



REPARTITION DES COMPETENCES ET POUVOIRS DE REGULATION ENTRE L'UNION EUROPEENNE ET LES ETATS MEMBRES

Marie Gautier,

Agrégée de droit public

Maître des requêtes au Conseil d'Etat

Olivier Fuchs,

Docteur en droit public

Juge à la cour administrative d'appel de Nancy

Rapport français n° 3

Congrès 2016 de la Fédération internationale de droit européen

SOMMAIRE

Questionnaire	2
I. PRINCIPES DE REPARTITION DES COMPETENCES ENTRE L'UNION EUROPEENNE ET SES ETATS MEMBRES.....	5
1.1. Principe d'attribution et champ d'application du droit de l'Union	5
1.2. Principes applicables à la répartition et à l'exercice des compétences	9
1.3. Compétences implicites.....	13
2. REPARTITION ACTUELLE DES COMPETENCES ENTRE L'UNION ET LES ETATS MEMBRES .	15
2.1 La notion de base juridique	16
2.2 Les demandes de changement dans l'équilibre des compétences	18
2.3 Bilan de l'équilibre des compétences.....	19
3. REPARTITION DES COMPETENCES ET FEDERALISME D'EXECUTION	20
3.1 La conceptualisation du fédéralisme d'exécution	20
3.2 Les problèmes juridiques de la pratique du fédéralisme d'exécution	24
3.3 La gestion conjointe des fonds de l'Union et notamment des fonds structurels	27

Répartition des compétences et pouvoirs de régulation entre l'Union européenne et les Etats membres

Questionnaire¹

*Rapporteur général: Jacques Ziller,
professeur de droit de l'Union européenne à l'Université de Pavie (Italie)*

1. La répartition des compétences entre l'Union européenne et ses Etats membres

1.1.Principe d'attribution et champ d'application du droit de l'Union

1.1.1.La perception du principe d'attribution

- I-1.** *La formulation du principe d'attribution à l'article 5 par. 2 TUE correspond-elle à la formulation classique du principe en droit international public dans votre langue ?*
- I-2.** *La formulation du principe d'attribution introduite à l'article 5 par. 1 TUE par le traité de Lisbonne a-t-elle fait l'objet de commentaires dans votre pays ?*
- I-3.** *La jurisprudence a-t-elle développé une doctrine de l'ultra vires à propos de l'exercice des compétences de l'Union ?*
- I-4.** *Y a-t-il dans littérature juridique et dans les déclarations des politiques de votre pays des critiques à l'égard de l'Union concernant une violation de la répartition des compétences ?*

1.1.2. La distinction entre domaines de compétences de l'Union et champ d'application du droit de l'Union

- I-5.** *La distinction entre domaines de compétences de l'Union et champ d'application du droit de l'Union est-elle comprise et expliquée dans la littérature scientifique et dans la pratique dans votre pays ?*

1.2.Principes applicables à la répartition et à l'exercice des compétences

1.2.1.La perception et l'application du principe de subsidiarité

- I-6.** *Le principe de subsidiarité est-il évoqué dans votre pays comme principe à appliquer à la répartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres, par la doctrine juridique, par les politiques ou par la jurisprudence ?*
- I-7.** *La répartition des compétences fait-elle l'objet dans votre pays d'avis motivés dans le cadre de la procédure de contrôle du principe de subsidiarité ?*

1.2.2.Compétences exclusives et préemption

- I-8.** *La doctrine spécialisée de votre pays a-t-elle modifié ses analyses relatives aux compétences exclusives et à la préemption après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne ?*

¹ Une version brève du questionnaire a été insérée ici. Le questionnaire complet, avec les explications détaillées relatives à chaque question, peut être consulté sur www.fide2016.eu.

I-9. *La pratique en matière de compétences exclusives et de préemption après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne*

I-10. *Les réactions à la jurisprudence Pringle*

1.3. Compétences implicites

I-11. *L'entrée en vigueur du traité de Lisbonne a-t-elle changé la perception de la doctrine des compétences implicites dans votre pays ?*

I-12. *Quelle est la position de la doctrine de votre pays à l'égard de l'article 3 par. 2 TFUE ?*

I-13. *La clause de flexibilité de l'article 352 TFUE est-elle considérée comme une expression de la doctrine des compétences implicites ?*

2. La répartition actuelle des compétences entre l'Union et les Etats membres

II-1. *Comment la notion de base juridique du droit de l'Union est-elle comprise et présentée dans votre pays ?*

II-2. *Quelle est la pratique institutionnelle de votre pays relativement aux bases juridiques des actes de l'Union ?*

2.1. Les demandes de changements dans l'équilibre des compétences

II-3. *Quels sont les thèmes et qui sont les auteurs de demandes visant à une modification des compétences de l'Union européenne ?*

2.2. Bilan de l'équilibre des compétences

II-4. *Y a-t-il eu récemment dans votre pays un examen de l'équilibre des compétences dans l'Union ?*

II-5. *Quelle est la réaction politique et doctrinale à de tels examens de l'équilibre des compétences de l'Union ?*

3. Répartition des compétences et fédéralisme d'exécution

3.1. La conceptualisation du fédéralisme d'exécution de l'Union européenne

III-1. *Comment est perçue et présentée la différence entre compétences législatives et compétences d'exécution de l'Union dans votre pays ?*

III-2. *Comment est perçue et présentée la doctrine de l'autonomie procédurale des Etats membres ?*

3.2. Les problèmes juridiques de la pratique du fédéralisme d'exécution

III-3. *Y a-t-il dans votre pays une structure organisationnelle et/ou des procédures spécifiques pour aider les administrations à résoudre les problèmes juridiques inhérents à l'exécution indirecte ou partagée du droit de l'Union ?*

III-1. *Y a-t-il dans votre pays des problèmes juridiques spécifiques dans l'exécution indirecte ou partagée du droit de l'Union ?*

III-4. *Quelle est l'attitude dans votre pays relativement à l'établissement au niveau de l'Union des principes et règles de procédure administrative devant s'appliquer à l'exécution des politiques de l'Union ?*

3.3. La gestion conjointe des fonds de l'Union et notamment des fonds structurels

III-5. *Comment fonctionne dans votre pays la répartition des compétences de planification et d'exécution des opérations financées par les fonds de l'Union, en particulier les fonds structurels ?*

III-6. *Y a-t-il dans votre pays de la jurisprudence spécifique relative à la gestion des fonds de l'Union, en particulier les fonds structurels ?*

III-7. *Comment fonctionne la coopération entre la Cour des Comptes de l'Union européenne et les organismes correspondants dans votre pays ?*

III-8. *Présentez, si vous le souhaitez, d'autres exemples pertinents de gestion partagée qui révèlent des problèmes de répartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres.*

I. LES PRINCIPES DE REPARTITION DES COMPETENCES ENTRE L'UNION EUROPEENNE ET SES ETATS MEMBRES

1.1. Principe d'attribution et champ d'application du droit de l'Union

1.1.1. La perception du principe d'attribution

I.1 – Formulation du principe d'attribution et droit international public

Le vocable de « principe d'attribution » semble réservé au droit de l'Union européenne. A titre d'exemple, les encyclopédies de droit international publiées par Dalloz et Lexis Nexis ne font mention d'un tel principe que lorsque les points traités sont relatifs à l'ordre juridique de l'Union européenne. Il est commun de présenter le principe d'attribution comme une version communautaire du principe de spécialité des organisations internationales, voire de certains systèmes étatiques de type fédéral². La formulation auparavant retenue dans les traités laissait encore davantage entrevoir cette filiation avec le droit international (« la Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent Traité »). On notera toutefois que la doctrine de droit international distingue parfois le vocabulaire de « compétences attributives », pour souligner que l'organisation internationale, à l'opposé de l'Etat, est un « sujet dérivé », et réserve le terme de « principe de spécialité » à une analyse fonctionnelle de l'organisation internationale³.

La doctrine, au-delà de l'expression de « principe d'attribution », tend à favoriser l'emploi de l'expression de « principe des compétences d'attribution »⁴, jugée préférable à celle de « principe d'attribution des compétences » auquel ont parfois pu recourir les juridictions de l'Union⁵. C'est cette dernière expression de « principe d'attribution des compétences » qui avait pourtant été retenue par les représentants des Etats membres lors du Conseil européen d'Edimbourg en décembre 1992⁶.

Le choix de la formule « principe d'attribution » en droit primaire apparaît ainsi comme une simple consécration d'une terminologie déjà largement utilisée par la doctrine, et ce depuis la signature du traité de Rome, mais également, de manière plus sporadique toutefois, par les juges de l'Union (voir par exemple les conclusions de D. Ruiz-Jarabo Colomer sur CJCE, 26 septembre 2000, *Kofisa Italia*, C-1/99 ou de J. Mischo sur CJCE, 28 janvier 2003, *Flughafen Hannover-Langenhagen*, C-363/01). L'expression retenue lors du projet de traité constitutionnel puis du traité de Lisbonne ne peut donc surprendre.

² H. Bribosia, « La répartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres », in M. Dony, E. Bribosia, *Commentaire de la Constitution de l'Union européenne*, Editions de l'ULB, 2005, p. 52.

³ J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, Montchrestien, 10^e éd., 2012, p. 722 et s.

⁴ Par exemple D. Simon, *Le système juridique communautaire*, PUF, 2001, 3^e éd., spéc. § 86 ; V. Michel, *Recherches sur les compétences de la communauté*, L'Harmattan, 2003, sp. P. 47 et s ; G. Isaac, M. Blanquet, *Droit de l'Union européenne*, Sirey, p. 44.

⁵ Voir le commentaire de D. Simon sur TPICE, 17 septembre 2007, *France c/ Commission*, T-240/04, in *Europe*, novembre 2007, comm. 283.

⁶ Reproduit in *Code de l'Union européenne*, Bruylant, 1996, p. 508.

I.2 – Commentaires nationaux sur la formulation du principe d’attribution

L’affirmation expresse du principe d’attribution dans les traités n’est pas perçue comme une nouveauté mais comme la réaffirmation d’un principe considéré comme immanent à la construction européenne depuis son origine – ce que P. Pescatore nommait une « absurdité congénitale du traité »⁷. La doctrine est en effet quasi-unanime⁸ pour considérer que « la constitution, puis le traité de Lisbonne, ne sont pas revenus sur les choix effectués par les traités antérieurs »⁹ et que « ce qui était communément admis (...) est désormais expressément affirmé »¹⁰.

La plupart des **auteurs** ont relevé, néanmoins, que la formalisation du principe aux 1 et 2 de l’article 5 du traité sur l’Union européenne n’était pas neutre. Elle révélerait notamment la volonté des Etats de prévenir des élargissements furtifs des compétences¹¹, par l’emploi de la négative « ne... que ». L’article 5 en son entier donnerait « une image restrictive des compétences de l’Union »¹² et serait le « signe de la méfiance des Etats membres » à l’égard de l’Union¹³. Cette appréciation est largement partagée dans le **champ politique** : le sénateur Hubert Haenel, par exemple, dans son rapport d’information au nom de la délégation pour l’Union européenne sur le traité de Lisbonne souligne que « par rapport au traité constitutionnel, le traité de Lisbonne souligne davantage, soit par une nouvelle rédaction, soit par des déclarations interprétatives, que les compétences de l’Union doivent être interprétées strictement, et que l’évolution du partage des compétences n’est pas à sens unique, mais peut se traduire par la restitution de compétences aux États membres »¹⁴. Cette vision restrictive était toutefois déjà présente dans le projet de traité constitutionnel : ainsi, l’incise alors retenue selon laquelle la primauté du droit de l’Union s’établit « dans l’exercice des compétences qui sont attribuées à celles-ci » a été critiquée comme légitimant le contrôle *ultra vires* des compétences de l’Union exercé par certaines juridictions nationales¹⁵.

On ne trouve pas de référence au principe d’attribution en tant que tel dans la **jurisprudence** du Conseil d’Etat, ni dans celle de la Cour de cassation. Il en va de même dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, y compris lorsque cette juridiction suprême, saisie sur le fondement de l’article 54 de la Constitution¹⁶, s’est prononcée sur la conformité à la Constitution française des traités européens¹⁷.

