



COLLÈGE JURIDIQUE
franco-roumain d'études européennes

Année Universitaire 2011/2012
Licence II — Semestre I

DROIT INSTITUTIONNEL DE L'UNION EUROPEENNE

Cours de M.Fabrice HOURQUEBIE, Professeur, Université de Bordeaux
Travaux dirigés de Mlle Monica BURUIANA, ATER Droit privé, Université de Bordeaux

Séance n°7 : La répartition des compétences dans l'Union européenne

DOCUMENTS FOURNIS :

- Document n°1 : Institutions et autres organes de l'Union Européenne, http://europa.eu/institutions/index_fr.htm , à consulter.
- Document n°2 : Articles 5 et 308 du Traité instituant la Communauté européenne (TCE), JO C 321 E du 29 décembre 2006, pp. 327-329, extraits.
- Document n°3 : Articles 2 à 6 TFUE, 2008/C115/01, JOUE du 9 mai 2008, p.50 et s.
- Document n°4 : F. CHALTIEL, « Le Traité de Lisbonne : la répartition des compétences entre l'Union européenne et les Etats membres », Petites affiches, 15 février 2008, n°34, p. 6.
- Document n°5 : L. GUILLOUD, « Le principe de subsidiarité en droit communautaire et en droit constitutionnel », Petites affiches, 19 avril 2007, n° 79, p. 53.

RESSOURCES ET BIBLIOGRAPHIE COMPLEMENTAIRES :

- « Compétences de l'Union et des Communautés européennes », in J. RIDEAU, Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes, p. 467 et s. (à consulter en bibliothèque).
- « Compétences concurrentes », in G. ISAAC, M. BLANQUET, Droit général de l'Union européenne, 9^e édition, Dalloz Sirey, 2006, pp. 55-56.
- V. CONSTANTINESCO : « La responsabilité de la Commission européenne : la crise de 1999 », Pouvoirs, n°92, 2000, p. 117-131, <http://www.revue-pouvoirs.fr/La-responsabilite-de-la-Commission.html>
- V. CONSTANTINESCO, « La répartition des compétences entre l'Union et les Etats membres : le point de vue de l'Union européenne », in Nicolas MICHEL (éd.), Une Constitution pour l'Europe. Expériences suisses et perspectives européennes, Fribourg, Editions universitaires Fribourg, 2003, p.29.

- « Le processus décisionnel et l'assouplissement des coopérations renforcées. Un réel renforcement de la capacité décisionnelle des institutions communautaires ? », in V. CONSTANTINESCO, Y. GAUTIER ET D. SIMON, Le traité de Nice : premières analyses, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 117.
- V. CONSTANTINESCO, La réforme du système institutionnel de l'UE, Analele Universității din București, - seria Drept, 2002- III-IV p. 6.
- De V. MICHEL, V. CONSTANTINESCO, Ph. MANIN, Recherches sur les compétences de la communauté européenne, L'Harmattan, 2003.
- V. CONSTANTINESCO, Y. GAUTIER, V. MICHEL (sous la dir.), Le traité établissant une Constitution pour l'Europe ; Analyses et Commentaires, Presses Universitaires de Strasbourg, 2005.
- E. BROSSET, C. CHEVALLIER-GOVERS, V. EDJAHARIAN et C. SCHNEIDER (sous la dir.), Le traité de Lisbonne. Reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l'union européenne ?, Bruylant, 2009.

EXERCICE :

Vous traitez le sujet suivant :

La répartition des compétences et le traité de Lisbonne

DOCUMENT n°1 : Institutions et autres organes de l'Union Européenne

[http://europa.eu/institutions/index fr.htm](http://europa.eu/institutions/index_fr.htm)

DOCUMENT n°2 : Articles 5 et 308 du Traité instituant la Communauté européenne (TCE).

JO C 321 E du 29 décembre 2006, pp. 327-329, extraits.

Article 5

La Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent traité.

Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire.

Article 308

Si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objets de la Communauté, sans que le présent traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, prend les dispositions appropriées.

DOCUMENT n°3 : Articles 2 à 6 TFEU. 2008/C115/01. JOUE du 9 mai 2008. p.50 et s.

[...]

TITRE I CATÉGORIES ET DOMAINES DE COMPÉTENCES DE L'UNION

Article 2

~~1-~~Lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence exclusive dans un domaine déterminé, seule l'Union peut légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants, les États membres ne pouvant le faire par eux-mêmes que s'ils sont habilités par l'Union, ou pour mettre en oeuvre les actes de l'Union.

