités appartient aux États membres. » (repris également dans la déclaration 18 concernant la délimitation des compétences). Pour autant, le traité de Lisbonne clarifie le statut du principe. D'une part, l'article 5§2 TUE précise, ce qui n'était pas le cas jusque là, qu'il énonce le « principe d'attribution ». Quant à l'article 5§1 TUE, il présente trois principes importants, qu'il ventile en deux fonctions : le principe d'attribution régit la délimitation des compétences ; les principes de subsidiarité et de proportionnalité régissent l'exercice des compétences.

Remarque

La Cour de justice, dans ce nouveau contexte primaire, a confirmé dans l'avis 2/13 l'importance du principe d'attribution : « *la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres* » fait partie des « *caractéristiques spécifiques de l'Union et de son droit* », et « *parmi ces caractéristiques figurent celles relatives à la structure constitutionnelle de l'Union, qui se reflète dans le principe d'attribution des compétences.* »

Ainsi, la compétence nationale demeure la règle, la compétence communautaire et de l'Union relevant de l'exception. On peut d'abord souligner qu'il n'y a là aucune faiblesse de l'intégration européenne au regard de son ambition fédérale latente. Dans un système fédéral orthodoxe, en effet, ce sont bien les états fédérés qui disposent d'une compétence de principe, l'État fédéral bénéficiant d'une compétence d'attribution (le schéma n'implique aucun jugement de valeur sur les puissances respectives : tout dépend, que l'on ne s'y trompe pas, de ce qui est attribué). Il faut donc partir du principe que les compétences communautaires sont des **compétences conférées**, explicites. La rigidité contraignante d'un tel système a été atténuée par diverses formules admettant des **compétences reconnues** par le juge ou par le législateur communautaire.

A. Les compétences conférées

Conférées par les Traités, elles correspondent donc à des compétences explicites mais pendant très longtemps celles-ci n'étaient guère parées, en droit communautaire, des mérites généralement reconnus à cette technique en termes de clarté et de précision : **en effet**, contrairement à une méthode fréquemment retenue par les Constitutions fédérales, ces attributions expresses, dans le traité instituant la Communauté européenne, n'ont pas été regroupées dans une rubrique spécifique (chapitre Les compétences), ni même, en tant que « pouvoirs », dans les dispositions institutionnelles, organiques. **Elles étaient donc dispersées dans l'ensemble des traités.**

De surcroît, **l'attribution était fonctionnelle plus que matérielle**, identifiant pour la Communauté des objectifs, des missions et non des domaines. L'éparpillement, enfin, s'accompagnait d'une **hétérogénéité de ces attributions de compétences**, leur « intensité » s'avérant très variable : telle se traduira par une capacité de gérer directement un secteur, telle autre ne sera qu'une possibilité d'harmoniser l'action des États membres, les compétences seront normatives ou non, etc ...

Il faut souligner ici un phénomène lié à l'élargissement de ces compétences à l'occasion des révisions des années 90. L'attribution de compétences expresses dans des domaines tels que la santé, ou la culture s'est faite au prix d'une mise au second plan de ces compétences, présentées comme permettant simplement à la Communauté « *d'encourager la coopération entre États membres* », ou « *si nécessaire, appuyer et compléter leur action* ». C'était là l'apparition des compétences d'appui ou de complément, consacrées en tant que catégorie dans le traité constitutionnel et le traité modificatif.

Le traité de Lisbonne, ici, on le verra, a clarifié la situation, en mettant en place une claire typologie des compétences de l'Union regroupant dans un Titre les dispositions essentielles en la matière.

En revanche, c'est de manière très classique qu'on a pu, dès les débuts du processus d'intégration, ressentir la gêne, l'effet de carcan pesant et rigide que représente toujours cette technique pour un système en développement, l'extension régulière de la liste des compétences conférées par l'Acte unique puis les différents traités de révision n'ayant pas été suffisante pour pallier cet inconvénient.

B. Les compétences reconnues

Elles sont reconnues au-delà des termes des traités, et elles ont constitué le meilleur support du dynamisme des Communautés. Même si le caractère fonctionnel des attributions de compétences possède en lui même une propension au développement, surtout quand les objectifs sont définis de manière fort générale (expansion continue et équilibrée, relèvement du niveau de vie, relations plus étroites entre les peuples...), ce qui est parfois le cas il a fallu un incontestable volontarisme des autorités communautaires pour concrétiser ceci sur le terrain des compétences, deux méthodes devant ici être distinguées, selon qu'il s'agira de prolonger, ou vraiment de compléter les compétences explicites.

1. Les compétences de prolongement (compétences implicites)

Certaines compétences ont été reconnues à la Communauté par le juge communautaire et le volontarisme évoqué plus haut est ici évident, une manifestation générale en étant certainement le choix, en tant que technique privilégiée d'interprétation, de la méthode téléologique, l'interprétation se faisant en fonction des objectifs poursuivis.

Sur le terrain des compétences, la Cour a mis en œuvre le raisonnement fondé sur l'effet utile pour admettre des compétences de prolongement, souvent appelées compétences implicites, impliquées par des attributions explicites de compétence dont elles permettent la pleine effectivité et dont elles prolongent la logique. On connaît depuis longtemps cette théorie des « *pouvoirs impliqués* (*implied powers*) » devant le juge international, à propos des compétences des organisations internationales (avis de la CIJ du 11 avril 1949), mais la doctrine avait d'abord estimé que le principe des compétences d'attribution interdisait une semblable construction juridique pour les Communautés.

La Cour s'est cependant engagée dans cette voie dès 1956 (CJCE, 29 novembre 1956, Fédération charbonnière de Belgique, aff. 8/55, 291) et elle admet à partir de 1960, sans conteste, que des compétences normatives peuvent résulter implicitement du texte du traité, voire de son économie générale (CJCE, 15 juillet 1960, Italie/Haute Autorité, aff. 20/59, 663).

Exemple

Il existe des exemples « *internes* » de compétences implicites (avec notamment une vision restrictive proposée par le Tribunal dans un arrêt du 4 mars 2015, Royaume-uni c/ BCE, aff. [T-496/11](#), le Tribunal semblant exclure les « *pouvoirs impliqués* » de la BCE dès lors que celle-ci aurait eu la possibilité de demander une révision du traité pour que lui soit octroyé de manière explicite un pouvoir nécessaire), mais indéniablement, l'exemple le plus spectaculaire de cet exercice a consisté pour la Cour de Justice à déduire des compétences *externes* implicites à partir de compétences internes explicites, la Communauté pouvant ainsi conclure des accords internationaux dans un domaine pour lequel elle n'avait reçu explicitement qu'une compétence de réglementation interne (CJCE, 31 mars 1971, AETR, aff. n° 22/70, 263) de manière à ne pas porter atteinte à la pleine portée de la compétence interne. Est prise en compte ici l'attribution d'une compétence interne (explicite), le fait que celle-ci a été utilisée et a donc donné lieu à l'adoption de règles communes (internes), et joue alors le critère de cette jurisprudence, celui de **l'affectation**, la conclusion d'accords internationaux par les États membres, dans un domaine dans lequel existent des règles communes, ne pourrait en effet, en toute logique, que risquer l'affecter la mise en œuvre de celles-ci, de sorte que malgré l'absence d'attribution explicite permettant à la Communauté de conclure des accords externes en matière de transport routier, elle doit pouvoir le faire.

Remarque

On mesure l'impact et le potentiel politique d'une telle jurisprudence : en 1970, le CEE n'avait que quelques compétences explicites pour conclure des traités internationaux (article 111 et 113 : accords tarifaires et commerciaux ; article 238 : accords d'association) et rien ne lui permettait, a priori, de négocier et conclure un accord international sur les transports routiers (AETR).

Remarque

Il faut bien voir que c'est ici un aménagement du principe des compétences d'attribution et non une exception à ce principe ou une violation (toute la logique du raisonnement repose sur le fait qu'une compétence (interne en l'occurrence) a été explicitement attribuée à la Communauté

L'évolution s'est faite, ici, parfois de manière incohérente mais le traité de Lisbonne a fini par codifier cette jurisprudence :

Exemple

- D'abord, une extension de cette jurisprudence, élargie aux hypothèses de compétence interne, même non exercée (raisonnement donc sur les compétences et non sur les règles internes issues de ces compétences) : CJCE, 14/07/76, Kramer, aff. n° 3, 4, 6/76 et CJCE, 26/04/77, avis n° 1/76. Là, le critère n'est plus celui de l'affectation (puisque'il n'existe pas de règles communes risquant d'être affectées), mais celui de **la nécessité**
- Ensuite, dans les années 90, une vision plus restrictive, mais ne revenant pas sur les acquis, et conduisant la Cour à souligner que la compétence interne exprime dont avoir été exercée pour que la compétence externe implicitement déduite ait un caractère exclusif : CJCE, 15/11/94, avis n° 1/94 ; CJCE, 24/03/95, avis n° 2/92.
- On peut aussi considérer qu'une clarification est intervenue, avec l'avis [C-1/03](#) du 7 février 2006 : la reconnaissance d'une compétence implicite externe exclusive n'est possible qu'au terme d'une « *analyse globale et concrète* » de la nature et du contenu de l'accord envisagé, mais aussi de la réglementation communautaire en vigueur ou à intervenir qui ferait ressortir que cet accord est susceptible de porter atteinte à l'application uniforme et cohérente des règles communautaires et au bon fonctionnement du système qu'elles instituent.
- Le traité de Lisbonne a nettement codifié cette jurisprudence de la Cour relative aux compétences externes implicites. L'article 216 TFUE synthétise cette jurisprudence, indiquant que l'Union peut conclure un accord avec un ou plusieurs pays tiers ou organisations internationales, outre les hypothèses où les traités le prévoient explicitement « *lorsque la conclusion d'un accord, soit est nécessaire pour réaliser, dans le cadre des politiques de l'Union, l'un des objectifs visés par les traités, soit est prévue dans un acte juridique contraignant de l'Union, soit encore est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée* », ce qui recouvre à la fois le critère de nécessité et le critère d'affectation, sa formulation générale.