⁷ *La Communauté et ses États membres*, Martinus Nijhoff, 1973, p. 90.

⁸ Pour une présentation plus nuancée, voir J. Roux, *Droit général de l’Union européenne*, Lexis Nexis, 2012, p. 112.

⁹ J.-P. Jacqué, « Le traité de Lisbonne », *RTD eur.*, 2008, p. 439.

¹⁰ F. Picod, « Traité de Lisbonne », *J-Cl. Droit International*, fasc. 161-20, § 33.

¹¹ V. Constantinesco, V. Michel, « Compétences de l’Union européenne », *Répertoire Droit européen*, Dalloz, § 59.

¹² C. Blumann, « Traité modificatif : peut-être la sortie du tunnel », *JCP G*, 2008, I, 209.

¹³ I. Barrière-Brousse, « Le traité de Lisbonne et le droit international privé », *Journal de droit international (Clunet)*, janvier 2010, doct. 1.

¹⁴ Rapport du 8 novembre 2007, n° 76. Voir également Jean François-Poncet, Rapport au nom de la commission des affaires étrangères du Sénat sur le traité de Lisbonne, 30 janvier 2008, n° 188.

¹⁵ P. Cassia, « L’article I-6 du traité établissant une Constitution pour l’Europe et la hiérarchie des normes », *JCP A*, 2004, 1764.

¹⁶ « Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le président de l’une ou l’autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu’un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l’autorisation de ratifier ou d’approuver l’engagement international en cause ne peut intervenir qu’après la révision de la Constitution ».

¹⁷ Voir en particulier les décisions n° 92-308 DC du 9 avril 1992, 97-394 DC du 31 décembre 1997 et 2007-560 DC du 20 décembre 2007.

I.3 – Doctrine de l'*ultra vires*

La jurisprudence interne n'a pas développé de doctrine de l'*ultra vires* en tant que contrôle d'un acte d'une institution de l'Union au regard du principe d'attribution des compétences. Il n'est pas impossible que les conditions de saisine des juridictions nationales expliquent au moins pour partie cet état de fait. Tel est notamment le cas de la juridiction constitutionnelle qui n'exerce qu'un contrôle *a priori* du droit de l'Union en devenir (ie un contrôle de la conformité à la Constitution des traités communautaires non encore ratifiés) dès lors qu'elle se refuse à examiner la conformité des lois nationales au droit de l'Union tant dans le cadre du contrôle *a priori* des lois¹⁸, que dans le cadre de la QPC¹⁹. En dehors de l'hypothèse très particulière exposée ci-après du contrôle des lois de transposition des directives qui en reprennent les termes ou des lois mettant en œuvre l'article 88-3 de la Constitution, le Conseil constitutionnel ne connaît pas des normes de droit dérivé. S'agissant de l'examen de la compatibilité avec la Constitution des traités en devenir, la jurisprudence du Conseil constitutionnel est depuis l'origine très fortement axée sur la question de la compatibilité des transferts de compétences vers la Communauté et/ou l'Union avec ce qu'il appelle « les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale »²⁰. Les incompatibilités relevées dans ce contrôle abstrait et *a priori* des transferts de compétence vers l'Union (en matière de droit de vote et d'éligibilité des européens aujourd'hui) ont conduit à l'introduction de modifications dans la Constitution destinées à les autoriser et à permettre l'édiction, par l'Union, d'actes de droit dérivé dans ces domaines.

Quant aux juridictions ordinaires, si elles ont à connaître du rapport loi/actes de droit dérivé, elles ne doivent en principe pas examiner le rapport loi/Constitution en vertu de la conception française de la séparation des pouvoirs et de l'écran législatif qui en découle²¹. Dans ces conditions, les juridictions françaises n'ont que rarement à confronter acte de droit dérivé de l'Union et Constitution. Or c'est évidemment dans ce rapport que pourrait se nouer une problématique plus générale de l'*ultra vires*.

On peut toutefois mentionner l'existence d'un contrôle non de l'*ultra vires*, mais d'un contrôle défensif de sauvegarde de principes fondamentaux de l'ordre juridique interne, proche du modèle allemand « Solange ». Le juge constitutionnel se réserve en effet la possibilité de contrôler que l'exigence constitutionnelle de transposition des directives est respectée, sur le fondement de l'article 88-1 de la Constitution aux termes duquel : « La République participe à l'Union européenne constituée d'Etats qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 ». Un tel contrôle rencontre deux limites. D'une part, dans la mesure où la loi de transposition ne fait que reprendre des dispositions inconditionnelles et précises, c'est-à-dire d'effet direct, de la directive, le Conseil ne s'estime pas compétent pour contrôler la conformité de cette loi de transposition aux droits et libertés, contrôle qui incombe normalement à la seule Cour de justice de l'Union européenne. Dans le cas où la directive serait contraire à une règle ou à un principe « inhérent à l'identité constitutionnelle

¹⁸ Cons. const., 15 janv. 1975, *IVG*, déc. n°74-54 DC : Rec. Cons. const. p.19

¹⁹ Cons. const., 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence des jeux d'argent* et 3 février 2012, décision n°2011-217 QPC, *M. Mohammed Alki B.*

²⁰ Sur ce sujet très classique et conceptuellement peu renouvelé par les décisions les plus récentes, voir par exemple le commentaire de la décision du 19 novembre 2004 n°2004-505 DC sur le TECE in *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, n°31.

²¹ CE, 6 novembre 1936, *Arrighi et Dame Coudert*, D., 1938, 3, p.1, concl. R. Latournerie; R.D.P., 1936, p.670, concl.; S., 1937, 3, p.33, concl.

de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti »²², la loi de transposition pourrait toutefois être déclarée inconstitutionnelle. D'autre part, le juge constitutionnel, dans la mesure où il statue dans des délais contraints, avant la promulgation de la loi²³, estime dans ce cas ne pouvoir renvoyer de question préjudicielle à la Cour de justice et exerce un contrôle restreint dit de l'erreur manifeste d'appréciation.

I.4 – Critiques relatives à la violation de la répartition des compétences

Le sujet de la violation de la répartition des compétences est certes d'une grande importance, mais il est également d'une complexité certaine. C'est sans doute l'une des raisons pour lesquelles en dehors de prises de positions générales sur les compétences de l'Union et leur caractère trop ou trop peu étendu, peu de **déclarations politiques** sont clairement argumentées et articulées autour de la question de la méconnaissance de la répartition des compétences. La récente crise migratoire a ainsi donné à voir des dissensions importantes au sein de la classe politique française sur ce que sont ou devraient être les compétences de l'Union en cette matière, mais le discours demeure très général et peu argumenté juridiquement. La scène politique française est loin, sur ce point, de l'intérêt porté à ces questions en Allemagne par exemple.

La **doctrine**, pour sa part, émet des critiques sur le mécanisme de répartition des compétences. Est pointé, de manière générale, le fait que malgré l'inscription du principe d'attribution, les compétences sont déduites de la lecture des termes des traités, conduisant à une faible lisibilité de celles-ci ainsi qu'à des imprécisions et des interrogations, notamment en matière de politique étrangère et de sécurité commune²⁴. L'enchevêtrement des compétences étatiques et de l'Union dans la plupart des matières, conduit aussi à multiplier les problèmes de frontière, et peut poser question : « le caractère irrationnel ou gênant de certaines lignes de partage découlant des réticences des Etats signataires à abandonner leurs pouvoirs dans des domaines jugés vitaux de l'activité économique et sociale »²⁵. On trouve en revanche peu de critiques directes concernant une violation de la répartition des compétences.

1.1.2. La distinction entre domaines de compétences de l'Union et champ d'application du droit de l'Union

I.5 – Distinction domaines de compétences et champ d'application du droit de l'Union

La **doctrine** spécialisée a souligné et expliqué clairement la distinction entre domaines de compétences de l'Union et champ d'application du droit de l'Union. Sans surprise, il semble que cette distinction soit plus particulièrement abordée lorsque sont traitées deux thématiques²⁶ : celle des principes généraux du droit de l'Union²⁷, d'une part, et celle du

²² En particulier, décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006 et décision n° 2011/631 DC du 9 juin 2011.

²³ Il peut, autrement, s'enhardir parfois – voir notamment décision n° 2013-314 P QPC du 4 avril 2013. En revanche, le respect de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives ne relève pas des « droits et libertés que la Constitution garantit » et ne peut être invoqué dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité (décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010).

²⁴ Par exemple I. Bosse-Platière, *L'article 3 du traité UE : recherche sur une exigence de cohérence de l'action extérieure de l'Union européenne*, Bruylant, 2009, p.226 ; V. Michel, « Les compétences : les mots et les choses », *Europe*, juillet 2008, dossier 6.

²⁵ G. Isaac, M. Blanquet, *op. cit.*, p. 50.

²⁶ Voir toutefois, par exemple, les développements consacrés à cette notion dans le cadre de l'arrêt Pringle par le professeur Martucci, « La Cour de justice face à la politique économique et monétaire : du droit avant toute

champ d'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, d'autre part, et ce dès le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe²⁸. A la suite des arrêts *Åkerberg Fransson* et *Melloni*, la question du champ d'application du droit de l'Union a connu un printemps doctrinal, les analyses s'étant alors multipliées et affinées²⁹. La Revue trimestrielle de droit européen dispose d'ailleurs d'une rubrique spécialisée intitulée « Champ d'application de la Charte ».

En revanche, il n'apparaît pas que ce point soit présenté de manière didactique dans l'exposition générale du système de compétences de l'Union. Dès lors, il en résulte que ces distinctions, si elles sont clairement expliquées, ressortent moins nettement de la lecture des manuels de droit de l'Union européenne.

Dans la **pratique**, les juridictions sont fréquemment conduites à apprécier si une disposition relève ou non du champ d'application du droit de l'Union, en particulier pour apprécier l'opérance ou non d'un moyen tiré soit de la méconnaissance d'un principe général du droit de l'Union européenne, soit de la charte³⁰. Pour l'essentiel, les enjeux du débat sont si ce n'est inexistant, concrètement limités dès lors que, pour l'essentiel, les principes généraux du droit ayant vocation à s'appliquer à l'intérieur de l'ordre juridique français y sont déjà consacrés sous d'autres formes. Toutefois, le débat a été sur ce point assez vif lorsqu'il a été question du principe de confiance légitime qui n'existait pas dans l'ordre juridique interne³¹ et qui, dans un premier temps, a été limité au seul champ d'application du droit de l'Union³². Mais le débat a désormais, compte tenu de la consécration en droit interne d'un principe de sécurité juridique largement entendu³³, perdu de son acuité.

Voir également sur ce point les développements sur le droit d'être entendu au point III.4 ci-dessous.

1.2. Principes applicables à la répartition et à l'exercice des compétences

1.2.1. La perception et l'application du principe de subsidiarité

I.6 – Principe de subsidiarité

Le principe de subsidiarité est présenté par la **doctrine** comme régulant le système communautaire non d'attribution des compétences, mais d'exercice des compétences non

chose, du droit pour seule chose. Commentaire de l'arrêt CJUE, 27 novembre 2012, Pringle », *RTD Eur.*, 2013, p. 239.

²⁷ Par exemple J. Molinier, « Principes généraux », *Répertoire Droit européen*, Dalloz, §31 et s.

²⁸ Voir par exemple F. Picod, « Commentaire de l'article II-111 », in L. Bugorgue-Larsen, A. Levade et F. Picod, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Bruylant, 2005.

²⁹ Par exemple D. Ritleng, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union », *RTD eur.*, 2013, p. 267 ; F. Benoit-Rohmer, « Champ d'application de la Charte », *RTD eur.*, 2015, p. 161.

³⁰ Pour un exemple de décision dans laquelle les deux moyens sont déclarés inopérants dans la mesure où la mesure contestée n'est pas régie par le droit de l'Union, voir CE, 4 juillet 2012, *Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des amblyopes*, n° 341533, A.