~~2-~~Lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence partagée avec les Etats membres dans un domaine déterminé, l'Union et les Etats membres peuvent légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants dans ce domaine. Les Etats membres exercent leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne. Les Etats membres exercent à nouveau leur compétence dans la mesure où l'Union a décidé de cesser d'exercer la sienne.

~~3-~~Les Etats membres coordonnent leurs politiques économiques et de l'emploi selon les modalités prévues par le présent traité, pour la définition desquelles l'Union dispose d'une compétence.

~~4-~~L'Union dispose d'une compétence, conformément aux dispositions du traité sur l'Union européenne, pour définir et mettre en oeuvre une politique étrangère et de sécurité commune, y compris la définition progressive d'une politique de défense commune.

~~5-~~Dans certains domaines et dans les conditions prévues par les traités, l'Union dispose d'une compétence pour mener des actions pour appuyer, coordonner ou compléter l'action des Etats membres, sans pour autant remplacer leur compétence dans ces domaines.

Les actes juridiquement contraignants de l'Union adoptés sur la base des dispositions des traités relatives à ces domaines ne peuvent pas comporter d'harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres.

~~6-~~L'étendue et les modalités d'exercice des compétences de l'Union sont déterminées par les dispositions des traités relatives à chaque domaine.

Article 3

~~1-~~ L'Union dispose d'une compétence exclusive dans les domaines suivants:

~~a)~~ l'union douanière;

~~b)~~ l'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur;

~~c)~~ la politique monétaire pour les Etats membres dont la monnaie est l'euro;

~~d)~~ la conservation des ressources biologiques de la mer dans le cadre de la politique commune de la pêche;

~~e)~~ la politique commerciale commune.

~~2-~~ L'Union dispose également d'une compétence exclusive pour la conclusion d'un accord international lorsque cette conclusion est prévue dans un acte législatif de l'Union, ou est nécessaire pour lui permettre d'exercer sa compétence interne, ou dans la mesure où elle est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée.

Article 4

~~1-~~ L'Union dispose d'une compétence partagée avec les Etats membres lorsque les traités lui attribuent une compétence qui ne relève pas des domaines visés aux articles 3 et 6.

~~2-~~ Les compétences partagées entre l'Union et les Etats membres s'appliquent aux principaux domaines suivants:

~~a)~~ le marché intérieur;

~~b)~~ la politique sociale, pour les aspects définis dans le présent traité;

~~c)~~ la cohésion économique, sociale et territoriale;

~~d)~~ l'agriculture et la pêche, à l'exclusion de la conservation des ressources biologiques de la mer;

~~e)~~ l'environnement;

~~f)~~ la protection des consommateurs;

~~g)~~ les transports;

~~h)~~ les réseaux transeuropéens;

~~i)~~ l'énergie;

j) l'espace de liberté, de sécurité et de justice;

k) les enjeux communs de sécurité en matière de santé publique, pour les aspects définis dans le présent traité.

~~3-~~ Dans les domaines de la recherche, du développement technologique et de l'espace, l'Union dispose d'une compétence pour mener des actions, notamment pour définir et mettre en oeuvre des programmes, sans que l'exercice de cette compétence ne puisse avoir pour effet d'empêcher les Etats membres d'exercer la leur.

~~4-~~ Dans les domaines de la coopération au développement et de l'aide humanitaire, l'Union dispose d'une compétence pour mener des actions et une politique commune, sans que l'exercice de cette compétence ne puisse avoir pour effet d'empêcher les Etats membres d'exercer la leur.

Article 5

1- Les Etats membres coordonnent leurs politiques économiques au sein de l'Union. A cette fin, le Conseil adopte des mesures, notamment les grandes orientations de ces politiques. Des dispositions particulières s'appliquent aux Etats membres dont la monnaie est l'euro.

2- L'Union prend des mesures pour assurer la coordination des politiques de l'emploi des Etats membres, notamment en définissant les lignes directrices de ces politiques.

3- L'Union peut prendre des initiatives pour assurer la coordination des politiques sociales des Etats membres.

Article 6

L'Union dispose d'une compétence pour mener des actions pour appuyer, coordonner ou compléter l'action des Etats membres. Les domaines de ces actions sont, dans leur finalité européenne:

→ la protection et l'amélioration de la santé humaine;

→ l'industrie;

→ la culture;

→ le tourisme;

→ l'éducation, la formation professionnelle, la jeunesse et le sport;

→ la protection civile;

→ la coopération administrative.