Remarque

La Cour de justice a eu l'occasion d'éclairer cette innovation. Elle insiste sur le fait que le traité de Lisbonne se limite « à codifier, fût-ce partiellement, la jurisprudence antérieure relative à la compétence internationale de l'Union issue, notamment, de l'arrêt AETR » (arrêt du 26 nov. 2014, Green Network, aff. [C-66/13](#), EU:C:2014:2399), ce qui, d'une part, l'autorise à interpréter ces nouvelles dispositions « à la lumière des précisions fournies à leur égard par la Cour dans l'arrêt AETR et dans la jurisprudence développée à partir de cet arrêt » (arrêt de Grande chambre du 4 sept. 2014, Commission c/ Conseil, aff. [C-114/12](#), EU:C:2014:2151 ; même position de la Grande chambre dans l'[avis 1/13 du 14 oct. 2014](#), EU:C:2014:2303) et la conduit donc, dans un deuxième temps, à refuser la thèse selon laquelle le traité de Lisbonne aurait eu pour objectif d'adopter une vision plus restrictive en matière de compétence externe de l'Union.

2. Les compétences de complément (compétences dites subsidiaires)

Les traités eux-mêmes ont admis la reconnaissance de telles compétences de complément dans l'hypothèse d'une inadéquation, qu'il faut corriger, entre un objectif assigné explicitement à la Communauté et les compétences (conférées ou impliquées) nécessaires à sa réalisation.

Cette réserve de compétence, contenue pour le traité de Rome à l'article 308 (ex 235), autorise le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, à prendre « *les dispositions appropriées* », ce qui ouvre une large marge de manœuvre, permettant d'adopter tout type d'acte, interne ou externe, de créer des organes (Fonds Européen de Développement Régional), ou de lancer des politiques nouvelles (protection de l'environnement ou des consommateurs dans les années 1970, alors que les traités ne conféraient pas ces compétences aux Communautés).

Cette latitude est renforcée par **la formulation parfois très générale des objectifs** (amélioration constante des conditions de vie, développement harmonieux des activités économiques), et **par le caractère discrétionnaire de l'appréciation d'une nécessité pour atteindre cet objectif**, ce qui s'est traduit par la modulation d'une véritable politique d'utilisation de ces compétences complémentaires, timide dans les années 1960, intense jusqu'au milieu des années 1980, et plus en retrait depuis, parce que moins nécessaire (extension des compétences explicites par l'Acte unique et le traité sur l'Union européenne) et moins prioritaire (l'esprit est peut-être désormais davantage au cantonnement qu'au développement des compétences communautaires, sauf par la voie de la révision des traités, étroitement contrôlée par les états membres).

Exemple

Significatif est certainement à cet égard l'avis 2/94 rendu par la CJCE le 28/03/96, par lequel la Cour estime que l'article 235 ne saurait donner à la Communauté une compétence pour adhérer à la Convention européenne des droits de l'homme alors que nombre de dispositions générales des traités permettaient certainement de développer un raisonnement sur le thème de l'obligation du respect des droits de l'homme pour appartenir à la Communauté.

Le traité constitutionnel comme le traité modificatif ont repris le procédé mais en insistant nettement sur ses limites :

Article 352 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne :

« Si une action de l'Union paraît nécessaire, dans le cadre des politiques définies par les traités, pour atteindre l'un des objectifs visés par les traités, sans que ceux-ci n'aient prévus les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen, adopte les dispositions appropriées. Lorsque les dispositions en question sont adoptées par le Conseil conformément à une procédure législative spéciale, il statue également à l'unanimité, sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen. »

La Commission, dans le cadre de la procédure de contrôle du principe de subsidiarité visée à l'article 5, paragraphe 3, du traité sur l'Union européenne, attire l'attention des parlements nationaux sur les propositions fondées sur le présent article.

Les mesures fondées sur le présent article ne peuvent pas comporter d'harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres dans les cas où les traités excluent une telle harmonisation.

Le présent article ne peut servir de fondement pour atteindre un objectif relevant de la politique étrangère et de sécurité commune et respecte les limites fixées par l'article 25 du traité sur l'Union européenne.

Pour être complet, il faut ici ajouter la Déclaration n° 42 synthétisant la jurisprudence « constante » existante : faisant partie intégrante d'un « *ordre institutionnel basé sur le principe des compétences d'attribution* », l'article 352 TFUE :

« ne saurait constituer un fondement pour élargir le domaine des compétences de l'Union au-delà du cadre général résultant de l'ensemble des dispositions des traités, et en particulier de celles qui définissent les missions et les actions de l'Union. Cet article ne saurait en tous cas servir de fondement à l'adoption de

dispositions qui aboutiraient en substance, dans leurs conséquences, à une modification des traités échappant à la procédure que ceux-ci prévoient à cet effet ».

Si l'on synthétise, on peut lire dans ce nouveau dispositif six réponses censées empêcher l'utilisation extensive passée et directement dictées par ces expériences : suppression du lien avec l'instrument englobant et dynamique du « marché intérieur » et interdiction de l'harmonisation dans les domaines où le traité l'exclut, exclusion de la mise au service d'un but de la PESC, rappel du principe des compétences d'attribution, cantonnement de l'extension des domaines de compétence de l'Union, interdiction de la révision subreptice, mobilisation de la vigilance des parlements nationaux par le biais du principe de subsidiarité. Ce dernier élément est la seule véritable innovation et il restera à en apprécier la portée. Le reste correspond largement à des principes qui étaient déjà, on l'a observé, affirmés en jurisprudence sans que cela en ait freiné le dynamisme. Quant au lien désormais distendu entre l'article 352 et le marché intérieur, il est rétabli par le protocole n° 27 sur le marché intérieur et la concurrence visant expressément l'article 352.

Il est particulièrement significatif de voir l'insistance sur l'interdiction d'élargissement des domaines de compétence de l'Union au-delà du cadre général résultant de l'ensemble des dispositions des traités, ce cadre général étant suffisamment ample et offrant un potentiel de développement quasiment inépuisable sans qu'il soit nécessaire d'aborder l'apport de l'article 352 en termes d'extension des « domaines » de compétence. Il est donc probable que malgré ces précautions, ce dispositif pourra continuer à jouer son rôle d'ajustement.

§ 2. La répartition des compétences

Les principes de répartition des compétences permettent de préciser comment se combinent les compétences de l'Union et celles des États membres.

Les compétences de l'Union seront principalement partagées ou exclusives vis-à-vis des compétences nationales. Certaines compétences pourront par ailleurs être réservées aux États membres. On peut donc distinguer ces deux situations, d'une concurrence des compétences et de l'exclusivité apparente des compétences. Avant de présenter ces deux cas de figure, il convient d'indiquer que pendant longtemps, cette répartition n'était pas formalisée dans le traité, de sorte que c'est uniquement la jurisprudence qui avait permis d'organiser une matière qui demeurait assez confuse. Le traité de Lisbonne, ici, a considérablement éclairci la situation, avec une claire typologie des compétences de l'Union (Titre 1 de la première partie du TFUE).

1. **Les compétences exclusives.** Quand l'Union dispose d'une compétence exclusive, elle peut seule, dans ce domaine, légiférer et adopter des actes juridiquement obligatoires. Les États membres, dans de tels domaines, ne le pourraient que sur habilitation de l'Union ou pour la mise en œuvre du droit de l'Union. Le traité sur le fonctionnement de l'Union (résultant du traité modificatif) énumère 5 domaines : outre la politique commerciale commune et la conservation des ressources biologique de la mer, on trouve la compétence en matière de concurrence, de politique monétaire, et l'Union douanière. En matière extérieure, l'Union a compétence exclusive pour conclure un accord lorsque cette conclusion est prévue dans un acte législatif, ou qu'elle est nécessaire pour permettre à l'Union d'exercer sa compétence interne, ou qu'elle affecte un acte interne de l'Union. Notons d'emblée l'ambiguïté puisque sont là identifiés des critères qui sont les mêmes que ceux que la Cour puis le traité de Lisbonne ont dégagés pour reconnaître des compétences implicites externes, alors que l'existence éventuelle d'une compétence externe implicite de l'Union ou le caractère éventuellement exclusif de celle-ci relèvent de deux problématiques différentes.
2. **Les compétences partagées.** Dans ce cas de figure, l'Union et les États membres peuvent légiférer et adopter des actes juridiquement obligatoires. C'est la situation de principe, la Constitution et le traité « modifié » précisant que les compétences non situées expressément parmi les compétences exclusives et d'appoint sont des compétences partagées (art. 4 §1 TFUE). Dès lors, le texte se borne à lister les principales compétences partagées (marché intérieur, agriculture, transport, énergie, environnement, protection des consommateurs, enjeux communs de sécurité en matière de santé publique...). Deux cas particuliers sont mis en évidence, pour lesquels l'exercice de la compétence de l'Union n'empêche pas les États d'agir : il s'agit, d'une part, de la recherche, du développement technologique et de l'espace, et, en second lieu, de la coopération au développement et de l'aide humanitaire.
3. **La compétence de coordination des politiques économiques et de l'emploi.** La compétence de l'Union consiste ici à adopter de grandes orientations, des lignes directrices.

4. **La compétence pour définir et mettre en œuvre une politique étrangère et de sécurité commune.** Tous les domaines sont ici couverts, y compris la définition progressive d'une politique de défense commune pouvant conduire à une défense commune.
5. **Des compétences permettant à l'Union d'appuyer, coordonner ou compléter l'action des États membres.** Là, la compétence européenne ne remplace pas les compétences nationales, et les actes juridiquement obligatoires pouvant être adoptés ne sauraient comporter d'harmonisation des dispositions nationales. Le traité cite 5 domaines : l'industrie, la protection et l'amélioration de la santé humaine, l'éducation, la formation professionnelle, la jeunesse et le sport, la culture, et la protection civile.

Présentons donc les deux situations de base, de concurrence ou d'exclusivité des compétences, essentiellement telles que la jurisprudence a pu les organiser, puis nous évoquerons la situation particulière du "concours des compétences" caractérisant les compétences d'appui, de coordination ou de complément.

A. La concurrence des compétences

Les compétences attribuées ou reconnues aux Communautés sont, en général, partagées, c'est-à-dire que leur seule attribution ou reconnaissance au profit de la Communauté ne privera pas les états membres de toute compétence normative interne ou conventionnelle.

Cette concurrence des compétences est gouvernée par **deux principes** : **celui de préemption et celui de subsidiarité**.

1. Le principe de préemption

Les compétences attribuées ou reconnues à l'Union sont, en général, partagées, c'est-à-dire que leur seule attribution ou reconnaissance au profit de l'Union ne privera pas les États membres de toute compétence normative interne ou conventionnelle.

C'est la situation de principe, le traité (art 4 TFUE) précisant que les compétences non situées expressément parmi les compétences exclusives et d'appoint sont des compétences partagées. Dès lors, le texte se borne à lister les principales compétences partagées : marché intérieur, agriculture, transport, énergie, environnement, protection des consommateurs, « *enjeux communs de sécurité en matière de santé publique* » ...