³¹ Voir J-M. Woehrling, « La France peut-elle se passer du principe de confiance légitime ? », in Mélanges Jean Valine, Dalloz, 2002, p.749 et S.Calmes, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Dalloz, 2001.

³² CE, 9 mai 2001, *Entreprise personnelle de transports Freymuth*, n°210944, aux Tables.

³³ CE, 24 mars 2006, *Société KPMG*, n°288460 288465 288474 288485, publié au recueil.

exclusives de l'Union. De manière marginale, il est parfois analysé comme un principe à cheval entre la répartition des compétences et l'exercice de celles-ci³⁴.

Dans le **champ politique**, le principe de subsidiarité est sans doute plus souvent entendu comme un principe de répartition des compétences. Il en allait même ainsi dans la déclaration n° 23 sur l'avenir de l'Union annexée au traité de Nice. Dans les avis rendus par l'Assemblée nationale et le Sénat (cf question suivante) en ce qui concerne l'application du principe de subsidiarité, une telle confusion peut également se faire jour. Si l'on se tourne vers les rapports parlementaires sur la question, on constate que la délégation pour l'Union européenne y a consacré en 1996 un rapport³⁵ qui ne laisse aucune ambiguïté sur le fait que le principe de subsidiarité est analysé comme un principe de répartition des compétences. En revanche, en 2004, le rapport présenté par MM. Lambert et Quentin pour la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne sur l'application de ce principe³⁶ insiste sur le fait qu'il ne gouverne que l'exercice des compétences et non la répartition de celles-ci.

I.7 – Avis motivés relatifs au principe de subsidiarité

L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté un total de 22 avis motivés sur la conformité au principe de subsidiarité en application de l'article 88-6 de la Constitution.

	Assemblée nationale	Sénat	Total
2011	2	1	3
2012	0	11	11
2013	1	4	5
2014	1	2	3
2015	0	0	22

5 textes sont en outre en cours d'examen à l'heure actuelle devant le Sénat.

La plupart de ces avis sont peu motivés ; ils sont pour certains laconiques. Aucun ne traite de la question de la base juridique ni des compétences de l'Union. On ne relève en outre pas, dans les rapports préparatoires ou dans les débats précédant l'adoption de ces avis, de discussions relatives à la question de la base juridique. Certains avis peuvent emporter une appréciation du texte au regard du principe de proportionnalité. C'est le cas, par exemple, de l'avis rendu par le Sénat le 28 octobre 2013 sur la conformité au principe de subsidiarité de la proposition de règlement portant création du parquet européen, qui se prononce explicitement sur la question de savoir si l'intensité de l'action entreprise n'est pas excessive au regard de l'objectif poursuivi. On peut également relever que plusieurs de ces avis critiquent le recours excessif à la procédure prévue par l'article 290 TFUE permettant à la Commission d'adopter des actes législatifs de portée générale qui complètent ou modifient certains éléments non essentiels de l'acte législatif.

1.2.2. Compétences exclusives et préemption

I.8 – Compétences exclusives et préemption pré – et post – Lisbonne

³⁴ J. Rideau, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LDGJ, 6^e éd., p. 667 ; C. Bories, « Les principes constitutionnels et administratifs de l'Union européenne », in *Union européenne et droit international. Mélanges en l'honneur de P. Daillier*, Pédone, 2012, p. 171.

³⁵ C. de la Malène, *L'application du principe de subsidiarité*, rapport n°46, 1996-1997.

³⁶ Rapport n° 1919, déposé le 16 novembre 2004.

La doctrine de la préemption antérieurement à la convention européenne et au traité de Lisbonne fait l'objet d'une présentation détaillée dans la thèse du professeur Valérie Michel³⁷. Cette doctrine est présentée comme une composante nécessaire à la définition de certaines politiques communes, notamment celles où l'objectif poursuivi est la substitution du droit de l'Union au droit national, en particulier la politique commerciale et la politique agricole commune.

Trois phases de la substitution sont traditionnellement retenues dans le système pré-Lisbonne³⁸ : une phase initiale dans laquelle la compétence n'est pas exercée par l'Union et où les Etats peuvent prendre les mesures appropriées ; une phase intermédiaire dans laquelle la compétence n'a pas été intégralement exercée par l'Union, qui n'aboutit pas à un dessaisissement complet des Etats – cas de la PAC – ; enfin une « phase ultime » dans laquelle la compétence étant exercée en totalité, les Etats membres ne peuvent plus ni légiférer, ni s'engager conventionnellement avec un pays tiers – c'est le cas, notamment, du tarif extérieur commun.

L'adoption du traité de Lisbonne a apporté des correctifs à ces présentations. Le protocole n° 25 traduit selon le professeur Blanquet une « approche restrictive », tandis que les professeurs Constantinesco et Michel soulignent que si l'objectif poursuivi « est de cantonner dans de strictes limites le dessaisissement des États, il n'est pas certain que la méthode soit opératoire ». En effet, ces auteurs analysent le protocole comme ne modifiant en rien l'élément essentiel de la jurisprudence de la Cour relative à la préemption, à savoir que le critère fondamental de la complétude de la réglementation européenne demeure primordial, ce dont la Cour est seule juge. En revanche, les auteurs n'excluent pas que l'autre courant de la jurisprudence de la Cour sur la préemption, qui fonde l'incompétence des Etats sur la volonté du législateur, soit abandonné. Le professeur Blanquet souligne également la régression que constitue le traité de Lisbonne, le partage des compétences n'étant plus conçu comme évoluant inéluctablement vers une forme d'exclusivité des compétences de l'Union.

I.9 – Transposition des directives

S'agissant de la **transposition des directives**, il n'existe pas de pratique standard ou de pratique dominante. Elle suppose que soit respectée la définition des domaines respectifs de la loi et du règlement telle qu'elle découle des articles 34 et 37 de la Constitution française. Si la transposition passe exclusivement par des actes règlementaires, l'usage de textes spécifiques est relativement aisé. En revanche, l'embouteillage du calendrier parlementaire et la difficulté subséquente à faire adopter rapidement un texte de loi, rend plus malaisé l'existence d'un texte de loi exclusivement consacré à la transposition d'une directive. Le recours à des ordonnances de l'article 38 pour transposer, un temps privilégié en raison de la rapidité du processus, est désormais plus rare en raison d'un mécontentement du Parlement devant une pratique qui lui semble contestable sur un plan démocratique. Ont fait en revanche leur apparition dans le paysage législatif français les DDADUE - lois portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne. Depuis 2012, sept DDADUE ont été adoptées et ont permis la transposition de 32 directives et de 6 décisions cadres, chaque véhicule étant adopté en moyenne en moins de six mois par le Parlement. Les DDADUE sont régulièrement pratiquées dans les domaines économique et financier, de l'environnement et de la

³⁷ *Op. cit.*, sp. p. 405 et s.

³⁸ M. Blanquet, « Compétences de l'Union. Architecture générale. Délimitation », *J-Cl. Europe*, fasc. 170, § 73 et s.

coopération judiciaire en matière pénale. Actuellement, deux textes sont en cours d'examen au Parlement, la loi DDADUE risques, relative aux plates-formes pétrolières et aux OGM, et la loi relative à la réutilisation des informations publiques qui transpose la directive 2013/37. La formule, qui permet de transposer avec un seul véhicule législatif plusieurs directives, tout en maintenant un examen complet par le Parlement, est vue comme un compromis satisfaisant.

Mais l'existence des DDADUE n'empêche pas, parfois, l'existence de lois spécifiques consacrées à la transposition d'une seule directive. On peut à cet égard citer la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales ou la loi n° 2013-1159 du 16 décembre 2013 transposant la directive 2013/1/UE du Conseil, du 20 décembre 2012, modifiant la directive 93/109/CE en ce qui concerne certaines modalités de l'exercice du droit d'éligibilité aux élections au Parlement européen pour les citoyens de l'Union résidant dans un Etat membre dont ils ne sont pas ressortissants.

De même, la transposition d'une directive peut avoir lieu dans le cadre d'une réforme plus globale d'un secteur et être insérée dans un texte ayant un objet plus vaste. On parle alors parfois, improprement, de « surtransposition ».

I.10 – Jurisprudence Pringle

Il faut constater que l'arrêt *Pringle*, s'il est mentionné dans de nombreuses chroniques ou articles relatifs à la gouvernance économique européenne, n'a fait l'objet que d'un nombre limité de commentaires d'arrêts doctrinaux – trois principalement, sous la plume des professeurs Jacqué³⁹, Martucci⁴⁰ et Simon⁴¹. Il est difficile de tirer d'une matière si peu abondante des enseignements sur ce que penserait la doctrine en son ensemble et on se contentera donc ici de renvoyer à ces trois commentaires, en particulier celui du professeur Martucci. Les critiques sur le raisonnement suivi par la Cour ne sont pas unanimement négatives ou positives dans ces commentaires. Quant à savoir ce qui relève de la politique économique et de la politique monétaire, il a pu être souligné que le raisonnement de la Cour porte le flanc à quelques critiques, en particulier en raison du floutage progressif de cette distinction⁴². Les réactions de l'administration française à cette jurisprudence ont été plutôt positives⁴³.

³⁹ J.-P. Jacqué, « Droit institutionnel de l'Union européenne », *RTD Eur.*, 2013, p.609.

⁴⁰ F. Martucci, *op. cit.*, 2013, p. 239.

⁴¹ D. Simon, « Mécanisme européen de stabilité », *Europe*, janvier 2013, comm. 8.

⁴² S. Dahan, O. Fuchs, M.-L. Layus, « Whatever it takes ? A propos de la decision OMT de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », *AJDA*, 2014, p. 311.

⁴³ G. Sajust de Bergues, « L'UEM devant la Cour de justice de l'Union européenne : la position française dans l'affaire Pringle », in S. de la Rosa, F. Martucci et E. Dubout, *L'Union européenne et le fédéralisme économique. Discours et réalités*, Bruylant, 2015, p. 93.

1.3. Compétences implicites

I.11 et I.12- Compétences implicites et article 3 § 2 TFUE

Sans doute convient-il de distinguer ici la question de l'existence de compétences implicites de celle de la nature de ces compétences.

En ce qui concerne l'existence de compétences implicites, la doctrine, reprenant en cela l'œuvre de la Cour de justice, est unanime pour souligner que deux critères ont permis le développement de cette théorie : le critère d'affectation, supposant qu'existe un risque qu'une compétence normative exercée par l'Union soit affectée par un accord externe, et celui de la nécessité, la compétence implicite étant, dans cette hypothèse, nécessaire à la réalisation d'un objectif de l'Union⁴⁴. Le professeur Bosse-Platière a souligné dans sa thèse que « l'évolution de la jurisprudence de la Cour se situe clairement en retrait par rapport aux arrêts fondateurs du système des compétences externes communautaires, fondées sur une interprétation finaliste des dispositions du traité », en particulier en ce qui concerne la PESC, orientation qui présente des « inconvénients manifestes »⁴⁵. Sur ce point, le nouvel article 3§2 TFUE est présenté comme consacrant les éléments essentiels de la jurisprudence développée jusqu'ici par la Cour en ce qui concerne les critères de détermination du domaine des compétences implicites, et les jurisprudences les plus récentes sont analysées comme allant dans ce sens⁴⁶.

A dire vrai, c'est en effet surtout relativement à la nature des compétences implicites que la doctrine a émis des critiques et fait part de ses doutes⁴⁷. On sait que la compétence externe implicite a d'abord été vue comme nécessairement exclusive, avant que les avis n°2/91 et 1/94 ne précisent les cas dans lesquels l'exclusivité prévalait. Les critiques de ce changement d'approche ont été nombreuses : les arrêts de la Cour conduisant en particulier à considérablement renforcer les compétences partagées en la matière⁴⁸, un risque fort d'incohérence entre action des Etats et de l'Union était pointé. Ce dernier point a été réglé par le nouvel article 3§2 TFUE, qui consacre la nature exclusive de la compétence implicite.