[...]

DOCUMENT n°4 : F. CHALTIEL. « Le Traité de Lisbonne : la répartition des compétences entre l'Union européenne et les Etats membres ». Petites affiches. 15 février 2008, n°34. p. 6.

Le Traité de Lisbonne : la répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres

Le Traité de Lisbonne devait répondre aux craintes liées à l'idée de « Constitution européenne » et permettre dans le même temps une relance de l'Union européenne. La répartition des compétences illustre cette double nécessité. Les compétences européennes sont recadrées par le Traité, sans pour autant renoncer aux ambitions de nouveaux transferts de compétences. Il s'inscrit en cela au coeur de la philosophie européenne de l'effet d'engrenage des transferts de compétences, tout en ménageant les souverainetés (1).

Introduction : la construction européenne. entre principe de spécialité et principe de subsidiarité

L'histoire de la construction communautaire, puis européenne est celle de transferts de compétences des Etats membres vers l'Union européenne. Le principe de spécialité, qui régit d'emblée les transferts de compétences vers l'Europe, se trouve relu à l'aune d'un autre principe, plus généreux de compétences, le principe de subsidiarité (2). Ce principe, d'essence fédérale, et donc porteur d'intégration, imprègne toute la construction communautaire, d'abord de manière implicite, puis de façon explicite. Le principe de spécialité est un principe classique du droit international. Il atteste de l'origine nationale des compétences. Les compétences transférées aux organisations internationales ne le sont que par la volonté des Etats. On rappellera cependant ici les volontés anciennes d'inverser le principe. Selon le Traité instituant la Société des nations (3), le point d'origine des compétences était ladite société, les Etats étant alors réputés exercer les compétences dévolues par l'ordre juridique international. Kelsen, dans sa théorie de la hiérarchie des normes avait d'ailleurs démontré que l'origine des compétences, nationale ou internationale, n'était qu'un postulat, par définition indémontrable. Cependant, la souveraineté des Etats postule la maîtrise des compétences internes et des compétences dévolues à l'ordre international. La compétence de la compétence, comme définissent les auteurs allemands la souveraineté, permet aux Etats de revendiquer la plénitude de compétences avant transfert.

Ainsi, la Communauté européenne débute comme une organisation internationale classique sur ce registre. Mais dès ses débuts, les pères fondateurs (5) développent la théorie du « spill-over » ou effet d'engrenage. Le principe général tient dans la nécessité de ne transférer de compétences que peu à peu. On a parlé de la méthode des « petits pas » à ce propos. Par effet d'engrenage, et sans heurter les souverainetés des Etats, de nouvelles compétences devaient être transférées. A titre d'exemple, il est possible d'évoquer la libre circulation des travailleurs. Ce principe fait partie des quatre grandes libertés inhérentes à la construction d'un marché commun. Il appelle nécessairement une série d'autres compétences, qu'il s'agisse de règles de coordination ou

d'harmonisation des diplômes, mais encore des règles de protection sociale. Sur ce registre d'ailleurs, l'engrenage se poursuit, sans que la libre circulation ne soit encore pleinement assurée. A partir de 1992, lors de la signature du Traité de Maastricht, le principe de subsidiarité est explicitement inscrit dans les traités (6). Désormais, les compétences partagées entre les Etats et l'Union européenne s'exercent conformément au principe de subsidiarité. Ce principe à double tranchant permet alors de concilier à la fois les tenants de compétences nationales protégées et les tenants d'une intégration européenne renforcée. Il est un principe fédéral qui signifie que les décisions doivent être prises le plus près possible des citoyens. Dans ce sens, il privilégie donc la compétence nationale. Il signifie dans le même temps que l'autorité plus lointaine, en l'occurrence la Communauté européenne, n'est habilitée à agir que si les effets et la compétence excèdent la capacité des Etats. Dans ce sens, le principe donne donc une base de développement des compétences européennes.