Pendant longtemps, c'est de manière purement jurisprudentielle qu'a pu être dégagée ce que l'on appelait souvent la « théorie de la préemption ». Avec le traité de Lisbonne, une formalisation est intervenue, mais au prix d'une régression.

a) La théorie classique de la préemption : le principe de substitution

La concurrence des compétences a toujours été gouvernée par le principe de substitution.

Selon ce principe comparable à celui qui régit les « *compétences concurrentes* » de la Loi fondamentale allemande, c'est la progression de l'exercice effectif par l'Union de sa compétence qui va graduellement réduire la compétence originelle des états membres.

Tant que la Communauté n'exerce pas sa compétence, les États restent compétents, mais doivent néanmoins respecter dans l'utilisation de cette compétence **les dispositions générales** (règles de libre circulation ou de concurrence) **des traités communautaires, les principes généraux communautaires** (non discrimination), et **les obligations de coopération loyale** résultant spécialement de l'article 4§3 TUE modifié (et, avant le traité de Lisbonne, l'article 10 TCE, ex art. 5), qui les empêche notamment de gêner, par le maintien de leur intervention, l'exercice par la Communauté de sa compétence.

Lorsque la Communauté a concrétisé sa compétence, mais pas dans son intégralité, les États membres peuvent encore intervenir avec l'encadrement déjà signalé, auquel s'ajoute l'obligation de ne pas déroger ou porter atteinte aux mesures communautaires déjà prises.

Selon la formule consacrée dans une large jurisprudence appuyée historiquement sur l'article 10 TCE, 2^{ème} alinéa, les mesures nationales ne doivent pas « *mettre en danger les objectifs ou le fonctionnement* » du régime communautaire instauré.

Enfin l'exercice exhaustif de sa compétence par la Communauté met fin au partage et exclut toute disposition divergente ou autonome des États membres, qui ne peuvent plus intervenir qu'en tant que relais d'exécution.

On tombe ainsi dans une forme de compétence communautaire exclusive.

b) Le traité de Lisbonne et la régression

Jusqu'au traité de Lisbonne, ce principe de préemption aboutissait à un mouvement largement à la discrétion des autorités communautaires et à un *spill over* inéluctable, irréversible.

Le traité de Lisbonne corrige ces traits, avec un freinage et une inversion de la substitution.

D'abord, s'agissant du mouvement conduisant l'Union à progressivement « *couvrir* » le domaine en cause, il y a une volonté de freiner le mouvement : un Protocole (n° 25) sur l'exercice des compétences partagées précise que selon les Hautes parties contractantes, « *lorsque l'Union mène une action dans un certain domaine, le champ d'application de cet exercice de compétence ne couvre que les éléments régis par l'acte de l'Union en question et ne couvre donc pas tout le domaine* ». Approche restrictive, donc.

Mais surtout, le partage des compétences n'est plus conçu comme évoluant inéluctablement vers une forme d'exclusivité des compétences de l'Union par exercice, le retour en arrière, la « renationalisation » des compétences étant non seulement envisagée mais organisée.

Déjà, l'article 2 §2 TFUE, présentant les compétences partagées, précise que :

« *Dans ce cas de figure, l'Union et les États membres peuvent légiférer et adopter des actes juridiquement obligatoires. Les États membres exercent leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne. Les États membres exercent à nouveau leur compétence dans la mesure où l'Union a décidé de cesser d'exercer la sienne* ». Ce dernier aspect est détaillé dans une Déclaration (n° 18) concernant la délimitation des compétences : « *Lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence partagée avec les États membres dans un domaine déterminé, les États membres exercent leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne **ou a décidé de cesser de l'exercer**. Ce dernier cas de figure peut se produire lorsque les institutions compétentes de l'Union décident d'abroger un acte législatif, en particulier en vue de mieux garantir le respect constant des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Sur l'initiative d'un ou de plusieurs de ses membres (représentants des États membres) et conformément à l'article 241 du traité sur le fonctionnement de l'Union, le Conseil peut demander à la Commission de soumettre des propositions visant à abroger un acte législatif. De même, les représentants des gouvernements des États membres, réunis en Conférence intergouvernementale, conformément à la procédure de révision ordinaire prévue à l'article 48, §§2 à 5 du traité sur l'Union européenne, peuvent décider de modifier les traités, y compris en vue d'accroître ou **de réduire** les compétences attribuées à l'Union dans lesdits traités.* »

La Cour avait pourtant donné une réelle solennité au caractère définitif des attributions de compétences, car c'est en phase avec la notion même de processus d'intégration, la nature « fondative », ou « institutionnelle » des traités de base, et leur durée illimitée.

Exemple

Dans l'arrêt Costa (15/07/64 ; 6/64) (cf. aussi Arrêt du 13 juillet 1972, *Commission / Italie* (48-71, Rec. p. 00529), la Cour évoque donc la « *limitation définitive* » des droits souverains des États membres. Dans le même esprit, dans l'arrêt Simmenthal du 9 mars 1978 (aff. 106/77, point 18), elle s'appuie sur « *le caractère effectif d'engagements inconditionnellement et irrévocablement assumés par les États membres* » et là encore donne du poids à l'argument, en invoquant un risque de mise en question des « *bases même de la Communauté* ».

Ce thème de l'irréversibilité a été heureusement rendu par la formule de M. Flory (« *effet de cliquet* ») (« *Irréversibilité et point de non-retour* », in *La décision dans les Communautés européennes*, Presses universitaires de Bruxelles, 1969, p. 439) et est en phase avec le respect de l'acquis communautaire, de même qu'avec le phénomène de *spill over*, l'effet d'entraînement, pour dessiner une franche dynamique communautaire.

Il semble donc que le traité de Lisbonne amorce une nouvelle approche, pouvant signifier que si les compétences exclusives demeurent irréversibles, les compétences partagées ne le seraient pas.

2. Le principe de subsidiarité

Le concept de subsidiarité est riche d'une longue histoire où brillent quelques références parmi les plus illustres qui soient, d'Aristote à Proudhon, en passant par Saint Thomas d'Aquin, Althusius ou John Locke.

L'idée consiste à percevoir les groupements, les collectivités les plus vastes, les plus intégrés, comme des forces d'appoint, n'intervenant que pour aider les échelons inférieurs de l'organisation sociale, et donc uniquement quand l'action à ce niveau supérieur est plus efficace.

On dépasse là, la référence fréquente à la seule doctrine de l'église catholique mais il est vrai que l'église a particulièrement utilisé le concept de subsidiarité, tant pour définir ses relations avec les états catholiques, ou avec les églises locales, que pour protéger les individus de l'emprise des collectivités publiques, notamment l'état.

L'encyclique *Quadragesimo anno* de 1931 est à cet égard particulièrement explicite. La construction communautaire, et son entreprise d'intégration entre plusieurs niveaux d'ordonnancement juridique et de pouvoirs d'ordre étatique, ne pouvait que rencontrer le concept de subsidiarité et s'il est possible d'en déceler des manifestations implicites dans les traités d'origine, on s'accorde cependant pour voir dans l'Acte unique européen la première mention de la subsidiarité en tant que principe juridique, dans le domaine particulier de l'environnement, l'article 130 R §4 CEE disposant alors que « *la Communauté agit en matière d'environnement dans la mesure où les objectifs visés au §1 peuvent être mieux réalisés au niveau communautaire qu'au niveau des états membres pris isolément* ».

On observe enfin avec le traité de Maastricht de 1992 **la véritable consécration de la subsidiarité en tant que principe général du droit communautaire**, le nouvel article 3 B (désormais 5) du traité CE indiquant, après un alinéa relatif au système des compétences d'attribution que « *dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les états membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire* ».

Le traité de Lisbonne a largement repris cette formulation, insistant cependant sur une dimension locale pour sa compréhension :

Article 5§3 TUE modifié :

« *En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être*

atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union. Les institutions de l'Union appliquent le principe de subsidiarité conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Les parlements nationaux veillent au respect de ce principe conformément à la procédure prévue dans ce protocole. »

Si l'importance conceptuelle de la subsidiarité est indéniable, la doctrine, très prolixe sur le sujet, fut certainement inspirée aussi par l'ambiguïté de sa signification et par l'incertitude de son application.

a) Une signification ambiguë

Il faut identifier le rôle, puis déterminer le contenu de ce principe de subsidiarité en droit communautaire :

=> Le rôle du principe de subsidiarité

La compréhension des fonctions de la subsidiarité dans le système communautaire exige de se placer successivement sur les plans politique puis juridique.

Le **rôle politique** peut être apprécié de deux manières différentes :

Déterminer les conditions dans lesquelles le niveau le plus intégré peut agir à la place des niveaux de base peut, en effet, s'interpréter comme un conditionnement restrictif de cette action intégrée ou, au contraire, comme un moyen de la légitimer. La subsidiarité conçue comme une limitation de l'action intégrée correspond à l'image courante de ce principe dont la consécration en 1992 aurait dès lors eu pour but d'inverser le mouvement d'intégration communautaire qui progressait régulièrement depuis les années 1950.

Plusieurs préoccupations permettent de justifier une telle fonction :

- certaines reviennent à se défier de l'intégration dans son principe,
- alors que d'autres ne sont que des réserves liées à l'observation de défauts caractérisant le système communautaire actuel.

Dans la première catégorie, on trouve le **souci de proximité**, exprimé par l'article 1 du traité sur l'Union européenne se référant à une Union où les décisions sont prises le plus près possible des citoyens ; la formulation très générale de cet article peut être interprétée comme un appel à la décentralisation dans l'Union, y compris dans l'organisation territoriale des états membres, ce qui explique en partie l'extrême intérêt du Comité des régions pour la subsidiarité. Dans le même sens, on peut identifier un souci d'identité prévalant sur le besoin d'intégration et dont la subsidiarité serait à la fois une manifestation et un instrument. Ce souci se retrouve dans l'ajout par le traité d'Amsterdam à l'article F (désormais 6) du traité sur l'Union européenne d'un paragraphe assez incantatoire selon lequel « *l'Union respecte l'identité nationale de ses états membres* ». **Dans un deuxième mouvement**, on peut justifier cette lecture restrictive de la subsidiarité par les défauts, insuffisances, ou excès du système politique et juridique communautaire, et on peut en identifier principalement deux :

- d'abord, le déficit démocratique souvent dénoncé comme affectant les mécanismes communautaires peut conduire à préférer qu'une décision soit prise au niveau national, c'est à dire selon une procédure plus conforme aux canons de la démocratie,
- c'est, en second lieu, l'excès normatif supposé de la Communauté qui peut amener à rechercher dans la subsidiarité une sorte de principe de modération,
- à l'inverse, on peut considérer que le principe de subsidiarité joue un rôle de légitimation de l'action intégrée puisqu'en indiquant les conditions à vérifier pour qu'une compétence soit exercée par les autorités communautaires, il signifie que la satisfaction de ces conditions implique et légitime ce passage à l'action intégrée.