De manière générale, la doctrine spécialisée en droit de l'Union paraît assez favorable à la doctrine des compétences implicites. Certains auteurs semblent toutefois plus réservés. Ainsi, le professeur Grard s'interroge : « (...) connaît-on une organisation internationale qui voit de la sorte accroître ses compétences internationales ? Certainement pas. Les compétences implicites de l'Union se sont imposées aux Etats dans le prétoire de la Cour. Avec Lisbonne, ils n'ont fait qu'acter un acquis qui s'est imposé à eux. Ce qui est un signe avant-coureur

⁴⁴ Pour une lecture très précise de ces critères, voir notamment C. Flaesch-Mougin, « Les accords externes de la CEE », *RTD Eur.*, 1990, p. 85 ; I. Bosse-Platière, *L'article 3 du traité UE : recherche sur une exigence de cohérence de l'action extérieure de l'Union européenne*, Bruylant, 2009.

⁴⁵ I. Bosse-Platière, *op. cit.*, p. 220.

⁴⁶ Ainsi, C. Flaesch-Mougin, « Premières décisions relatives à la compétence exclusive de l'Union au titre de l'article 3, paragraphe 2, TFUE : la Cour confirme la pertinence des critères jurisprudentiels issus de l'arrêt AETR pour caractériser « l'affectation des règles communes » ; *RTD Eur.*, 2015, p. 220.

⁴⁷ Par exemple V. Michel, « Les compétences externes implicites : continuité jurisprudentielle et clarification méthodologique », *Europe*, octobre 2006, étude 10.

⁴⁸ *Ibid.*

d'une compétence de la compétence de l'Union : en d'autres termes, une forme embryonnaire de souveraineté »⁴⁹.

Dans le champ politique, la question semble ne pas soulever l'enthousiasme. Ainsi, on trouve une seule référence à la théorie des compétences implicites dans un rapport parlementaire sur l'influence européenne au sein du système international⁵⁰. Et une recherche internet avec les termes « compétences implicites » et Sénat ou Assemblée nationale ne donne pas de résultats probants.

Les institutions françaises n'ont pas perçu le traité de Lisbonne comme modifiant quoi que ce soit à la théorie des compétences implicites telle qu'elle découlait de la jurisprudence de la Cour. Le traité de Lisbonne est ainsi perçu comme une codification à droit constant. Elles semblent néanmoins s'interroger sur l'existence d'une sorte de « compétence implicite pure » au travers de la théorie de la compétence potentielle et suivent dans ce cadre avec une réelle attention certaines affaires en cours (affaire C-600/14 et avis 2/2015).

I.13 – Clause de flexibilité

La doctrine⁵¹ souligne l'utilité de la clause de flexibilité au développement d'actions ou de politiques non dévolues originellement à l'Union européenne. L'ancien article 308 du traité CE est ainsi analysé comme ayant permis de combler des failles relativement évidentes du traité de Rome, en particulier en ce qui concerne l'intégration économique, comme l'illustre par exemple le règlement concentration du 21 décembre 1989. Mais des interprétations plus extensives ont également été développées, en particulier en matière environnementale ou de protection des consommateurs. La clause de flexibilité a ainsi permis de fonder, en ces domaines, des « interventions proprement inimaginables en 1957 »⁵². Une telle présentation est commune. La doctrine généraliste du droit de l'Union n'insiste pas sur la distinction pré- et post- Acte unique. En revanche, les manuels spécialisés peuvent insister, dans le champ concerné, sur cette césure. Ainsi, le manuel de *Droit de l'environnement de l'Union européenne* de P. Thieffry indique que la problématique a disparu lorsque fut introduit dans l'Acte unique une base légale spécifique prévoyant une action en matière d'environnement⁵³.

En revanche, les analyses ont quelque peu été modifiées avec le traité de Lisbonne et les auteurs s'accordent à dire que le traité tend à mieux encadrer un dispositif qui a pu faire l'objet d'une utilisation par trop extensive. Pour le professeur Blanquet par exemple, six réponses sont apportées par le nouveau dispositif : « 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 »⁵⁴. En dépit des restrictions ainsi apportées, qui correspondent de fait à des principes déjà affirmés par la jurisprudence mais qui sont désormais renforcés, les auteurs s'accordent toutefois sur le fait que le nouveau

⁴⁹ L. Grard, « La condition internationale de l'Union européenne après le traité de Lisbonne », *Revue québécoise de droit international*, déc. 2012, p. 70.

⁵⁰ Rapport de Mme N. Ameline, commission des affaires étrangères, 12 novembre 2008, n° 1242.

⁵¹ Pour une présentation synthétique sur ce point, voir en particulier V. Constantinesco, V. Michel, *op. cit.*, § 89 et s.

⁵² M. Blanquet, *op. cit.*, § 57.

⁵³ P. Thieffry, *Manuel de droit de l'environnement de l'Union européenne*, Bruylant, 2014.

⁵⁴ *Ibid.*, § 60.

traité n'empêchera pas le nécessaire ajustement de compétences, tout en limitant la portée de celui-ci.

2. LA REPARTITION ACTUELLE DES COMPETENCES ENTRE L'UNION ET LES ETATS MEMBRES

Au regard de ce que l'on croit percevoir des autres Etats membres, l'on ne peut qu'être frappé par la faiblesse du débat public sur la question de la répartition des compétences en France. Si l'on examine les think tank, aucun n'a consacré ces dernières années de rapports approfondis à cette question, qu'il s'agisse de think tank « généralistes »⁵⁵ ou, plus curieusement, de think tank spécialisés dans les questions européennes⁵⁶. De même, alors que chacune des assemblées françaises dispose d'une commission permanente spécialisée dans les affaires européennes, qui réalise nombre de rapports d'information à destination des assemblées sur des sujets ponctuels ou plus transversaux, aucun n'a été consacré spécifiquement à ce thème au cours des dernières années. Le rapport le plus récent est celui qu'a consacré le Sénat à ce sujet en 2002. Encore faut-il souligner que, sous un titre général, il s'intéressait en réalité à trois sujets circonscrits : la culture, l'environnement et l'éducation⁵⁷.

Il est vrai que la faiblesse du débat politique sur les questions de répartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres n'est pas le propre de la période contemporaine. La question de la participation de la France à la construction communautaire a longtemps été analysée exclusivement sous le prisme de l'atteinte à la souveraineté⁵⁸. Elle est aussi l'objet de questionnements récurrents sur les conditions d'exercice des compétences transférées, sur le modèle institutionnel et le prétendu déficit démocratique. Et c'est toujours essentiellement en ces termes que la question est abordée dans le débat public. Paraît à cet égard significatif le rapport sénatorial consacré en 2014 à « L'Union européenne : du crépuscule au nouvel élan »⁵⁹ qui consacre de longs développements aux institutions renouvelées mais des développements quantitativement marginaux à la répartition des compétences.

Dans ces conditions, si la répartition des compétences est un objet doctrinal important et si elle est l'objet d'une attention soutenue de l'exécutif dans le cadre des négociations des différents textes, elle ne fait pas l'objet d'un réel débat public.

⁵⁵ Terra Nova ou la fondation Jean Jaurès n'ont rien publié sur le sujet ; l'Institut Montaigne a publié en 2003 un rapport portant sur « L'Europe présence : une cohérence institutionnelle retrouvée » dont 4 pages sur les 80 du rapport portaient sur la répartition des compétences et visaient uniquement à ne pas rigidifier cette répartition et à promouvoir un contrôle politique et juridictionnel effectif du principe de subsidiarité.

⁵⁶ La Fondation Robert Schumann ou l'Institut Jacques Delors notamment. S'agissant du second, l'un des axes majeurs de recherche affiché est la « fédération d'Etats-Nations » et promeut des travaux « qui portent sur l'analyse des spécificités et des identités des pays membres de l'Union européenne, mais aussi sur des enjeux politiques tels que le partage de compétences entre les niveaux communautaires et national... ».

⁵⁷ Délégation pour l'Union européenne du sénat, Rapport d'information n°249 sur la répartition des compétences entre l'Union européenne et les Etats membres, 19 février 2002.

⁵⁸ A cet égard, la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui retient comme prisme d'analyse principal l'atteinte aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » n'a fait que reprendre les termes du débat politico-juridique né au moment de la ratification du traité sur la Communauté européenne de défense. Il existe ainsi une permanence de cette grille d'appréhension sur le double terrain politique et juridique.

⁵⁹ Rapport de Pierre Bernard-Reymond, n°407, 26 février 2014.

2.1 La notion de base juridique

II. 1 Compréhension et présentation de la notion de base juridique

La notion de base juridique en droit de l'Union est communément utilisée **par la doctrine juridique française**. Certes, les travaux exclusivement consacrés à ce sujet ne sont pas extrêmement nombreux (nous avons néanmoins relevé une thèse de doctorat et deux articles exclusivement consacrés à la problématique dans son ensemble⁶⁰, auxquels il convient d'ajouter des articles plus sectoriels⁶¹). En revanche, les manuels de droit de l'Union consultés comportent tous une entrée « base juridique » dans leurs index et il s'agit le plus souvent d'une subdivision du plan au sein de laquelle est exposée le sens de l'expression et son usage dans le contexte communautaire. Par ailleurs, les commentaires d'arrêt et de textes font très fréquemment usage de la notion, notamment dans ce que la doctrine française appelle « le contentieux de la base juridique »⁶². Dans ce contexte, elle suscite parfois des commentaires critiques, comme par exemple s'agissant de l'arrêt du 13 septembre 2005, *Commission c/ Conseil*, aff. C-176-03⁶³.

S'agissant des problématiques au sein desquelles son usage est important, on notera que, logiquement, la notion est utilisée d'abord dans le cadre de l'exposé de la théorie des compétences, comme expression visible du fait que l'Union ne dispose que de compétences d'attribution et par conséquent comme condition de validité formelle des actes de l'Union. Dans le même ordre d'idée, elle est évoquée en lien avec le principe de subsidiarité et la théorie des compétences implicites. L'autre champ dans lequel la notion de base juridique est fréquemment mobilisée est celui des conflits interinstitutionnels et des différences entre procédures d'adoption des actes.

Ainsi, c'est notamment dans le champ des relations extérieures, de la politique en matière d'environnement ou, plus récemment, s'agissant de l'harmonisation du droit pénal que la notion a pu être mobilisée par la doctrine communautariste.

S'agissant des **juridictions françaises**, la notion de base juridique n'est pas aussi fréquemment rencontrée. Une recherche dans la base Ariane (qui recense les arrêts et conclusions du Conseil d'Etat de manière presque exhaustive à compter de 1990), fait apparaître 259 résultats avec une entrée « base juridique », mais uniquement 69 avec une recherche « base juridique + union européenne » ou « base juridique + communauté européenne ». La notion de base juridique est, il est vrai, bien connue du droit interne indépendamment de la construction communautaire où elle est parfois employée comme un équivalent à celle de base légale. Dans un contexte juridictionnel de mise en œuvre du droit de l'Union, elle n'est pas si fréquemment utilisée et renvoie alors aux dispositions sur le fondement desquelles une autorité est habilitée à agir⁶⁴ ou qui servent de fondement à une autre disposition normative⁶⁵, quant elle n'est pas employée par référence directe à un arrêt de

⁶⁰ Voir ainsi la thèse de D. Corre, *Recherches sur les bases juridiques en droit communautaire*, Bordeaux 2002 et A. Wachsmann « Le contentieux de la base juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice », Europe 1993, p.1 et C. Kohler et J.-C. Engel, « Le choix approprié de la base juridique pour la législation communautaire : enjeux constitutionnels et principes directeurs », Europe 2007.

⁶¹ Par exemple S. Bracq « Quelles bases juridiques pour la régulation des services économiques d'intérêt général ? », RTDE, 2011, p.517.

⁶² Le doctrinal recense ainsi 164 entrées depuis 1991 pour une recherche sur « base juridique », l'immense majorité de ces entrées étant constituée par une utilisation dans les mots clefs sous un commentaire d'arrêt.