Les premières applications du principe de subsidiarité ont conduit la Commission à opérer un bilan des normes en vigueur afin d'en proposer des modifications au regard du principe de subsidiarité. Ainsi, l'inscription officielle complète la présence implicite du principe de subsidiarité au long du développement européen. Cette présence se lit dans plusieurs domaines, outre la philosophie du « spill-over ». La directive européenne, en se bornant à fixer des objectifs à atteindre, en laissant aux Etats le choix des formes et des procédures, s'inscrit dans cette logique. Dans le même sens, l'article 308 (352 nouvelle numérotation) du Traité Communauté européenne, qui existe dès le Traité de Rome, et souvent qualifié de révision rampante, est empreint de subsidiarité. Il permet en effet au Conseil, statuant à l'unanimité, de donner des compétences supplémentaires à la Communauté si celles-ci sont nécessaires pour atteindre les objectifs fixés par le Traité. C'est par exemple sur cette base juridique que la politique régionale commune a pu être commencée dès 1975, avec la création du Fonds européen de développement régional (FEDER). Cette base juridique n'est d'ailleurs pas sans limite. En effet, lorsque la Cour a été saisie sur le point de savoir si l'article 308 pouvait servir de base juridique pour une adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, sa réponse a été négative. L'argument de droit était alors que la protection des droits de l'homme n'étant pas en soi, un objectif de la communauté, l'article en question ne pouvait être utilisé dans ce but. Le Traité de Lisbonne comporte des éléments relatifs à cet ensemble de précisions liées à la fois au principe de spécialité et au principe de subsidiarité. Sans le dire ainsi, il fait une sorte de bilan des rapports subsidiarité/spécialité. Le Traité de Lisbonne doit se lire au regard du contexte de son élaboration, sans doute encore davantage sur ce point que sur d'autres. Il s'agit en effet de concilier plusieurs positions différentes et de rassurer les Etats qui avaient rejeté l'idée d'une Constitution européenne. Ce contexte explique alors une certaine ambiguïté du Traité. On observe en effet d'une part, une réaffirmation du principe de spécialité, ou la volonté de préserver les compétences nationales (I), et d'autre part, la réalisation de nouveaux transferts de compétence ou la nécessité de renforcer les compétences européennes (II).

I—La réaffirmation du principe de spécialité. ou la volonté de préserver les compétences nationales

Le Traité donne une impression nette de recadrage des compétences européennes. Les traités européens, depuis l'origine, ne cessent de transférer des compétences nationales vers la Communauté européenne, puis l'Union européenne. Telle est la logique de l'effet d'engrenage, une compétence en appelant nécessairement de nouvelles.

La question des compétences est extrêmement sensible. Elle touche au coeur des enjeux de pouvoirs politiques entre l'Union européenne et les Etats membres. Ces derniers ont toujours témoigné d'une sorte de schizophrénie en la matière. Conscients de la nécessité de mettre en commun des compétences, de transférer de vrais pouvoirs de décision à l'Union, ils sont dans le même temps jaloux de leur souveraineté. Cette dualité va parfois très loin. Ils ont mis en place dès le Traité de Rome un mécanisme juridictionnel sophistiqué : en cas de violation du droit européen, la Cour de justice européenne peut les condamner « en manquement » une mésaventure souvent arrivée à la France en raison de ses fréquents retards dans la transposition des directives. Lors du Traité de Maastricht, les Etats vont plus loin et inventent une nouvelle procédure que l'on appelle couramment « manquement sur manquement ». Lorsqu'un Etat ne respecte pas une première condamnation de manquement, la Cour peut le condamner à payer une astreinte et/ou une somme forfaitaire. Les Etats cherchent donc à s'obliger à respecter les transferts de pouvoirs, conscients de leurs propres défaillances !

Aujourd'hui, les pouvoirs de décision des institutions européennes touchent à tous les domaines de la vie économique et sociale des Etats membres. Pourtant les Etats veillent à sauvegarder un noyau dur de compétence nationale, resté relativement préservé (à l'exception notable de la monnaie). Les domaines les plus sensibles restent encore de la compétence nationale. C'est notamment le cas en matière de politique étrangère, quand bien même une coopération se structure et se renforce. Dans les domaines régaliens où existent des compétences européennes, le principe de vote à l'unanimité est maintenu. C'est le cas par exemple de la matière fiscale. Les transferts de compétences ont pu conduire aussi, par un effet d'engrenage, à des transferts successifs que les Etats n'avaient peut-être pas réellement envisagés. Aussi le Traité simplifié comporte-t-il des précisions qui valent « recadrage » des compétences européennes. Celles-ci se trouvent à la fois dans les dispositions concernant la protection des compétences nationales dans l'exercice quotidien des compétences (A), dans le protocole qui lui est consacré (B), dans la révision de l'article 308 (C) et dans la procédure de révision simplifiée enfin (D).