Le **rôle juridique** de la subsidiarité est assurément lié au système communautaire des compétences, mais il faut clairement préciser à quel niveau elle intervient.

La subsidiarité **est d'abord une idée, une logique** et, en tant que telle, elle est une manière de concevoir l'intégration économique et politique, de sorte que l'on peut lui reconnaître volontiers un rôle d'inspiration, de guide, dans l'attribution, par les « *constituants* » communautaires, de compétences à la Communauté,

ou dans l'exercice de toutes les compétences communautaires, même exclusives. Néanmoins, en tant que principe juridique, exprimé d'abord à l'article 5 TCE (ex article 3B), puis, désormais, à l'article 5 §3 TUE modifié, c'est un principe régulateur de l'exercice des compétences partagées (ou concurrentes). Autrement dit, il n'a aucunement pour rôle d'interférer dans l'attribution, ou le refus d'une compétence à la Communauté, mais il détermine la prise en charge par la Communauté, ou le maintien à l'échelon national d'une compétence déjà attribuée potentiellement à la Communauté mais que celle-ci n'investit que progressivement, substituant graduellement son action à celle, originaire, des états membres. Le principe ne joue donc pas, conformément à la lettre de l'article 5 §3 TUE modifié, dans un cas de compétence exclusive de l'Union. Le fait que ce principe joue au niveau de l'exécution et non de l'attribution des compétences apparaît clairement à l'article 5§1 TUE : « *Le principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'Union. les principes de subsidiarité et de proportionnalité régissent l'exercice des compétences.* »

On mesure ici le caractère « *dynamique* » du principe, justement souligné par le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité annexé au traité d'Amsterdam, reprenant en cela les termes du Conseil européen d'Edimbourg de décembre 1992 : les appréciations par lesquelles se traduit le principe de subsidiarité (nécessité, efficacité) sont non seulement délicates, mais évolutives, ce qui ne simplifie pas - il faut l'admettre - le système déjà complexe de la répartition des compétences entre la Communauté puis l'Union et ses états membres.

=> Le contenu du principe de subsidiarité

La lecture de l'article 5§3 TUE permet de préciser le contenu du principe de subsidiarité, en le situant par rapport à celui, voisin, de proportionnalité, et en détaillant la combinaison des deux critères mentionnés, c'est à dire **l'insuffisance de l'action étatique et la meilleure efficacité de l'action commune**.

- Subsidiarité et proportionnalité sont souvent associées : au sein même de l'article 5 TUE, dont elles occupent respectivement les troisième et quatrième paragraphes, mais aussi, par exemple, dans le Protocole précité annexé au traité d'Amsterdam de même que dans le protocole annexé au traité de Lisbonne. Il faut pourtant clairement distinguer ces deux principes, qui, notamment, n'ont pas le même champ d'application, puisque la proportionnalité est un principe général traversant l'ensemble de la jurisprudence de la Cour de Justice, avant même sa consécration dans l'article 5 TCE (ex article 3B - L'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité), lequel, comme l'actuel article 5§4 TUE n'en limite pas non plus la portée aux seules compétences partagées, à la différence de ce qu'il prescrit pour la subsidiarité. **Distincts, les deux principes sont cependant complémentaires** : la subsidiarité commande l'éventuelle activation d'une compétence par la Communauté alors que la proportionnalité régit l'intensité de l'action ; ce n'est donc que si la Communauté agit, au titre de la subsidiarité, qu'elle devra ensuite privilégier, à efficacité égale, le mode d'action le moins contraignant pour les particuliers, les entreprises et les états membres, la gradation allant de la reconnaissance mutuelle au règlement en passant par la recommandation ou la directive ... La Cour de Justice a nettement indiqué cet enchaînement des deux principes dans l'arrêt du 12 novembre 1996, Royaume-Uni/Conseil, aff. n° C-84/94.
- C'est surtout la combinaison des deux critères proposés pour la subsidiarité qui permet de préciser le contenu même du principe.** L'exercice des compétences de l'Union est doublement conditionné par une insuffisance de l'action étatique et par une plus grande efficacité au niveau de l'Union. Cette définition s'éloigne du concept de subsidiarité tel qu'il était défini dans l'article 174 § 4 TCE [ex 130 R]. En effet, ce dernier instaurait une sorte de compétition entre les États et la Communauté, celle-ci exerçant sa compétence pourvu que son action soit plus efficace que celle des États pris isolément, même si l'action de ces derniers était satisfaisante ou efficace. L'ambiguïté existe puisque le traité, avant comme après Lisbonne, semble considérer qu'il n'y a là qu'un critère :

Avant Lisbonne : « *les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres, et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée être mieux réalisés au niveau communautaire* ».

Avec Lisbonne : les objectifs de l'action envisagée ne peuvent être réalisés de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union.

La formulation choisie à Maastricht et celle du traité de Lisbonne, elles, confèrent un rôle secondaire à l'Union, qui ne peut intervenir que si l'action des États est insuffisante. L'article 5 TCE [ex 3 B] doit être lu en rapport avec l'affirmation du Préambule et de l'article 1 TUE qui instaure une Union européenne « *dans laquelle les décisions sont prises... le plus près possible des citoyens* ». Le critère de la localisation du pouvoir de décision n'est pas le niveau le plus efficace, mais le niveau efficace le plus bas.

En outre, la possibilité d'intervention communautaire semble d'autant plus limitée que ce n'est qu'« *en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée* » que la Communauté est réputée plus efficace pour agir. Le système repose donc sur l'idée que l'exercice de la compétence revient en principe aux États, sauf à la Communauté à faire la preuve (... « *intervient seulement si* » ...) que son intervention se justifie au regard des critères et conditions posés. La compétence étatique se présumerait donc, sauf preuve contraire motivée apportée par l'Union. L'explication pourrait être que l'on a ici un principe de proximité démocratique qui domine mais peut être aménagé pour des raisons d'efficacité.

b) Une application incertaine

L'application du principe de subsidiarité correspond à deux problématiques distinctes, essentielles pour chacun des termes de l'expression « *principe de subsidiarité* » : la question de la mise en œuvre va permettre de concrétiser ce qu'est véritablement la subsidiarité, alors que le problème du contrôle est essentiel pour la dimension de principe juridique.

=> La mise en œuvre du principe de subsidiarité

La mise en œuvre est assurée par les institutions détenant une part du pouvoir décisionnel, et on peut la détailler au stade des propositions d'actes, puis quant au contenu de ces actes communautaires eux-mêmes.

La mise en œuvre pour les propositions d'actes communautaires relève bien sûr de la Commission européenne qui a « *un rôle crucial à jouer dans la mise en œuvre* » de ce principe, comme l'a reconnu le Conseil européen d'Edimbourg.

Cette mise en œuvre présente un aspect substantiel et un aspect formel. D'un point de vue substantiel, la Commission a d'abord **une obligation d'ouverture**, principe consacré par le traité d'Amsterdam, et qui contraint la Commission à accentuer sa pratique traditionnelle de consultations multiples dans l'élaboration de ses propositions. L'appréciation de la subsidiarité, notamment pour les deux paramètres de l'insuffisance d'action nationale et de meilleure efficacité communautaire, exige en effet de disposer d'éléments d'information que seule une telle ouverture peut garantir.

La Commission, dans ses différents rapports sur l'application du principe de subsidiarité, a relié à ce dernier sa méthode, de plus en plus utilisée, consistant à générer un débat dans les milieux intéressés, notamment par les consultations croisées, mais aussi par la publication de documents de réflexion ou d'orientation : « Livres verts », « Livres blancs ». Ces débats préalables portent à la fois sur le fond du problème concerné par l'action envisagée, mais aussi sur la question particulière de l'opportunité d'une intervention communautaire. Cette « *ouverture* » est appréciable quantitativement et qualitativement :

- **quantitativement**, elle a eu pour effet une régression spectaculaire des propositions (61 en 1990, 49 en 1993, 19 en 1996) législatives de la Commission,
- **qualitativement**, elle a suscité, en 1997, la réprobation du Parlement européen, s'élevant contre le danger qu'il y aurait à remplacer l'activité normative (qui permet sa propre intervention) par la multiplication de simples documents de réflexion.

Outre l'ouverture, la Commission s'est aussi reconnue **une obligation de réexamen**, la conduisant à revoir les propositions pendantes en 1993, qui ont été, pour certaines, retirées, ou révisées dans le sens d'une approche moins détaillée ; dès 1993, la Commission s'est aussi livrée à un réexamen de la législation existante et a identifié des « *réglementations à refondre* », des « *réglementations à simplifier* » et des « *réglementations à abroger* ».

On peut penser, avec le Parlement européen, résolution du 13 mai 1997, que la Commission entremêle ici confusément la subsidiarité avec d'autres finalités, telles que la simplification, ou la codification, lesquelles relèvent de la technique normative plutôt que de la régulation de l'exercice des compétences.

D'un point de vue formel, on note **une obligation de motivation** correspondant au conditionnement de l'action communautaire réalisé par la subsidiarité : la Commission doit, en conséquence, inclure une **motivation spécifique dans chaque proposition**, permettant d'apprécier la légitimité de celle-ci au regard de la subsidiarité, en indiquant la nature de la compétence (partagée ou non), la dimension (communautaire ou non) du problème abordé, en jugeant l'efficacité des interventions nationales, et la plus-value de l'action communautaire envisagée.

En réalité, il faut cependant admettre que les conclusions du Conseil européen d'Edimbourg, comme le Protocole annexé au traité d'Amsterdam, ne sont guère exigeants quant au caractère détaillé de cette motivation qui, dès lors, se borne souvent à reproduire platement les termes de l'article 5 TCE (ex article 3B).

Il y a enfin, sur le plan formel, une **obligation d'adresser un rapport annuel au Conseil européen**, au Parlement européen, et au Comité économique et social (innovation du traité d'Amsterdam) ainsi qu'au Comité des régions ; ce rapport correspond à une procédure d'évaluation de la mise en œuvre du principe, ce qui lui confère une double dimension de bilan pratique et de réflexion sur les difficultés rencontrées et les progrès à accomplir.