⁶³ Rec. p. I-7879. Voir ainsi les notes de D. Simon, Europe 2005, n°369, de H. Labayle CDE 3-4/2006, p.379 ou de P.-Y. Monjal D. 2005, juris 3064.

⁶⁴ Voir par exemple CE, 6 novembre 2009, société Monsanto SAS, n°313605, publié au recueil.

⁶⁵ Voir par exemple CE 9 mai 2005, M. Bot, n°256575, mentionné aux Tables.

la CJUE⁶⁶. Quant à la jurisprudence du Conseil constitutionnel (dont les conditions d'intervention limitent fortement les « contacts » avec le droit de l'Union), l'expression n'est pas inconnue mais rare et sans lien avec le droit de l'Union.

II. 2 Pratique institutionnelle relativement aux bases juridiques des actes de l'Union

Le **gouvernement français** examine systématiquement la question de la base juridique lors de l'étude des propositions législatives. L'un des premiers documents internes à l'administration française élaboré, la fiche d'impact simplifiée, comporte ainsi une rubrique « base juridique ». L'attention est toutefois variable en fonction de l'enjeu que la question de la base juridique peut recouvrir. Elle est semble-t-il logiquement plus forte lorsque derrière la question de base juridique se profile une question de différences de procédures d'adoption de l'acte ou une question de nature exclusive ou partagée des compétences. Au regard des évolutions institutionnelles de l'Union et l'existence d'une procédure décisionnelle de droit commun, le premier enjeu est désormais moins prégnant. Il semble en revanche que le second soit particulièrement marqué dans la période contemporaine. Dans les deux cas, ce sont essentiellement les compétences externes qui font ainsi l'objet d'une attention particulièrement soutenue des institutions françaises.

Cette attention aux questions de base juridique se traduit d'abord, élément difficile à objectiver, par une discussion le plus en amont possible lorsque une difficulté apparaît. Sur un plan contentieux, la France n'est pas elle-même à l'origine de recours en annulation contre des actes pour des difficultés de base juridique. Mais elle intervient en revanche très régulièrement pour défendre des éléments qui lui paraissent importants. Pour en rester à quelques exemples récents, on pourrait évoquer l'affaire C-103/12 ayant opposé la Commission et le Parlement européen au Conseil sur la décision d'approbation par ce dernier de la déclaration relative à l'attribution de possibilités de pêche dans les eaux de l'Union européenne à des navires de pêche battant pavillon de la République bolivarienne dans la zone économique exclusive située au large des côtes de la Guyane française⁶⁷. La République française soutenait dans cette affaire la position du Conseil quant à la qualification de mesures techniques d'exécution au sens de l'article 43, paragraphe 3 TFUE et non de mesure législative autonome relevant de l'article 43 paragraphe 2 du même article, ce qui impliquait dans le premier cas une adoption par le Conseil seul, tandis que dans le second la procédure de codécision était requise.

S'agissant du caractère partagé ou non des compétences externes, la République française semble se montrer très attentive aux récentes affaires ayant trait à la méthode de délimitation du champ des compétences exclusives notamment couvertes par l'article 207. L'utilisation par la Cour, nouvelle dans ce cadre, de la distinction entre l'accessoire et le principal pour écarter toute idée d'accord mixte en dépit d'une compétence partagée résiduelle est ainsi perçue comme marquant une évolution implicite du raisonnement de la Cour. C'est ce dont témoigne notamment son intervention dans l'affaire C-137/12 opposant la Commission au Conseil au sujet de la base juridique appropriée pour conclure la convention européenne sur la protection juridique des services à accès conditionnel. L'arrêt du 22 octobre 2013 par lequel la Cour a annulé la décision de conclusion en ce qu'elle aurait dû être fondée sur l'article 207 §4 TFUE et non sur l'article 114 TFUE n'a pas pour autant conduit à une dénonciation de la convention par la France alors même que l'Union est désormais partie à la convention⁶⁸. Il est vrai qu'elle doit rester elle-même membre si elle souhaite que « ses » PTOM puissent continuer à en bénéficier. Par ailleurs, au regard de certaines dispositions de la convention et de son lien avec

⁶⁶ Voir par exemple les conclusions de M. Guyomar sur l'arrêt d'assemblée Société Arcelor, 8 février 2007.

⁶⁷ Arrêt de grande chambre du 26 novembre 2014.

⁶⁸ http://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/178/signatures?p_auth=YYVWcawf

les institutions du Conseil de l'Europe dont, faut-il le rappeler, l'Union n'est pas membre, on peut se demander si la seule adhésion de l'Union et l'absence corrélative de tout Etat membre qui pourtant découlerait logiquement de la décision de la Cour, ne serait pas de nature à priver l'Union d'expression sur certains éléments.

Les **juridictions françaises** n'ont en revanche que peu d'occasions de se pencher sur la régularité de la base juridique des actes de l'Union dont elles font application. Il existe néanmoins un précédent, le tribunal administratif de Saint-Denis de la Réunion ayant saisi la CJUE d'une question préjudicielle portant sur la validité de la décision du Conseil portant sur l'octroi de mer⁶⁹. Cet examen a conduit la Cour à examiner la validité de la base juridique retenue pour fonder cette décision⁷⁰.

S'agissant de l'examen conduit par **les assemblée parlementaires**, l'analyse de la base juridique est rarement faite. Si l'on s'en tient, pour disposer d'un corpus réduit mais signifiant au regard de la question, aux quatre avis émis par l'assemblée nationale sur la conformité des projets d'actes européens au regard du principe de subsidiarité, aucune des résolutions adoptées ne mentionne la base juridique et deux des quatre rapports d'information qui les accompagnent le font⁷¹. Encore s'agit-il d'une analyse sommaire.

2.2 Les demandes de changement dans l'équilibre des compétences

II.3 Les demandes visant à une modification des compétences de l'Union européenne

Comme indiqué en introduction du 2, la répartition des compétences ne fait pas l'objet d'un réel débat politique et public. En dehors des partis eurosceptiques qui sont plutôt dans une logique de « pas d'Europe » que de « moins d'Europe », la question du rapatriement de certaines compétences vers la sphère nationale ne fait pas à proprement parler l'objet de demandes globales. En revanche, fait partie d'une sorte de vulgate politique largement partagée l'appel rituel et peu précis à une simplification et/ou à une meilleure application du principe de subsidiarité. Mais ces éléments demeurent à un niveau élevé de généralité. A cet égard, la mise en œuvre par les assemblées parlementaires de la procédure prévue par l'article 88.6 de la Constitution et leur permettant de se saisir de la question de la subsidiarité est révélatrice. Alors même qu'il s'agissait d'un thème mis en avant par la France depuis de longues années, l'assemblée nationale a, comme l'avons dit, adopté au total 4 avis tandis que le Sénat, après avoir adopté un seul avis en 2011 mais 10 en 2012, est retombé à 4 avis en 2013 et 2 avis en 2014.

De façon plus ponctuelle, derrière la formulation générale de la demande de simplification, les prises de position plus précises sont en revanche le plus souvent tournées vers une demande d'attribution de nouvelles compétences. A cet égard le rapport déjà cité du sénateur Bernard-Reymond est symptomatique. Après avoir souligné la nécessité « d'éviter les réglementations

⁶⁹ Décision 89/688 /CEE du Conseil, du 22 décembre 1989.

⁷⁰ Points 27 et ss de l'arrêt du 19 février 1998, *Chevassus-Marche*, aff. C-212/96.

⁷¹ Rapport d'information déposé par la commission des affaires européennes sur la proposition de directive modifiant la directive 2003/96/CE restructurant le cadre communautaire de taxation des produits énergétiques et de l'électricité (COM (2011) 169 final/E 6212) no 3469 déposé le 31 mai 2011 par Mme Pascale Gruny et Rapport d'information déposé par la commission des affaires européennes sur la conformité au principe de subsidiarité de la proposition de règlement du Parlement et du Conseil établissant un cadre pour l'accès au marché des services portuaires et la transparence financière des ports (COM[2013] 296 final), déposé le 13 juin 2013 par Mme Danielle Auroi.

tatillonnes qui suscitent l'incompréhension et donnent une image très négative de la construction européenne dans l'opinion publique (réglementation des pommeaux de douche, de l'huile servie dans les restaurants, normalisation des cuvettes de toilettes, définition de profils nutritionnels pour les denrées alimentaires, suppression de l'interdiction du coupage de vins de couleurs différentes pour produire des vins rosés...) » et de respecter le principe de subsidiarité, il en appelle à l'attribution de compétences renforcées notamment dans le domaine monétaire.

S'agissant de l'exécutif français, il est également sur certains sujets, plutôt en faveur de l'attribution de compétences nouvelles à l'Union, quitte, dans les hypothèses où il n'est pas possible de passer par un texte de l'Union, à soutenir l'adoption d'un accord intergouvernemental. Tel est par exemple le cas s'agissant du soutien fort apporté à la création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets, établi par un accord intergouvernemental signé le 19 février 2013 dont les liens avec l'Union sont multiples, ratifié par la France dès mars 2014 et qui devrait entrer en vigueur en 2016.

2.3 Bilan de l'équilibre des compétences

II. 4 Examen récent de l'équilibre des compétences

Comme indiqué en introduction du 2, il n'y a pas eu d'examen de ce type ni mené par une institution, ni mené par un think tank.

II.5 Réactions à cet examen

Sans objet au regard de la réponse apportée à la question précédente.

3. REPARTITION DES COMPETENCES ET FEDERALISME D'EXECUTION

3.1 La conceptualisation du fédéralisme d'exécution

III.1 Présentation de la différence entre compétences législatives et compétences d'exécution de l'Union

Bien que les modalités de présentation diffèrent en fonction des manuels, les principaux **manuels de droit de l'Union** français traitent de l'exécution du droit de l'Union de façon différenciée⁷². L'accent n'est toutefois pas toujours mis sur les mêmes éléments.

C'est ainsi que le manuel des professeurs Blumann et Dubouis traite, au sein d'un ensemble consacré à l'intrication fonctionnelle au sein de l'Union, de la fonction d'exécution par les institutions de l'Union puis, dans une autre partie, de la seule administration indirecte en lui consacrant un chapitre autonome évoquant successivement le fondement, la concrétisation et l'encadrement de l'administration indirecte. Le manuel du professeur Jacqué procède de manière identique à un examen de « L'adoption des mesures d'exécution des actes de l'Union » au sein du titre consacré au processus décisionnel de l'Union (et y évoque alors la question du titulaire de ce pouvoir et des modalités d'exécution), alors que « la mise en œuvre du droit de l'Union par les autorités nationales » est renvoyée à un chapitre autonome au sein d'une partie consacrée à l'ordre juridique de l'Union.

Au contraire, le manuel du professeur Blanquet consacre un chapitre globalisant à la mise en œuvre du droit de l'Union qui traite, en parallèle mais en les distinguant dans chaque subdivision, de l'exécution par les institutions de l'Union et de l'exécution par les Etats membres.

Au-delà des manuels de droit institutionnel, une littérature de **droit administratif de l'Union européenne** émerge en France depuis quelques années. A cet égard doit notamment être évoqué l'ouvrage dirigé par Jean-Bernard Auby et Jacqueline Dutheil de la Rochère de *Droit administratif européen* publié chez Bruylant pour la première édition en 2007 et dont une deuxième édition a été publiée en 2014. De longs développements sont consacrés à la distinction pouvoir législatif/pouvoir exécutif et aux modalités d'exercice du pouvoir exécutif par les institutions et organes de l'Union dans la première partie de l'ouvrage, tandis que la deuxième partie est consacrée à « L'administration indirecte et la coadministration ».