La mise en œuvre dans les actes communautaires : les deux branches (Conseil et Parlement européen) de l'autorité « *législative* » communautaire, conjointement avec la Commission, qui conserve un rôle important dans l'ensemble des procédures décisionnelles, doivent vérifier le respect de la subsidiarité quant au contenu de l'acte et la proportionnalité quant au choix des instruments juridiques.

Le rapport interinstitutionnel du 25 octobre 1993, qui a codifié la mise en œuvre du principe entre les trois institutions, se borne à préciser que cette vérification « *ne peut être disjointe de l'examen quant au fond* ». On peut cependant estimer que la réalité de cette opération doit être formalisée par une motivation explicite mais l'effectivité de cette contrainte reste finalement douteuse ;

Exemple

la motivation des propositions, on l'a indiqué, est souvent incantatoire et insignifiante, et cette motivation des actes eux-mêmes ne paraît guère représenter une garantie plus efficace dans la mesure où la Cour de justice, dans un arrêt du 13 mai 1997 (Allemagne/Parlement européen et Conseil ; aff. n° [C-233/94](#)), a adopté une **position assez souple**, admettant qu'il n'était même pas exigé que le principe de subsidiarité soit mentionné expressément, dès lors qu'apparaissent les raisons conduisant à estimer que cette subsidiarité est respectée.

=> Le contrôle du principe de subsidiarité

La charge politique incontestable de la subsidiarité pousse à envisager, ou à revendiquer des procédures de contrôle politique, mais en tant que principe juridique, son effectivité passe par un contrôle juridictionnel.

Il faudra souligner, ici, en troisième lieu, l'apport du traité de Lisbonne.

- **Le contrôle politique** est revendiqué par des organes dépourvus d'un véritable pouvoir décisionnel dans les procédures communautaires et qui sont sensibles aux fonctions politiques de la subsidiarité, notamment à sa signification au regard des principes de proximité (auquel est particulièrement attaché le Comité des régions), et de démocratie (qui explique l'intérêt des Parlements nationaux). Le Comité des régions se considère comme un garant naturel de la subsidiarité en ce qu'il représente au niveau communautaire les intérêts des collectivités locales et il a revendiqué à ce titre, pendant la préparation du traité d'Amsterdam, diverses prérogatives : être associé à la préparation du programme annuel de la Commission (il possède déjà la possibilité d'émettre un avis sur ce programme), être destinataire du rapport spécifique (ceci a été inscrit dans le traité) sur le principe de subsidiarité, et une consultation particulière et préalable pour qu'il puisse vérifier le respect de la subsidiarité avant l'adoption de chaque

acte communautaire. Ce dernier point n'a pas été admis, et si l'on peut reconnaître que l'avis du comité des régions est indiscutablement à prendre en considération, on peut douter qu'il constitue « **Le gardien de la subsidiarité** », car il représente une conception orientée (dans le sens de la promotion des compétences locales) plus qu'équilibrée de la subsidiarité, dont il fait, par ailleurs, une lecture faussée, la problématique des compétences partagées entre la Communauté et les états membres étant perçue au travers du prisme des compétences locales.

Les Parlements nationaux souhaitent que la subsidiarité leur permette d'enrayer le phénomène d'« *évasion des compétences législatives* » au profit de la Communauté et ils revendiquent un contrôle de ce principe, par des voies individuelles ou collectives. Les procédures individuelles (par exemple celle que prévoit l'article 88-4 de la Constitution française) permettent aux chambres parlementaires d'être informées des propositions d'actes communautaires, de manière à pouvoir exprimer un avis (qui comporte, dans l'exemple français, une rubrique spéciale au regard de la subsidiarité) que leur gouvernement peut intégrer dans sa ligne de négociation au sein du Conseil, pour l'adoption définitive de l'acte.

Ce contrôle, qui n'est qu'indirect, est cependant souvent stérilisé par **l'étroitesse des délais** conduisant les parlementaires à communiquer leur position alors que l'acte est déjà adopté. Les procédures collectives consisteraient à créer un organe communautaire spécifique représentant les Parlements nationaux ; de multiples propositions ont été présentées depuis 1990, allant de la formule "*lourde*" d'un Sénat européen, véritable deuxième chambre parlementaire, à un organe ad hoc, uniquement chargé de la subsidiarité (type haut Conseil de la subsidiarité).

Dans un Protocole annexé au traité d'Amsterdam, est privilégiée une autre solution consistant à utiliser la COSAC (Conférence des Organes parlementaires Spécialisés pour les Affaires Communautaires) qui réunit depuis 1989 des représentants des Parlements des états membres et du Parlement européen ; la COSAC pourra « *adresser au Parlement européen, au Conseil, et à la Commission toute contribution qu'elle juge appropriée sur les activités législatives de l'Union, notamment en ce qui concerne l'application du principe de subsidiarité* ».

- **Le contrôle juridictionnel** pose le problème de la « *justiciabilité* » du principe de subsidiarité ; celle-ci a quelque temps suscité doutes et réticences, en raison de la dimension politique de l'appréciation de subsidiarité, vis-à-vis de laquelle, selon les commentateurs, la Cour de Justice n'aurait pas disposé d'instruments juridiques adéquats.

Techniquement impossible, un tel contrôle serait, de plus, politiquement dangereux car relevant du « *gouvernement des juges* ». Cette approche laisse sceptique, car l'interprétation politique de la subsidiarité ne doit pas faire oublier son affirmation en tant que principe juridique ; de plus, la Cour dispose de toute une jurisprudence relative au principe de proportionnalité prouvant qu'elle peut contrôler des appréciations délicates de la nécessité ou du caractère suffisant de moyens au regard d'un objectif ; enfin, il ne faut pas oublier que la Cour de Justice exerce déjà un rôle comparable à celui d'une Cour constitutionnelle fédérale, la conduisant à arbitrer des conflits de compétence entre la Communauté et ses états membres.

Elle a par ailleurs développé une jurisprudence intéressante, fondée sur l'article 10 TCE (ex article 5), par laquelle elle censure les états membres ou la Communauté quand ils violent la « *fidélité communautaire* » dans l'exercice de leurs compétences : c'est déjà là un contrôle de régulation de l'exercice des compétences, à l'image de ce que serait le contrôle de la subsidiarité.

C'est pourquoi la Cour n'a pas hésité à confirmer la *justiciabilité* du principe de subsidiarité lui-même (CJCE, 12 nov. 1996, *Royaume-Uni c/Conseil*, aff. C-84/94, Rec. I-5755) qui, conditionnant l'exercice des compétences communautaires, relève bien du contrôle juridictionnel de la compétence, et selon les procédures de droit commun, a priori ou surtout a posteriori, alors qu'était parfois évoquée la mise en place d'une voie de droit spécifique, même si le caractère délicat des appréciations en cause devrait inciter le juge à la prudence. Pourtant, l'évolution a vu la Cour contrôler vraiment la justification d'une action communautaire.

Exemple

Par exemple, CJCE, 10 déc. 2002, *British American Tobacco et Imperial Tobacco*, aff. [C-491/01](#), Rec. I-11453 ; CJCE, 22 mai 2003, *Commission c/ Allemagne*, aff. [C-103/01](#), Rec. I-5369 ; CJCE, 9 oct. 2001, *Royaume des Pays-Bas c/ Parlement européen et Conseil*, aff. [C-377/98](#), Rec. I-7079.

Il semble cependant qu'elle ait tendance à amalgamer pour ne pas dire confondre le principe de subsidiarité et celui de proportionnalité : « *le contrôle du respect du principe de subsidiarité comporte un double niveau. En effet, il convient d'examiner, en premier lieu, si l'objectif de l'action envisagée peut être mieux réalisé au niveau communautaire et, en second lieu, si l'intensité de l'action entreprise n'excède pas la mesure nécessaire pour atteindre l'objectif que cette action vise à réaliser* » (arrêt du 10 décembre 2002, *British American Tobacco (Investments) et Imperial Tobacco* ([C-491/01](#), Rec. p. I-11453 ; cf. points 179-184).

Par ailleurs, la jurisprudence de la Cour montre l'approche globale qu'elle fait des deux « indicateurs » figurant dans le traité, c'est à dire l'appréciation des « dimensions » ou des « effets » de l'action envisagée, la démarche consistant finalement à rapprocher le principe de subsidiarité de principes de base du marché européen, interdiction des entraves aux libertés de circulation ou de l'affectation du commerce entre les États membres.

Exemple

Par exemple, ne viole pas le principe de subsidiarité l'interdiction de commercialiser des compléments alimentaires non conformes à une directive car « *laisser aux États membres le soin de réglementer le commerce des compléments alimentaires non conformes à la directive 2002/46 verrait se perpétuer l'évolution hétérogène des réglementations nationales et, partant, les obstacles aux échanges entre États membres et les distorsions de concurrence en ce qui concerne ces produits. Aussi, l'objectif auquel contribuent les dispositions des articles 3, 4, paragraphe 1, et 15, deuxième alinéa, sous b), de ladite directive ne saurait être réalisé de manière satisfaisante par une action entreprise au niveau des seuls États membres et supposait une action au niveau communautaire.* » (arrêt du 12 juillet 2005, *Alliance for Natural Health e.a.*, [C-154/04 et C-155/04](#), Rec. p. I-6451 ; cf. points 105-108).

Autre exemple, « *Dans le cadre de l'article 81, paragraphe 1, CE, le principe de subsidiarité est concrétisé par la limitation de l'interdiction qui y est prévue aux accords entre entreprises, aux décisions d'associations d'entreprises et aux pratiques concertées **qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres.** Ainsi, lorsqu'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait permet d'envisager avec un degré de probabilité suffisant que de tels comportements puissent exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres, ces comportements doivent être considérés comme susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, de sorte qu'il est approprié que la Communauté intervienne en raison de la dimension et des effets de son action.*

Lorsque cette action revêt la forme d'une décision de la Commission, celle-ci est donc conforme au principe de subsidiarité lorsqu'elle établit à suffisance de droit que le commerce entre États membres est susceptible d'être affecté par l'accord entre entreprises, la décision d'association d'entreprises ou la pratique concertée dont elle examine la légalité » (arrêt du 27 septembre 2006, *GlaxoSmithKline Services /Commission*, [T-168/01](#), Rec. p. II-2969 ; cf. points 201-202).