S'agissant du **vocabulaire employé**, il est difficile de faire une quantification rigoureuse mais la dichotomie administration directe/indirecte semble majoritairement employée. On notera toutefois, dans le manuel du professeur Blanquet, une distinction entre la question de l'exécution (le cas échéant centralisée ou décentralisée) plus générale et celle de l'administration (directe ou indirecte) davantage réservée à la sous-catégorie de l'exécution matérielle. En revanche, la doctrine juridique semble peu utiliser le terme de « gouvernance » en général et donc de gouvernance multi-niveaux. Le terme de « gouvernance » est souvent perçu comme constituant un terme de mauvais français, relevant de « la terminologie à la

⁷² Fait exception notamment le manuel du professeur Rideau qui ne consacre pas de développements directement axés sur les compétences d'exécution mais aborde la question, s'agissant de la compétence d'exécution des institutions de l'Union, sous l'angle des « pouvoirs de décision de la Commission européenne » et, s'agissant des compétences des Etats, dans un chapitre plus globalement intitulé « Le rôle des Etats membres ».

mode »⁷³ peu usitée dans la doctrine juridique, sauf pour y désigner les nouveaux modes de gouvernance plus souples et participatifs⁷⁴.

Quant à la **distinction entre compétences d'exécution et compétences de surveillance**, elle ne figure pas toujours sous ces termes là dans les manuels (voir néanmoins, usant de cette terminologie, les manuels du professeur Jacqué et du professeur Pertek). Mais, dans la présentation des fonctions de la Commission, est le plus souvent distinguée la fonction d'exécution de son rôle en tant que « gardienne des traités » suivant la terminologie dont il est souvent fait usage en français.

S'agissant enfin de la **perception par les autorités nationales du fédéralisme d'exécution**, le système dans son ensemble ne suscite pas particulièrement de réaction dès lors qu'il semble pleinement intégré comme élément central de la construction communautaire. Il apparaît comme une donnée de base, inhérente à cette construction.

Suscitent en revanche plus de réaction les **actes délégués** tels qu'ils sont désormais prévus par l'article 290 TFUE. La relative nouveauté de la procédure explique pour partie cet intérêt. Mais joue aussi l'inévitable comparaison avec les ordonnances de l'article 38 de la Constitution française. A cet égard, l'usage en vigueur en France de lois d'habilitation extrêmement précises dont le respect est soumis à un examen scrupuleux, conjugué avec l'exigence de ratification a posteriori par le Parlement, diffère notablement du texte et de la pratique de l'Union qui suscite de ce fait des interrogations quant au respect des compétences du législateur communautaire et au caractère parfaitement démocratique d'une délégation plus largement conçue qu'en droit interne même si elle est supposée ne jouer que pour des éléments « non essentiels ». Ces interrogations sont d'autant plus prégnantes que le champ d'application des actes délégués au regard des actes de base demeure, à ce stade, d'une relative indétermination⁷⁵.

Plus prosaïquement, suscite également des inquiétudes la question de la transposition des actes délégués en droit interne⁷⁶. Par construction, il est plus difficile pour l'administration nationale d'anticiper sur le contenu d'un acte délégué et, le cas échéant, sur les enjeux de la transposition à venir, faute de procédure formalisée de consultation des Etats dans la procédure d'élaboration des actes délégués. La difficulté peut être d'autant plus grande que la distinction essentiel/non essentiel de l'article 290 TFUE ne recouvre pas nécessairement la distinction loi/règlement posée par les articles 34 et 37 de la Constitution française. Cela signifie donc qu'il peut y avoir des directives déléguées relevant de compétences réservées au législateur par le droit constitutionnel français et impliquant de ce fait une loi pour pouvoir être transposées. La conjugaison de ces deux facteurs rend plus que délicat le respect de délais contraints pour y procéder...

III.2 Présentation de la doctrine de l'autonomie procédurale des Etats membres

La **présentation usuelle** du principe d'autonomie procédurale des Etats membres telle qu'elle figure notamment dans les manuels, englobe tant la procédure juridictionnelle que la procédure administrative et institutionnelle. Elle se focalise toutefois le plus souvent sur son volet négatif, ie sur l'encadrement de cette autonomie procédurale ce qui est assez logique dès lors que le principe lui-même peut être énoncé simplement et qu'il est surtout révélé par les

⁷³ V. Michel, « Traité de Lisbonne », Répertoire Dalloz de droit européen, n°63.

⁷⁴ Voir ainsi la présentation critique qui est faite dans le manuel de C. Blumann et L. Dubouis, p.209 et ss.

⁷⁵ Interrogations qui seront peut-être levées par la conclusion d'un accord inter-institutionnel sur ce thème.

⁷⁶ Voir *Directives européennes : anticiper pour mieux transposer*, rapport du groupe de travail présidé par F. Raynaud au Premier ministre, La documentation française, 2015, p.15.

éléments de contrainte qui pèsent sur lui. Il en résulte parfois dans les manuels une présentation hypertrophiée de l'encadrement plutôt que du principe lui-même⁷⁷. Est à cet égard révélateur l'examen que l'on peut faire du répertoire de droit européen Dalloz : l'absence d'entrée « autonomie institutionnelle et procédurale » fait qu'une recherche avec cette expression dans les mots clefs conduit à une série de résultats ayant trait presque exclusivement à la dimension contentieuse du principe et à ses limites.

Cette approche essentiellement négative du principe par une description de son encadrement fait que le lien avec le principe d'attribution est peu explicité. En revanche, l'exposé des principes d'équivalence et d'effectivité tels qu'ils résultent de la jurisprudence de la CJUE est substantielle dans presque tous les manuels usuels et se situe souvent dans le contexte de l'examen de l'exécution du droit de l'Union par les Etats.

Les manuels ne sont pas, à l'égard de ces principes, ni spécialement laudatifs, ni particulièrement critiques. L'utilité de ces principes, en lien notamment avec l'idée d'application uniforme⁷⁸, n'est en général pas discutée. Quelques points de frictions sont toutefois relevés, s'agissant des arrêts conduisant à remettre en cause l'autorité de chose décidée ou de chose jugée⁷⁹.

Pour les **institutions publiques**, il n'existe pas de doctrine officielle relativement à l'autonomie institutionnelle et procédurale. Il semble en revanche que le principe soit très régulièrement mobilisé par l'exécutif français dans le cadre de l'élaboration des textes européens comme argument de négociation. Il l'a été récemment par exemple dans le cadre de la négociation de ce qu'on appelle le « paquet marque » pour obtenir un délai de 7 ans avant l'introduction d'une action administrative préalable à la saisine du juge pour déchéance et nullité⁸⁰.

S'agissant des **juridictions nationales**, on sait certaines d'entre elles particulièrement attachées à l'autonomie procédurale. Le Conseil d'Etat notamment a pu défendre une conception forte de cette autonomie qui l'a conduit à refuser par exemple que les moyens tirés de la violation du droit de l'Union puissent systématiquement être relevés d'office par les juridictions françaises⁸¹, à une époque où la jurisprudence de la Cour pouvait laisser penser que sa position était différente. Au regard de la jurisprudence actuelle de la Cour, la position du Conseil d'Etat ne semble plus susciter de difficulté. De même, il n'est pas impossible que ce soit une idée d'autonomie procédurale qui ait, dans un premier temps, inspiré le refus d'appliquer les réponses données par la Cour dans le cadre d'un renvoi préjudiciel à une question qui ne lui était pas posée, position désormais abandonnée⁸². Mais dans l'ensemble et à l'inverse de la convention européenne des droits de l'homme (s'agissant notamment de la fonction du commissaire du gouvernement/rapporteur public), le droit de l'Union a amené des aménagements procéduraux « positifs », renforçant l'office du juge national, qui n'ont pas suscité de réticences.

Le seul point sur lequel ces dernières années on a pu constater un vrai blocage réside dans l'articulation entre question prioritaire de constitutionnalité et renvoi préjudiciel à la Cour,

⁷⁷ Voir ainsi les 2 pages consacrées au principe dans le manuel du professeur Rideau, comparées aux 17 pages consacrées aux limites de l'autonomie institutionnelle (où sont exposées les principes d'équivalence et d'effectivité et leurs conséquences).

⁷⁸ Voir par exemple le manuel des professeurs Blumann et Dubouis, n°676 et ss.

⁷⁹ Manuel du professeur Jacqué, n°1023.

⁸⁰ Article 45 du projet de directive du Parlement européen et du Conseil rapprochant les législations des États membres sur les marques, COM 2013/0162 final, en cours de finalisation.

⁸¹ CE, sect., 11 janv. 1991 *SA Morgane* Rec. CE 1991, p. 9 ou CE, ass., 6 déc. 2002, *Maciolak*.

⁸² Voir ainsi l'arrêt d'assemblée du 11 décembre 2006, *de Groot*, dit également affaire des échallottes, par lequel le Conseil d'État a abandonné sa jurisprudence *ONIC* (CE, sect., 26 juill. 1985).

question qui a donné lieu à un psychodrame juridictionnel au printemps 2010⁸³. Rappelons en effet que le législateur organique français a bien imprudemment⁸⁴ organisé le caractère prioritaire du nouveau contrôle *a posteriori* de constitutionnalité sans réserver l'hypothèse d'un conflit simultané avec une norme de droit de l'Union⁸⁵. Se posait alors la question de savoir si l'exigence de priorité de l'examen de constitutionnalité sur l'examen de conventionnalité était ou non compatible avec les conséquences tirées par la Cour de justice du principe de primauté et du principe d'équivalence du droit communautaire, lesquelles vont au-delà du simple fait de devoir *in fine* respecter ses normes et inclut aussi de devoir le faire immédiatement et dans des conditions au moins aussi favorables que celles qui sont réservées aux griefs tirés de la violation d'une norme de droit interne. Après que la Cour de cassation ait saisi la CJUE d'une question préjudicielle sur ce point⁸⁶, question réelle et légitime mais soulevée dans un contexte où elle ne posait pas vraiment, le Conseil constitutionnel⁸⁷ implicitement puis le Conseil d'Etat⁸⁸ plus clairement ont prétoriquement limité le caractère prioritaire de la QPC en écartant la priorité de transmission de la QPC par rapport à un éventuel renvoi préjudiciel. Autrement dit, aux termes de ces deux décisions, le juge ordinaire peut opérer un renvoi à la CJUE en même temps, voire avant, de transmettre une QPC au Conseil constitutionnel.

Reste que la fin de la priorité de transmission qui fait l'objet d'un consensus parmi les juridictions françaises n'induit pas nécessairement la fin de la priorité d'examen de la question de constitutionnalité sur la question d'« unionité » dès lors que le Conseil constitutionnel répond en 3 mois tandis qu'il faut en moyenne 16 mois pour que la CJUE se prononce. Or, sur la question de la priorité d'examen, ni le Conseil constitutionnel, ni le Conseil d'Etat ne se sont prononcés. La Cour de justice de l'Union a⁸⁹, quand à elle, offert une réponse incomplète dès lors notamment qu'elle n'a pas réellement examiné la question de la priorité d'examen au regard du principe d'équivalence. Reste qu'elle a d'ores et déjà condamné totalement la priorité de transmission (ce qui n'est pas un problème au regard des solutions examinées plus haut) et partiellement la priorité d'examen (ce qui pourrait l'être). Cette priorité d'examen est rigoureusement condamnée dans l'hypothèse où la QPC porterait sur une « loi-miroir », c'est-à-dire une loi qui reprend les termes de la directive qu'elle transpose. En effet, la Cour démontre que dans cette hypothèse la question de la validité de la directive au regard du droit de l'Union revêt « un caractère préalable »⁹⁰. Et puisque la Cour est seule compétente pour en constater l'éventuelle invalidité⁹¹, la question préjudicielle qui doit alors lui être posée est prioritaire au regard de la question de constitutionnalité. Par ailleurs, la priorité d'examen de la QPC n'est compatible que si *in fine* le juge national peut faire prévaloir le droit de l'Union (ce qui est toujours possible) et s'il lui est possible d'ordonner dans l'intervalle des mesures provisoires. Se fondant sur l'absence explicite de

⁸³ Pour un examen détaillé de ces différentes étapes voir M. Gautier, « QPC et droit communautaire. Retour sur une tragédie en cinq actes », *Droit administratif*, n°10, 2010, étude n°19, p.13-19.

⁸⁴ Dès lors que son attention avait été attirée sur les risques inhérents à cette priorité dans le champ d'application du droit de l'Union européenne durant les travaux préparatoires.