- **L'apport du traité de Lisbonne :**

Il a explicité la modalité juridictionnelle de ce contrôle et formalisé une procédure de contrôle politique : **S'agissant de l'aspect juridictionnel**, le Protocole prévoit que la Cour de justice est compétente pour les recours pour violation de la subsidiarité (action des États membres, ou recours transmis par les États au nom de leur Parlement national ou d'une de ses chambres), ou action du Comité des régions, qui obtient ici sa légitimation active plus largement dans le recours en annulation (prérogatives en cause, s'agissant d' « *actes législatifs pour l'adoption desquels le traité sur le fonctionnement de l'Union prévoit sa consultation* »).

Pour le contrôle politique, le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, annexé au traité de Lisbonne, prévoit qu'avant de proposer un acte législatif, la Commission consulte largement. Ces consultations, le cas échéant, doivent tenir compte de la dimension régionale et locale des actions envisagées. Dans la fiche que doit comporter toute proposition (motivation au regard de la subsidiarité...), doivent figurer les éléments permettant d'apprécier son impact sur la réglementation à mettre en œuvre par les États membres, y compris le cas échéant la réglementation régionale. La Commission tient compte de la nécessité que toute charge financière ou administrative incombant à l'union, aux gouvernements nationaux, aux autorités régionales ou locales, aux opérateurs économiques, aux citoyens soit la moins élevée possible. Elle envoie toutes ses propositions législatives aux parlements nationaux en même temps qu'au législateur de l'Union (idem pour les résolutions législatives du Parlement européen et les positions du Conseil des ministres). Dans les 8 semaines de la transmission, tout Parlement national peut adresser un avis motivé (aux Présidents du Parlement européen, du Conseil, et de la Commission). Il appartient à chaque Parlement national de consulter le cas échéant les Parlements régionaux disposant de compétences législatives. Chaque Parlement monocaméral a 2 voix ; chaque chambre d'un Parlement bicaméral a une voix : si les avis motivés représentent le tiers des voix attribuées, la Commission est tenue de réexaminer sa proposition (maintien, modification ou retrait) (**carton jaune**). Dans le domaine de la coopération policière et de la coopération judiciaire en matière pénale, ce seuil est abaissé à un quart. L'institution dont émane le projet d'acte législatif peut, au titre de ce « réexamen », et par une décision motivée, décider, soit de maintenir le projet, soit de le modifier, soit de le retirer. Par ailleurs, lorsque, dans le cadre de la procédure législative ordinaire, c'est au moins une majorité simple des voix attribuées aux parlements nationaux qui soutient le non-respect de la subsidiarité par une proposition législative de la Commission, celle-ci la réexamine et peut là encore, la maintenir, la modifier ou la retirer. Si elle maintient sa position, la Commission devra, dans un avis motivé, justifier la raison pour laquelle elle estime sa proposition conforme à la subsidiarité et cet avis, ainsi que ceux des parlements nationaux, seront renvoyés au législateur (le Parlement européen et le Conseil), qui se prononcera dans le cadre de la première lecture. Si le législateur estime que la proposition législative n'est en effet pas compatible avec le principe de subsidiarité, il peut la rejeter à la majorité de 55 % des membres du Conseil ou de la majorité des voix exprimées au Parlement européen (procédure dite du « **carton orange** »). On retrouve là, mais au niveau législatif et non exécutif, une logique qui n'est pas éloignée de certaines procédures classiques de comitologie, l'alerte donnée par des autorités nationales conduisant la Commission à revoir une proposition et le législateur étant éventuellement amené à trancher.

Remarque

Nota Bene : la Décision des Chefs d'État ou de gouvernement réunis au sein du Conseil européen le 19 février 2016 mettait en place, au titre de l'Arrangement en cas de non-Brexit une nouvelle procédure associant les parlements des États membres au contrôle de la subsidiarité, celle-ci pouvant ou voulant apparaître comme plus proche d'un « carton rouge ».

Exemple

Le premier « carton jaune » a ainsi été sorti en 2012, vis-à-vis d'une proposition de règlement relatif à l'exercice du droit de mener des actions collectives. Douze parlements nationaux, à hauteur de 19 voix sur les 54 allouées alors pour une Union à 27, ont estimé que la proposition n'était pas conforme au principe de subsidiarité, notamment en régissant le droit de grève, et la Commission a finalement retiré sa proposition. **C'est ensuite en octobre 2013** que la proposition de règlement portant création du Parquet européen a suscité la réaction négative de quatorze chambres des parlements nationaux représentant 18 votes sur 56 (Europe à 28) alors que, s'agissant de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice, le seuil est du quart des voix attribuées, soit, ici, 14. La Commission, après avoir analysé de manière très rigoureuse les avis motivés reçus des parlements nationaux a cependant décidé, le 27 novembre 2013, de maintenir la proposition, assurant que les arguments des parlements nationaux seraient cependant dûment pris en considération dans la suite du processus législatif (document COM(2013) 851).

Troisième cas : Le 8 mars 2016, la Commission a présenté une proposition de révision ciblée de la directive concernant le détachement de travailleurs. Cette directive établit un ensemble de règles sur les conditions de travail et d'emploi applicables aux travailleurs détachés, c'est-à-dire les travailleurs envoyés pour leurs employeurs dans un autre État membre en vue d'y fournir un service de manière temporaire.

La révision apporte des modifications dans trois domaines principaux :

- la rémunération des travailleurs détachés,
- les règles sur les travailleurs intérimaires,
- le détachement à long terme.

La proposition prévoit que les travailleurs détachés bénéficieront de manière générale des mêmes règles en matière de conditions de rémunération et de travail que les travailleurs locaux.

En réponse à la proposition de la Commission, 14 chambres de parlements nationaux de onze États membres (Bulgarie (2 voix), République tchèque (1+1), Croatie (2 voix), Danemark (2 voix), Estonie (2 voix), Hongrie (2 voix), Lettonie (2 voix), Lituanie (2 voix), Pologne (1+1), Roumanie (1+1) et Slovaquie (2 voix)) (10 États de l'Est (problème de leur main d'œuvre) + le Danemark (attaché à la souveraineté de son Parlement)) avaient émis des avis motivés affirmant que la proposition n'était pas conforme au principe de subsidiarité, déclenchant ainsi le mécanisme de contrôle de la subsidiarité (la procédure dite du « carton jaune ») : total 22 voix.

En revanche, les parlements nationaux de cinq États membres (Espagne, France, Italie, Portugal et Royaume-Uni) avaient transmis des avis selon lesquels ils considéraient que la proposition de la Commission était effectivement compatible avec le principe de subsidiarité. La Commission a soigneusement examiné les inquiétudes exprimées par les parlements nationaux concernant la subsidiarité et a discuté avec eux de tous les problèmes soulevés dans un dialogue politique ouvert avant de tirer ses conclusions.

Après avoir examiné les avis exprimés par différents Parlements nationaux, la Commission européenne, a adopté le 20 juillet 2016 une communication jugeant la proposition sur le détachement de travailleurs en accord avec au principe de subsidiarité (maintien de la proposition)

B. L'exclusivité des compétences

Ceci peut aisément se comprendre comme une situation de « *non répartition* », la compétence de l'un excluant alors toute compétence concurrente de l'autre. Si l'on doit effectivement distinguer les deux situations symétriques d'exclusivité des compétences communautaires, puis des compétences nationales, il faut surtout se rendre compte que dans les deux cas, paradoxalement, **existe une combinaison des compétences**. L'exclusivité, dans le système communautaire intégré, et du moins dans la jurisprudence ayant précédé l'établissement de la liste de l'article 3 TFUE, est donc relative.

1. L'exclusivité des compétences de l'Union

Les compétences de la Communauté, et désormais de l'Union peuvent se voir reconnaître un caractère exclusif alors même qu'il n'y aurait pas eu exercice exhaustif : c'est alors la nature même de la compétence qui postule son exclusivité ; la Cour de Justice l'a reconnu dans **deux cas** :

- la compétence commerciale commune (CJCE, 11 novembre 1975, avis n° 1/75, Rec. 1355),
- et la compétence en matière de conservation des ressources halieutiques (CJCE, 05/05/81, Commission/Royaume-Uni, aff n° [804/79](#), Rec. 1045).

Concrètement, une telle affirmation d'exclusivité, accompagnée d'un inachèvement (pour la politique commerciale) ou d'un blocage (pour la conservation des ressources biologiques de la mer) de l'exercice de ces compétences communautaires, a pour effet d'encadrer encore plus strictement, et non de supprimer, les possibilités d'action des états qui ne sont admises, pour éviter les vides juridiques, que sur habilitation communautaire (cas de la politique commerciale ; arrêt Donckervolcke du 15 décembre 1976 ; aff. n° [41/76](#)) ou en tant que « *gestionnaires de l'intérêt commun* », ce qui implique des contraintes de fond et de procédure (cas des mesures de conservation des ressources halieutiques ; arrêt Commission / Royaume-Uni du 5 mai 1981, aff. n° [804/79](#)). On peut donc penser que la Cour, dans les deux cas, a voulu renforcer, « *verrouiller* » par cette affirmation solennelle d'exclusivité, une compétence communautaire mise en péril par les insuffisances de son exercice, face à l'intervention des États membres que ces insuffisances rendaient indispensable. Ce sont donc des cas où l'exclusivité ne pouvant venir de l'exercice exhaustif, il était impératif de le déduire de la nature même de ces compétences. Ceci explique que la Cour n'ait eu à affirmer cette exclusivité que dans deux cas, ce qui a longtemps entretenu un débat pour savoir si les compétences exclusives de la Communauté se limitaient ou non à ces deux hypothèses : la prudence conduisait à se borner à faire état de cette jurisprudence, mais le réalisme imposait de considérer que ce n'était là que des exemples, doublés d'une **confirmation** jurisprudentielle. La Commission, par exemple, dans une communication du 27 octobre 1992, estimait que la suppression des obstacles à la libre circulation, les règles de concurrence, l'organisation des marchés agricoles, l'essentiel de la politique des transports ... relevaient d'une compétence communautaire exclusive.

Cette incertitude n'est plus de mise depuis que le TFUE a, donc, établi **la liste des 5 compétences exclusives de l'Union** : la politique commerciale commune et la conservation des ressources biologique de la mer, la compétence en matière de concurrence, de politique monétaire, et l'Union douanière (article 3, §1, TFUE).

S'ajoutent cependant **des hypothèses plus génériques en matière externe** : dans les 5 domaines listés à l'article 3, §1, la compétence exclusive de l'Union est à la fois interne et externe ; mais l'article 3 TFUE, dans un paragraphe 2, aborde ensuite la question spécifique de la compétence externe de l'Union, en tenant compte à l'évidence de l'expansion qu'elle a pu connaître sous sa forme implicite, précisant donc que « *l'Union dispose également d'une compétence explicite exclusive pour la conclusion d'un accord international lorsque cette conclusion est prévue dans un acte législatif de l'Union, ou est nécessaire pour permettre à l'Union d'exercer sa compétence interne, ou dans la mesure où elle est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée* ». Dans un tel cas de "source supplémentaire de compétence exclusive" pour l'Union (selon l'expression des conclusions relatives à l'avis n° 3/15, traité de Marrakech, point 125), et à la différence des domaines visés à l'article 3, §1, TFUE, « *une compétence qui peut être partagée sur le plan intérieur peut devenir exclusive pour la conclusion d'accords internationaux* » (CJUE, [avis n° 3/15, 14 févr. 2017](#), traité de Marrakech). Le lien entre le caractère implicite et le caractère exclusif de la compétence externe de l'Union est donc assez confusément maintenu du fait de l'utilisation des mêmes critères, ce qui ne fait que rejoindre une la jurisprudence qui, si elle distingue régulièrement les deux questions, a pu parfois les confondre également, l'ambiguïté demeurant donc. Pour la distinction entre la démarche d'identification d'un titre de compétence implicite et celle consistant à déterminer le caractère exclusif de celui-ci, V. spécialement l'arrêt du 5 déc. 2017, aff. [C-600/14](#), Allemagne c/ Conseil. Si l'article 3, paragraphe 2, TFUE semble imposer largement un caractère exclusif aux compétences externes implicites, sauf lorsque l'acte interne de base du raisonnement n'est pas de nature législative, on peut cependant s'interroger sur la combinaison avec d'autres dispositions du traité précisant que certaines compétences externes de l'Union ne préjugent pas de la compétence des États membres pour négocier dans les enceintes internationales et conclure des accords internationaux (art. 191, § 4, pour l'environnement, art. 209, § 2 pour la coopération au développement, art. 212, § 3 quant à la coopération technique, financière et technique avec les États tiers, et art. 214, § 4 pour l'aide humanitaire). La

Cour a aussi précisé que l'effet utile de l'art. 3, §2, TFUE doit conduire à interpréter celui-ci comme étendant le caractère exclusif de la compétence externe de l'Union, « *bien que son libellé se réfère uniquement à la conclusion d'un accord international [...], en amont, lors de la négociation d'un tel accord et, en aval, lorsqu'une instance établie en vertu dudit accord est appelée à adopter des mesures d'exécution de celui-ci* » (CJUE, 20 nov. 2018, aff. [C-626/15](#) et [C-659/16](#), Commission c/ Conseil, point 112).

2. L'exclusivité de compétences des États membres

Elle peut prendre deux formes :

- **D'une part, certaines compétences n'ont de sens qu'en tant que compétences de défense étatique, face à l'action européenne, et la concurrence avec l'Union ne se pose pas vraiment.** Ainsi lorsque le traité admet que les États puissent prendre les mesures qu'ils estiment nécessaires à la protection des intérêts essentiels de leur sécurité, se rapportant à la production ou au commerce des armes, munitions et matériel de guerre (article 346 TFUE, ancien 296 TCE, ex art. 223 TCEE). On cite parfois également ici les compétences de défense de divers intérêts non économiques tels que l'ordre public, la santé ou la moralité publique que l'on peut trouver consacrées, par exemple, à l'article 36 TFUE, ancien art. 30 TCE (ex art. 36 TCEE). Cette forme d'exclusivité n'est cependant que relative puisque l'exercice de ces compétences est encadré par le traité. Pour reprendre les deux exemples évoqués, les mesures de défense de la sécurité (article 346) « *ne doivent pas altérer les conditions de la concurrence dans le marché intérieur* » pour des matériels non spécifiquement militaires, et les entraves nationales à la libre circulation des marchandises expressément admises par l'article 36 « *ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres* ».
- Par ailleurs, et de manière moins ponctuelle, il faut admettre que les compétences non conférées ou non reconnues à l'Union restent réservées aux États membres. C'est la logique de leur compétence de principe. Pour autant, ces compétences sont celles d'États **membres** et pas seulement d'États, ce qui signifie que leur exercice n'est pas exempt d'une certaine emprise communautaire.

Cette emprise a pu se traduire juridiquement par deux formules :

- D'abord, **l'interprétation en termes d'effet utile** : la Cour a très tôt admis qu'étaient possibles « *des incursions de la compétence communautaire dans les souverainetés nationales, là où elles sont nécessaires pour que du fait des pouvoirs retenus par les États membres, l'effet utile du traité ne soit pas grandement diminué et sa finalité compromise* » (CJCE, 23 février 1961, Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limbourg, aff. n° 30/59, Rec. 46).
- Ensuite, le **statut d'État membre**, c'est à dire l'interprétation de l'article 10 TCE (ex art. 5 TCEE et désormais article 4 TUE) comme on a pu la signaler plus haut. Le principe de fidélité, dont cet article 10 est une explication révélatrice et un instrument efficace, impose notamment de s'abstenir de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des buts du traité, de ne pas porter atteinte, par l'exercice de ses compétences, à celles des partenaires dans le système communautaire (Communauté et autres états membres pour les états membres, états membres pour la Communauté), et de tout faire pour assurer la portée et l'impérativité du droit communautaire. Ces obligations de fidélité s'imposent dans l'exercice de toutes les compétences du système communautaire, y compris pour ces compétences dites « *réservées aux états membres* ».

L'emprise européenne est même multiforme.

- D'une part (loyauté), **les États membres ne peuvent, par l'exercice de leurs compétences retenues, prendre unilatéralement des mesures interdites par le traité** (CJCE, 10 décembre 1969, Commission/ France, aff. n° [6](#) et [11/69](#), Rec. 529).
- Par ailleurs, ils peuvent être tenus d'utiliser ces compétences (administratives, pénales, ou juridictionnelles...) pour aider les institutions communautaires dans leurs propres missions (collaboration), ou pour donner sa pleine effectivité et toute sa portée au droit communautaire (coopération).
- On peut dire qu'il n'existe pas de vrai sanctuaire de compétence nationale ; ainsi, le domaine pénal, longtemps considéré comme tel, n'est pas fermé à la compétence communautaire : CJCE, 13/09/05, Commission/Conseil, aff. n° [C-176/03](#).

C. Le concours des compétences

Au-delà de ces configurations principales de partage ou d'exclusivité des compétences, existent aussi des cas où la compétence de l'Union n'a d'autre vocation que celle d'appuyer, coordonner, ou appuyer l'exercice de leurs compétences par les États membres.

1. Consécration

- **Origine** : En 1992, lors de la transformation de la Communauté économique européenne en Communauté européenne, de nouvelles compétences ont été attribuées par les États membres à celle-ci, dont les dimensions extra-économiques étaient patentes (ainsi des compétences en matière de santé publique ou de culture). Le « prix à payer » a consisté à exclure ces compétences de la logique irréversible du principe de préemption, l'idée générale n'étant pas d'aboutir à terme et potentiellement à un transfert total de la compétence au niveau européen mais de faire bénéficier ces compétences nationales (et qui devaient le rester) d'une plus-value, une valeur ajoutée, selon l'expression consacrée (V. ainsi la « véritable valeur ajoutée européenne » mentionnée par le rapport de la Commission sur la mise en œuvre de plusieurs programmes d'action dans le domaine de la santé, COM(1999)463), par l'effet d'un appui, d'une coordination ou d'un complément à ce niveau européen.

- **Consécration par le traité de Lisbonne** : L'article 2, paragraphe 5, TFUE confirme l'existence de cette catégorie de compétences n'ayant pas vocation à remplacer les compétences des États membres (ce sont des compétences qui ne sauraient « de par leur nature », être préemptées par l'Union, celle-ci n'étant jamais obligée de les exercer : V. les conclusions relatives à l'avis précité n° 1/19, Convention d'Istanbul, point 139), et s'exerçant de façon seconde sur la base préalable des politiques nationales. L'article 6 TFUE énumère les 7 domaines concernés : protection et amélioration de la santé humaine, industrie, culture, tourisme, protection civile, coopération administrative, et l'ensemble formé par l'éducation, formation professionnelle, jeunesse et sport.

Remarque

La distinction est spécialement délicate en matière de santé publique puisque si, de façon générale « la protection et l'amélioration de la santé humaine » relèvent, conformément à toute la « généalogie » de la compétence sanitaire communautaire depuis 1992, de ces compétences d'appui, les « enjeux communs de sécurité en matière de santé publique » marquent une compétence partagée, correspondant à la prise de mesures fixant des normes élevées de qualité et de sécurité des organes et substances d'origine humaine, du sang et des dérivés du sang, à la prise de mesures dans les domaines vétérinaire et phytosanitaire ayant directement pour objectif la protection de la santé publique, et à l'adoption de mesures fixant des normes élevées de qualité et de sécurité des médicaments et des dispositifs à usage médical (V. art. 168, § 4, TFUE).

2. Typologie

L'article 6 TFUE regroupe les compétences permettant de « *mener des actions pour appuyer, coordonner ou compléter l'action des États membres* ». Si la philosophie générale de ce groupe de compétences (globalement définies parfois comme des « compétences d'accompagnement » : V. les conclusions relatives à l'[avis n° 2/15, Accord de libre-échange avec Singapour](#), point 60) est largement commune, on peut tenter d'en distinguer plusieurs types, qui sont parfois combinés dans un même domaine sectoriel.

- **Aide à la coopération** : L'Union doit d'abord, dans les domaines concernés, « *encourager la coopération entre les États membres* ». C'est le cas en matière d'enseignement (art. 165, § 1, TFUE), de culture (art. 167, § 2, TFUE), de santé (art. 168, § 2, TFUE, le principe général étant ici doublé par une insistance particulière sur l'encouragement à la coopération entre les États membres visant à améliorer la complémentarité de leurs services de santé dans les régions frontalières), et de protection civile (art. 196, § 1, TFUE ; là encore, la formule générale est accompagnée d'une précision (art. 196, § 1, b, TFUE) quant à la promotion par l'Union d'une « *coopération opérationnelle rapide et efficace à l'intérieur de l'Union entre les services de protection civile nationaux* »). On peut assimiler à ces cas de figure le cas

du tourisme, dans lequel la compétence de l'Union consiste à « *favoriser la coopération entre États* » (art. 195, § 1, b). Dans ces cas de figure, on trouve une logique 27+1, l'Union n'étant pas insérée dans un réseau se limitant aux États membres qu'elle est simplement chargée d'animer.