⁸⁵ Comme l'y invitait pourtant le projet de loi organique du 8 avril 2009 : « la juridiction doit (...), lorsqu'elle est saisie de moyens contestant, de façon analogue, la conformité de la disposition à la Constitution et aux engagements internationaux de la France, se prononcer en premier lieu sur la question de constitutionnalité, sous réserve, le cas échéant, des exigences résultant de l'article 88-1 de la Constitution ».

⁸⁶ Cass., QPC, 16 avril 2010, *Melki et Abdeli*, n°10-40.002.

⁸⁷ CC, 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence des jeux d'argent*, n°2010-605 DC, Rec. p. 78.

⁸⁸ CE, 14 mai 2010, *Rujovic*, Rec CE p.165.

⁸⁹ CJUE, 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, aff. C-188/10 et 189/10, Rec. p. I-5667.

⁹⁰ Point 56 de l'arrêt du 22 juin 2010 précité.

⁹¹ En application de la jurisprudence *Foto-Frost* (CJCE, 22 octobre 1987, aff. 314/85, Rec. p. 4199).

mesures provisoires dans la procédure QPC⁹², la Cour de cassation en a alors déduit que la priorité d'examen était totalement condamnée en cas de question concomitante d'« unionité »⁹³.

3.2 Les problèmes juridiques de la pratique du fédéralisme d'exécution

III.3 Structure ou procédures spécifiques pour aider les administrations à résoudre les problèmes inhérents à l'exécution indirecte

Alors que les administrations françaises disposent d'un appareil institutionnel très spécifique tourné vers la négociation des textes européens tant au niveau de chacun des ministères qu'au niveau interministériel avec le SGAE (Secrétariat général des affaires européennes), structurelle interministérielle dédiée, il n'existe pas de structure spécifique concernant la mise en œuvre du droit de l'Union. Celle-ci passe en principe par les structures et les procédures usuelles de la mise en œuvre du droit national.

On notera toutefois, l'existence d'un processus particulier s'agissant de la transposition des directives communautaires. La difficulté de parvenir à respecter les délais de transposition, particulièrement aigüe à certaines périodes, a conduit à l'établissement d'une procédure spécifique pour cette seule opération par le biais d'une circulaire⁹⁴ confiant le rôle central en la matière au SGAE et par l'élaboration par ce dernier d'un guide de bonnes pratiques. Dans ce cadre, des instances administratives particulières destinées à assurer la programmation de la transposition ont été mises en place⁹⁵.

On peut également noter l'existence de structures de coopération administrative spécifique imposées par le droit de l'Union comme le réseau européen de la concurrence ou le réseau SOLVIT⁹⁶ sur la résolution des difficultés rencontrées par les citoyens dans la mise en œuvre du droit de l'Union, au sein duquel le centre français⁹⁷ se distingue à la fois par le nombre de dossiers dont il est saisi (environ 20% de l'activité totale du réseau) et par le taux de résolution des dossiers (environ 97%). D'autres structures, non directement imposées, comme l'institution des magistrats de liaison, contribuent également à la mise en œuvre efficace de certains aspects du droit de l'Union (en l'occurrence le mandat d'arrêt européen).

III. 1 Problèmes juridiques spécifiques dans l'exécution indirecte ou partagée du droit de l'Union

Les juridictions françaises sont désormais pleinement conscientes de leur rôle de juge de droit commun du droit communautaire⁹⁸. Après un certain nombre de vicissitudes tenant à la difficulté de trouver un juge sanctionnant la violation par le législateur de la norme

⁹² Alors qu'elle aurait pu s'appuyer sur la jurisprudence *Factortame* pour se reconnaître un tel pouvoir d'ordonner des mesures provisoires (CJCE, 19 juin 1990, *The Queen c/ Secretary of state for transport*, aff. C-213/89, Rec. p. I-2433).

⁹³ Cass., QPC, 29 juin 2010, *Melki et Abdeli*, n°10-40.002.

⁹⁴ Voir la circulaire du premier ministre du 27 septembre 2004, JORF n0203 du 2 octobre 2004, p.16920.

⁹⁵ Voir le rapport précité *Directives européennes : anticiper pour mieux transposer*.

⁹⁶ http://ec.europa.eu/solvit/index_fr.htm

⁹⁷ <http://www.sgae.gouv.fr/site/sgae/SGAE/SOLVIT-Citoyens-et-entreprises>

⁹⁸ Même si l'expression elle-même n'a fait qu'une apparition tardive dans la jurisprudence elle-même. voir, pour le Conseil d'Etat, CE, ass., 30 oct. 2009, *Perreux* : Rec. CE 2009, p. 407.

communautaire⁹⁹ et une sorte de quiproquo quant à la question de l'effet direct des seules directives¹⁰⁰, il n'existe presque plus désormais de difficulté quant aux principes de primauté¹⁰¹ et d'effet direct¹⁰². La seule difficulté qui demeure est celle du refus de la primauté de la norme communautaire sur la norme constitutionnelle nationale¹⁰³. Encore faut-il souligner que l'usage par le Conseil d'Etat du principe d'équivalence le conduit, dès lors que la contrariété éventuelle concerne un texte communautaire et un droit ou un principe constitutionnel qui a son équivalent dans le droit de l'Union, à renvoyer la question au juge communautaire¹⁰⁴, ce qui limite fortement les hypothèses dans lesquelles le juge national pourrait être amené à écarter la norme communautaire en raison de sa contrariété avec la norme constitutionnelle interne¹⁰⁵. Enfin, on notera que si jusque dans les années 1980, différents travaux de doctrine ont démontré la réticence du Conseil d'Etat¹⁰⁶ comme de la Cour de cassation¹⁰⁷ à saisir la CJUE, l'un comme l'autre ont en revanche, schématiquement depuis les années 1990, saisi beaucoup plus régulièrement la Cour. Ces renvois ne semblent pas révéler de situations dans lesquelles un particulier serait dépourvu de protection juridictionnelle complète.

III.4 Réactions à l'établissement au niveau de l'Union des principes et règles de procédures pour l'exécution des politiques de l'Union

S'agissant de **l'application d'exigences procédurales dans des domaines spécifiques** de l'action communautaire, il est difficile d'appréhender globalement la question. Elle s'est récemment posée en matière de droit des étrangers s'agissant de l'articulation de la directive « retour » avec les implications du droit d'être entendu dont on avait pu mesurer les potentialités dans le cadre du droit d'asile¹⁰⁸. Elle a, sur ce sujet, suscité une certaine inquiétude initiale sur ses potentialités, avant que la jurisprudence de la Cour ne vienne apaiser ces craintes.

Preuve de l'effervescence suscitée par cette question, alors que le dialogue préjudiciel est usuellement en France actionné uniquement par le Conseil d'Etat dans l'ordre juridique

⁹⁹ Le Conseil constitutionnel qui semblait, au regard de la formulation de l'article 55 de la Constitution, tout désigné pour ce faire ayant décliné sa compétence (Cons. const., 15 janv. 1975, déc. n°74-54 DC : Rec. Cons. const. p.19) et le juge ordinaire étant, selon la conception française de la séparation des pouvoirs, interdit d'examiner la loi (CE, 6 novembre 1936, *Arrighi et Dame Coudert*, D., 1938, 3, p.1).

¹⁰⁰ CE, Ass., 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c/ Cohn-Bendit*, Rec. p. 524

¹⁰¹ Sanctionnée par le juge judiciaire depuis Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, *Administration des douanes c/ Sté « cafés Jacques Vabre »* : Bull. civ. I, n°4 et par le juge administratif depuis CE, Ass., 20 oct. 1989, *Nicolo* : Rec. p.190, concl. P. Frydman.

¹⁰² S'agissant de la pleine acceptation de l'effet direct des directives, en réalité déjà largement compensée par l'acceptation d'autres formes d'invocabilité, voir l'arrêt *Perreux* du Conseil d'Etat précité et, pour la cour de cassation, Crim. 10 avril 1995, n°94-81.138, Bull. crim. n°52 et Civ. 1ère, 23 novembre 2004, n°03-10.636, Bull. civ.I, n°280.

¹⁰³ CE, 3 décembre 2001, *Syndicat National de l'Industrie Pharmaceutique* et Cass, Ass. plén., 2 juin 2000, *Mlle Fraisse* : RGDI publ., 2000, p.985, concl. Joinet.

¹⁰⁴ Suivant la jurisprudence CE, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, Rec. p.55.

¹⁰⁵ Sur l'ensemble de ces questions, voir par exemple Marie Gautier, « Le droit de l'Union européenne », in P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka (dir.), *Traité de droit administratif*, Dalloz, 2011, tome 1, p.455-489

¹⁰⁶ Voir ainsi Sébastien Platon, « La pratique du Conseil d'Etat en matière de questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne », AJDA 2015, p. 260 et Claire Vocanson, *Le Conseil d'Etat français et le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2014, spéc. p.331.

¹⁰⁷ Voir Denys Simon, Avant-propos au rapport sur *La cour de cassation et la construction juridique européenne*, Rapport annuel 2006, p.82.

¹⁰⁸ CJUE, 22 novembre 2012, *M. M. c/ Minister for Justice, Equality and Law Reform, Ireland, Attorney General*, aff. C-277/11

administratif, deux questions préjudicielles ont été sur ce point posées par deux tribunaux administratifs français qui soulèvent une même question : le droit d'être entendu consacré par l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union¹⁰⁹ implique-t-il le droit pour un étranger de présenter ses observations dans la procédure conduisant l'administration à adopter une décision d'éloignement et si oui, selon quelles modalités et avec quelles limites ?

La question avait été partiellement tranchée par la CJUE dans son arrêt du 10 septembre 2013 *M.G. et N.R.*¹¹⁰ qui ne traitait il est vrai pas de la procédure préalable à l'adoption d'une décision d'éloignement, mais d'une hypothèse de décision de maintien en rétention d'un étranger en situation irrégulière. Les questions n'en étaient pas moins voisines. Or, dans l'arrêt du 10 septembre 2013, la cour a d'abord eu une réponse non dépourvue d'ambiguïté sur le fait que l'article 41 de la Charte était également applicable aux Etats, avant de préciser ce point en excluant logiquement¹¹¹ une telle applicabilité dans sa réponse à l'une des deux questions préjudicielles françaises. Dans l'arrêt *Boudjlida* du 11 décembre 2014, la Cour a en effet clairement posé que l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union « s'adresse non pas aux États membres, mais uniquement aux institutions, aux organes et aux organismes de l'Union »¹¹². Mais cette précision est toutefois sans réelle incidence sur la question de fond dès lors que dans le même temps, la Cour a rappelé que le droit d'être entendu dans toute procédure « fait en revanche partie intégrante du respect des droits de la défense, principe général du droit de l'Union »¹¹³ et s'impose à ce titre aux Etats mettant en œuvre le droit de l'Union.

Ces précisions apportées, la Cour a donné dans l'arrêt de 2013 une interprétation très pragmatique du droit d'être entendu dans une procédure conduisant à un renouvellement d'une décision de placement en rétention d'un étranger en situation irrégulière. Elle considère en effet qu'il n'y aurait violation d'un tel droit dans le cadre des décisions de maintien en rétention que si, en raison des données de droit et de fait de l'espèce, l'intervention du requérant aurait pu conduire à l'adoption d'une décision différente. Cette interprétation est alors justifiée par la Cour par la nécessité de préserver l'effet utile de la directive « retour ». La position retenue par la Cour, qui n'est pas sans rappeler l'inspiration de l'arrêt rendue par l'assemblée du contentieux du Conseil d'Etat français dans l'affaire *Danthony* le 23 décembre 2011¹¹⁴, est en réalité la première application en dehors du droit de la concurrence d'une

¹⁰⁹ Qui traite plus globalement du droit à une bonne administration et pose que : « 1. Toute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions, organes et organismes de l'Union.

2. Ce droit comporte notamment:

a) le droit de toute personne d'être entendue avant qu'une mesure individuelle qui l'affecterait défavorablement ne soit prise à son encontre ;

b) le droit d'accès de toute personne au dossier qui la concerne, dans le respect des intérêts légitimes de la confidentialité et du secret professionnel et des affaires ;

c) l'obligation pour l'administration de motiver ses décisions.

3. Toute personne a droit à la réparation par l'Union des dommages causés par les institutions, ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres.

4. Toute personne peut s'adresser aux institutions de l'Union dans une des langues des traités et doit recevoir une réponse dans la même langue ».

¹¹⁰ aff. C-383/13/PPU.

¹¹¹ Voir L. Azoulai et L. Clément-Wilz, « La bonne administration », in *Droit administratif européen*, J. Dutheil de la Rochère et J.-B. Auby (dir.), Bruylant, 2007, p.695.

¹¹² CJUE, 11 décembre 2014, *Boudjlida*, aff. C-249/13, point 32.

¹¹³ idem, point 34.

¹¹⁴ Au terme duquel « un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable (...) n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer en l'espèce une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie ».

jurisprudence classique dans ce champ débutée avec un arrêt de la CJUE du 10 juillet 1980 *Distillers compagny c/ Commission*¹¹⁵.

Dans le prolongement de l'arrêt *MG et NR* et de l'idée que le droit d'être entendu n'est pas violé dès lors qu'utilisé il n'aurait pas modifié le sens de la décision adoptée, la Cour a jugé dans les arrêts préjudiciels rendus sur les renvois français que ce droit n'obligeait pas l'administration à entendre l'étranger spécifiquement au sujet d'une décision de retour dès lors que cette décision était prise après que l'étranger ait été mis en mesure de se faire entendre dans le cadre d'une autre procédure d'examen d'une demande de titre de séjour¹¹⁶. On notera que, anticipant sur l'arrêt *Mukarubega* précité qui sera rendu le 4 novembre, le Conseil a, dès le 4 juin 2014, adopté une solution comparable dans un arrêt, *Halifa*¹¹⁷.

S'agissant ensuite de la thématique de la **codification de la procédure non contentieuse** au niveau de l'Union européenne, elle semble être plutôt bien perçue dans son principe par les acteurs institutionnels français. Il est vrai que la France vient elle-même, précisément, de procéder à une codification en cette matière¹¹⁸. On sait par ailleurs que le vice-président du Conseil d'Etat a participé à la conférence réunie sous l'égide du médiateur européen les 19 et 20 mai 2014, au cours de laquelle le groupe de travail réunissant des universitaires réunis à la suite de la résolution du Parlement européen du 15 janvier 2013 a présenté un projet de codification très détaillée¹¹⁹. A ce stade toutefois, il est difficile de déterminer quelles pourraient être les réactions de ces institutions au regard d'un contenu qui reste à déterminer.

Sauf de manière marginale – en particulier l'auteur de ce questionnaire, particulièrement impliqué dans ce processus, la doctrine française ne semble pas à ce stade avoir réagi très clairement à ces initiatives.

3.3 La gestion conjointe des fonds de l'Union et notamment des fonds structurels

III. 5 Répartition des compétences en matière de fonds structurels

La doctrine en la matière est particulièrement pauvre, sans que les auteurs du présent rapport ne sachent précisément l'expliquer.

En cette matière, la France a connu il y a peu une véritable rupture puisque l'article 78 de la loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique et d'affirmation des métropoles (dite MAPTAM) a consacré l'engagement du président de la République à faire des régions les chefs de file en matière de gestion et de mise en œuvre des programmes opérationnels des fonds européens, à l'exception de certaines actions relevant du FSE qui

¹¹⁵ Aff. 30/78, Rec. p. 22229, point 26. La Cour de justice des Communautés avait ainsi jugé qu'il n'était pas nécessaire pour elle d'examiner les irrégularités procédurales invoquées contre la Commission et justifié ainsi sa position : « il n'en serait autrement que s'il existait une possibilité qu'en l'absence de ces irrégularités de procédures la procédure administrative aurait pu aboutir à un résultat différent ».

¹¹⁶ CJUE, 5 novembre 2014, *Mukarubega*, aff. C-166/13.. Voir également, dans une inspiration voisine mais en matière de motivation des actes, l'arrêt du CE du 10 octobre 2013, *Friki*, n°359221.

¹¹⁷ n°370515, publié au recueil.

¹¹⁸ Ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration, JORF n°0248 du 25 octobre 2015 page 19872

¹¹⁹ Voir le site internet de ReNEUAL (Réseau de recherche sur le droit administratif de l'Union européenne) présentant le projet et l'intervention de J.-M. Sauvé au cours de la conférence précitée, publiée sur le site internet du Conseil d'Etat.

peuvent être déléguées aux départements par l'Etat. Cette nouvelle orientation s'est traduite par l'adoption du décret n° 2014-580 du 3 juin 2014 « relatif à la gestion de tout ou partie des fonds européens pour la période 2014-2020 »¹²⁰ qui précise les conditions dans lesquelles les régions qui le souhaitent pourront devenir autorité de gestion d'un programme.

III.6 Jurisprudence nationale relative aux fonds structurels

La jurisprudence nationale en matière de fonds structurels n'est pas très abondante mais les quelques affaires trouvées dans la jurisprudence de la juridiction administrative se révèlent intéressantes s'agissant de la question de la répartition des compétences entre les autorités nationales et de l'Union. C'est ainsi par exemple que dans l'arrêt du 27 juin 2014, *Commune de Vendranges* (n°364466, publié au Recueil), le Conseil d'Etat a jugé que la décision par laquelle la Commission avait réclamé le remboursement par une commune d'aides indument perçues, décision dont la commune avait eu connaissance et dont elle n'avait pas contesté la légalité devant le juge de l'Union dans les délais prescrits, ne pouvait ensuite être remise en cause et s'imposait donc à l'ensemble des autorités nationales.

Bien plus problématique du point de vue de la protection du droit au recours des bénéficiaires éventuels des aides communautaires est l'affaire Euro-Corsica Race. Cette affaire trouve son origine dans l'exécution d'un programme d'initiative communautaire Interreg III Italie-France « Iles » entre la Sardaigne, la Corse et la Toscane approuvé par la Commission¹²¹. Dans le cadre de l'exécution de ce programme pour lequel la Sardaigne a été désignée comme autorité de gestion et la Corse comme autorité de gestion et de paiement auxiliaire, la décision d'attribution des subventions a été confiée à un comité de gestion comportant des représentants des trois collectivités concernées et de la Commission. La course de voilier organisée par l'association Euro-Corsica Race a, sur la base d'une décision du comité de gestion du 18 juillet 2002, bénéficié de subventions versées par la collectivité de Corse pour son édition 2002 mais n'a plus reçu de subvention pour l'édition 2003. Elle a alors engagé une action en responsabilité contre la collectivité de Corse, fondée notamment sur le retrait illégal selon la requérante de la décision du 18 juillet 2002 qui selon elle lui accordait une subvention pour plusieurs éditions. Après que la cour administrative d'appel de Marseille se soit fait censurer par le Conseil d'Etat pour avoir soulevé d'office sans en avertir les parties le moyen tiré de son incompétence¹²², elle a, cette fois-ci en permettant aux parties de répondre, fondé une part de sa décision sur le fait que « le juge administratif français n'est compétent ni pour apprécier la légalité, contestée par les requérants, de la décision en date du 18 juillet 2002 prise par ce comité de gestion, lequel ne saurait être regardé comme une autorité nationale, ni pour apprécier la légalité du retrait allégué de cette décision par ledit comité »¹²³. Ce faisant, la cour administrative d'appel a respecté une stricte orthodoxie s'agissant de la définition de la compétence de la juridiction administrative française, laquelle s'arrête en principe au contrôle des autorités nationales¹²⁴. Mais une telle position suscite en retour une difficulté

¹²⁰ Pour un commentaire voir notamment L. Midol-Monnet, « Premier pas vers une gestion décentralisée des fonds structurels. - À propos du décret relatif à la gestion de tout ou partie des fonds européens pour la période 2014-2020 », JCP A n° 36, 8 Septembre 2014, 2253.

¹²¹ règlement (CE) n°1260/1999.

¹²² CE, 6 juin 2012, Association Euro-Corsica, n°348109

¹²³ CAA Marseille, 4 décembre 2012, Association Euro-Corsica Race, n°12MA02475.

¹²⁴ Voir sur la position de principe et l'une des rares exceptions, M. Gautier, *Le dépassement du caractère national de la juridiction administrative française : le contentieux Schengen*, Droit administratif, n°5, mai 2005, p.7-11

majeure s'agissant du contrôle de cet administratif transnational particulier¹²⁵ et pour laquelle on peine, en l'état actuel de la jurisprudence, à trouver une solution satisfaisante. Elle n'implique évidemment pas que le juge administratif français s'interdise dans tous les cas de figure d'examiner la légalité du refus de verser une subvention tiré des fonds européens : au contraire, il s'est déjà reconnu compétent pour connaître du litige né du refus du ministre du travail de verser à un organisme deux subventions reçues du fonds social européen pour des opérations de formation réalisées par cet organisme et agréées par la Commission¹²⁶. Mais sa compétence se limite à l'examen des décisions émanant des seules autorités françaises ce qui peut paraître insuffisant dans l'hypothèse de programmes transnationaux.

On notera enfin que la gestion des fonds structurels a donné lieu à un renvoi préjudiciel du Conseil d'Etat à la Cour de justice sur la question de savoir si le droit communautaire constituait à lui seul un titre de compétence suffisant pour permettre aux autorités nationales de récupérer des aides versées au titre des fonds structurels dès lors que le bénéficiaire de l'aide l'avait utilisée en violation des dispositions du droit de l'Union et notamment des dispositions en matière de passation des marchés publics¹²⁷. La réponse favorable de la Cour¹²⁸ est de ce fait venue renforcer les pouvoirs des administrations nationales en matière de répétition de l'indu.

Bibliographie :

Le questionnaire invitant à examiner la présentation usuellement faite par la doctrine juridique des questions examinées, nous avons essentiellement utilisées les manuels et fascicules d'encyclopédie suivants :

- M. Blanquet, Compétences de l'Union, fasc. 170 et 171, Jurisclasseur Europe
- C. Blumann et L. Dubouis, Droit institutionnel de l'union européenne, Lexisnexis, 5^{ème} éd.
- V. Constantinesco et V. Michel, Compétences, Répertoire de droit européen, Dalloz
- G. Isaac et M. Blanquet, Droit général de l'Union européenne, Sirey, 10^{ème} éd.
- J.-P. Jacqué, Droit institutionnel de l'Union européenne, Dalloz, 8^{ème} éd.
- J. Pertek, Droit des institutions de l'Union européenne, PUF, 4^{ème} éd.
- J. Rideau, Droit institutionnel de l'Union européenne, LGDJ, 6^{ème} éd.
- J. Roux, Droit général de l'Union européenne, Lexis Nexis, 2012.
- D. Simon, Le système juridique communautaire, PUF, 2001.

¹²⁵ A l'inverse des actes administratifs transnationaux que l'on croise le plus souvent qui émanent d'autorités nationales mais projettent leurs effets au-delà du territoire de leur Etat par le biais d'une habilitation du droit communautaire (voir sur ce thème peu examiné par la doctrine française et introduit par la doctrine allemande, M. Gautier, *Une autre traversée du Rhin. A propos de l'acte administratif transnational*, AJDA 2015, p.1139-1143), l'on est en présence d'un acte administratif émanant lui-même d'une autorité administrative transnationale.

¹²⁶ CE, Sect., 4 juin 1982, n°30129, *Ministre du travail et de la participation c/ Centre d'études et de promotion du tourisme*.

¹²⁷ CE, 5 juillet 2010, *Ministre de l'Intérieur c/ CCI de l'Indre*, n°308601.

¹²⁸ CJCE, 21 décembre 2011, *ministre de l'intérieur c/ Cci de l'Indre*, aff. C-465/10, mise en œuvre par CE, 21 mars 2012, *Ministre de l'intérieur c/CCI de l'Indre*, n°308601.