- **Appui et complément** : Ici la logique serait plutôt du 1+1, l'action de l'Union se situant par rapport à celle de chaque État membre. Dans l'absolu, il existe une distinction entre l'appui et le complément, constituant souvent deux temps successifs d'un même mouvement, celui-ci pouvant pourtant se limiter à l'une des deux dimensions. L'attribution de compétence se fait souvent en citant les deux composantes (appuyer et compléter l'action des États membres) : c'est le cas pour l'enseignement (art. 165, § 1), la formation professionnelle (art. 166, § 1), la culture (art. 167, § 2), ou encore pour certains aspects de la protection civile, l'action de l'Union visant ici à « *soutenir et à compléter l'action des États membres aux niveaux national, régional et local portant sur la prévention des risques, sur la préparation des acteurs de la protection civile dans les États membres et sur l'intervention en cas de catastrophes naturelles ou d'origine humaine à l'intérieur de l'Union* ». Le traité distingue cependant parfois les deux dimensions, par exemple dans le domaine de l'industrie (art. 173, § 3) ou de la coopération administrative (art. 197, § 2) où seul l'appui est prévu, ou en matière de santé, où l'aspect « complémentaire » est souligné de façon générale (art. 168, § 1, al. 2) et vis-à-vis de la lutte contre les effets nocifs de la drogue (art. 168, § 1, al. 3), l'« appui » n'apparaissant que « si nécessaire » et par rapport à une intervention de base d'encouragement à la coopération (art. 168, § 2). Ailleurs, c'est l'ensemble de l'action d'appui et de complément qui n'est mis en œuvre que « si nécessaire », au vu, semble-t-il, là encore, de l'insuffisance de l'encouragement à la coopération (art. 165, § 1 pour l'enseignement, art. 167, § 2 pour la culture). Cette dimension « subsidiaire » devient parfois purement « facultative », comme pour la coopération administrative, pour laquelle le traité souligne lourdement qu'« *aucun État membres n'est tenu de recourir à cet appui* ».
- **Coordination** : Dans deux domaines, on retrouve un schéma 27+1, le "1" étant ici la Commission plutôt que l'Union, avec une coordination entre les politiques nationales « *en liaison avec la Commission* ». C'est le cas en matière de santé (art. 168, § 2), les États devant coordonner « entre eux, en liaison avec la Commission, leurs politiques et programmes dans les domaines visés au paragraphe 1 », et dans le domaine de l'industrie, la coordination apparaissant ici de façon plus restrictive : selon l'article 173, paragraphe 2, TFUE, « *les États membres se consultent mutuellement en liaison avec la Commission et, pour autant que de besoin, coordonnent leurs actions* ». Et le traité, dans les deux domaines, précise de la même manière ce qu'est alors le rôle de la Commission, où l'on reconnaît une logique de « nouvelle gouvernance », de *benchmarking* et de méthode ouverte de coordination ("MOC", V. S. de la Rosa, *La méthode ouverte de coordination dans le système juridique communautaire* : Bruxelles, Bruylant, 2007) : « *La Commission peut prendre toute initiative utile pour promouvoir cette coordination, notamment des initiatives en vue d'établir des orientations et des indicateurs, d'organiser l'échange des meilleures pratiques et de préparer les éléments nécessaires à la surveillance et à l'évaluation périodiques. Le Parlement européen est pleinement informé* » (art. 173, § 2 pour l'industrie, l'article 168, § 2 reproduisant la même formule pour la santé, à ceci près que les initiatives de la Commission doivent être prises « *en contact étroit avec les États membres* »).

3. Dimension seconde

Le positionnement « second » de ces compétences de l'Union, qui pourrait conduire d'ailleurs à ne pas voir en elles de véritables « compétences » de celle-ci, est clairement discernable à plusieurs titres.

- D'abord, dans l'attribution même de ces compétences, la détermination matérielle, à l'article 6 TFUE, n'identifie les sept domaines cités que « *dans leur finalité européenne* ».
- Ensuite la présentation des actions reposant sur ce type de compétences se fait parfois en prenant en compte indistinctement l'ensemble formé par « *l'Union et les États membres* ». C'est le cas de façon générale pour la compétence en matière d'industrie, l'article 173, paragraphe 1, prévoyant que « *L'Union et les États membres veillent à ce que les conditions nécessaires à la compétitivité de l'industrie de l'Union soient assurées* », et visant plus loin, globalement « leur » action. Plus largement, on retrouve cette association pour la dimension internationale de ces compétences, le traité prévoyant systématiquement que « *L'Union et les États membres favorisent la coopération avec les pays tiers et les organisations internationales compétentes* » en matière d'éducation et de sport (art. 165§ 3), de

formation professionnelle (art. 166, § 3), dans le domaine de la culture (art. 167§ 3), ou en matière de santé publique (art. 168, § 3).

- L'expression de réserves est ensuite générale : Quelques une de ces réserves apparaissent comme liées à la particularité de certains domaines plutôt qu'à une quelconque restriction de l'intervention de l'Union, et ne sont donc pas vraiment significatives. C'est le cas pour l'obligation de l'Union de tenir compte des spécificités du sport (art. 165, § 1, al. 2) ou à l'équilibre de sa contribution à l'épanouissement des cultures des États membres, qui doit se faire « *dans le respect de leur diversité nationale et régionale, tout en mettant en évidence l'héritage culturel commun* » (art. 167, § 1). En revanche, plus significatif est le rappel de la "responsabilité" des États membres pour certaines politiques particulièrement sensibles. L'Union doit ainsi respecter « *pleinement la responsabilité des États membres pour le contenu de l'enseignement et l'organisation du système éducatif ainsi que leur diversité culturelle et linguistique* » (art. 165, § 1), respecter également « *pleinement la responsabilité des États membres pour le contenu et l'organisation de la formation professionnelle* » (art. 166, § 1) ; quant à l'action de l'Union en matière de santé publique, elle « *est menée dans le respect des responsabilités des États membres en ce qui concerne la définition de leur politique de santé, ainsi que l'organisation et la fourniture de services de santé et de soins médicaux. Les responsabilités des États membres incluent la gestion de services de santé et de soins médicaux, ainsi que l'allocation des ressources qui leur sont affectées* » (art. 168, § 7). Pour autant, ces « responsabilités » s'exercent dans le respect du droit de l'Union, par exemple en matière de droit d'établissement que les États membres doivent respecter dans le domaine de l'éducation (CJUE, 7 sept. 2022, aff. [C-391/20](#), Boriss Cilevišs e.a., point 59)

4. Dispositif commun

Au-delà des différences entre ces sept secteurs de compétences, se dégage un dispositif très largement uniforme pour l'action même de l'Union, caractérisé par deux traits.

a) Procédure décisionnelle

Si les consultations du Comité des régions et du Comité économique et social sont exigées de façon variable selon les domaines, le point commun est que dans tous les cas, le Parlement européen et le Conseil peuvent statuer conformément à la procédure législative ordinaire, pour l'éducation et le sport (art. 165, § 4), la formation professionnelle (art. 166, § 4), la culture (art. 167, § 5), la santé (art. 168, § 5), l'industrie (art. 173, § 3), le tourisme (art. 195, § 2), la protection civile (art. 196, § 2) et la coopération administrative (art. 197, § 2). Si la nature des actes législatifs est parfois indéterminée (« mesures » pour la formation professionnelle, « mesures spécifiques » pour l'industrie, « mesures particulières » pour le tourisme, « mesures nécessaires » en matière de protection civile), dans trois secteurs il est indiqué que sont adoptées selon la procédure législative ordinaire des « actions d'encouragement » (art. 165, § 4, pour l'éducation et le sport ; art. 167, § 5, pour la culture) ou « mesures d'encouragement » (art. 168, § 5, pour la santé). La compétence en matière de coopération administrative est la seule à préciser qu'il s'agira de règlements (art. 197, § 2). Le temps n'est plus, on le voit, à considérer que ce type de compétence, par nature, exclurait tout acte juridiquement contraignant de la part de l'Union, notamment lorsque l'objectif ne consiste qu'à « promouvoir » la coordination entre les États membres, ce qu'avait déjà infirmé la Cour (CJCE, 9 juill. 1987, aff. jtes [281/85](#), [283/85](#), [284/85](#), [285/85](#) et [287/85](#), Allemagne, France, Pays-Bas, Danemark et Royaume-Uni c/ Comm.). Le traité (art. 2, § 5, al. 2, TFUE) supprime définitivement toute ambiguïté en évoquant les « actes juridiquement contraignants de l'Union adoptés sur la base des dispositions des traités relatives » aux domaines de compétences d'appui, de coordination ou de complément. Par ailleurs, en plus de cette action législative, le Conseil, sur proposition de la Commission, peut adopter des recommandations dans le domaine de l'éducation et du sport (art. 165, § 4), de la formation professionnelle (art. 166, § 4), de la culture (art. 167, § 5) et de la santé (art. 168, § 6).

b) Réserve systématique

Quelle que soit la forme que prend l'action législative de l'Union, le traité FUE précise dans toutes les hypothèses qu'elle se fait « *à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires* »

des États membres » (art. 165, § 4, pour l'éducation et le sport ; art. 166, § 4, pour la formation professionnelle ; art. 167, § 5, pour la culture ; art. 168, § 5, en matière de santé ; art. 173, § 3, pour l'industrie ; art. 195, § 2, quant au tourisme ; art. 196, § 2, pour la protection civile ; et art. 197, § 2, en matière de coopération administrative). Pour systématique qu'elle soit, et même si elle est annoncée dès la présentation liminaire des compétences d'appui (art. 2, § 5, al. 2, TFUE), cette réserve est plus significative de la logique générale de ce type de compétence que d'une réelle impossibilité d'harmonisation dans les secteurs considérés. D'une part, nombre des dispositions régissant telle ou telle de ces compétences renvoient expressément à d'autres bases juridiques pour poursuivre les objectifs en question ; c'est le cas pour la protection de la santé (« *un niveau élevé de protection de la santé humaine est assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de l'Union* », art. 168, § 1), en matière de culture (« *L'Union tient compte des aspects culturels dans son action au titre d'autres dispositions des traités* », art. 167, § 4), et pour l'industrie (« *L'Union contribue à la réalisation des objectifs visés au paragraphe 1 au travers des politiques et actions qu'elle mène au titre d'autres dispositions des traités* », art. 173, § 3).

En second lieu, si l'harmonisation est exclue sur le fondement juridique particulier de l'une de ces bases juridiques d'appui ou de complément, la base générale d'harmonisation (art. 114 TFUE) permettra une telle harmonisation dès lors que les mesures en cause ont « *pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur* », y compris dans les domaines relevant d'une compétence d'appui.