A- Les compétences nationales protégées au quotidien

Des dispositions générales (1.), comme celles plus précisément consacrées à la protection de l'ordre public (2.) attestent de la volonté de protéger les compétences nationales.

1- Les dispositions générales

Plusieurs dispositions du Traité montrent une volonté de limiter les compétences européennes et de protéger les compétences nationales. Le principe d'attribution des compétences est rappelé par le Traité sur l'Union européenne (TUE). Il signifie que toutes les compétences non attribuées à l'Union restent aux Etats membres. Le principe du respect de l'identité nationale est réaffirmé avec insistance. Le Traité précise, dans son article 3 bis (article 4 nouvelle numérotation) que « toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux Etats membres ». Selon l'article 3 ter (article 5 nouvelle numérotation), en vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les Etats membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux Etats membres.

Le principe de coopération loyale des Etats et d'assistance mutuelle est affirmé. Il est précisé que les compétences non exercées par l'Union reviennent aux Etats membres, afin de marquer le point national de l'origine des compétences. L'Union, comme dans le passé, agit conformément aux principes de subsidiarité.

Selon l'article 3 ter encore (5), en vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les Etats membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union.

Les institutions de l'Union appliquent le principe de subsidiarité conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Les parlements nationaux veillent au respect du principe de subsidiarité conformément à la procédure prévue dans ce protocole. On notera une mention au niveau local, contrairement aux précédents traités.

L'exercice quotidien des compétences nationales est aussi protégé par une insistance sur la compétence des Etats en matière de préservation de l'ordre public.

2- La compétence de l'Etat pour protéger l'ordre public

Le principe de la compétence nationale en matière de protection de l'ordre public est réaffirmé avec la plus grande vigueur à l'article 3 bis 2 (4 nouvelle numérotation) du Traité de l'Union européenne :

« L'Union respecte l'égalité des Etats membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale.

Elle respecte les fonctions essentielles de l'Etat, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque Etat membre ».

Outre cette clause générale, qui n'exclut pas la compétence de la Cour de justice européenne qui pourra veiller au bien fondé de l'argument d'ordre public, le domaine sensible de l'espace de liberté, de sécurité et de justice échappe, comme à l'accoutumée, à la compétence de la juridiction européenne.

Tel est le cas également dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice révisé. Il est précisé, ce qui était déjà le cas auparavant, que « Le titre (consacré à ce domaine) ne porte pas atteinte à l'exercice des responsabilités qui incombent aux Etats membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure ». Selon l'article 240 ter (article 276 nouvelle numérotation), dans ce domaine, « La Cour de justice n'est pas compétente pour vérifier la validité ou la proportionnalité d'opérations menées par la police ou d'autres services répressifs dans un Etat membre, ni pour statuer sur l'exercice des responsabilités qui incombent aux Etats membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure ». Ces procédures visent à éviter tout débordement de compétences de l'Union européenne. Deux arguments complémentaires en attestent. Le protocole sur l'exercice des compétences partagées, et surtout la révision de l'article 308.

~~B~~—Le protocole sur l'exercice des compétences partagées

Le protocole sur l'exercice des compétences partagées vient encore préciser : « En ce qui concerne l'article

~~2~~—paragraphe 2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne relatif aux compétences partagées, lorsque l'Union mène une action dans un certain domaine, le champ d'application de cet exercice de compétence ne couvre que les éléments régis par l'acte de l'Union en question et ne couvre donc pas tout le domaine ».

~~C~~—La révision de l'article 308 dans un sens restrictif

La révision de l'article 308 (article 352 nouvelle numérotation) s'inscrit, elle aussi, dans la logique de recadrage des compétences européennes. Cet article existe depuis le Traité de Rome. Il a souvent été qualifié de clause de révision rampante ou encore de principe de subsidiarité implicite. Il permet traditionnellement au Conseil, statuant à l'unanimité, d'étendre les compétences européennes, si les objectifs du Traité l'exigent.

Ce principe est maintenu, avec une condition supplémentaire : l'approbation du Parlement européen. De nouvelles précisions sont apportées. La Commission doit désormais aviser les parlements nationaux de ces initiatives.

Ceux-ci pourront alors s'opposer à la décision conformément à ce que prévoit le TEUE, précisé par le protocole consacré à ce domaine. De plus, toute harmonisation législative et réglementaire est exclue si les traités l'excluent. Enfin, le domaine de la politique étrangère et de sécurité est exclu.

Ces précisions appellent plusieurs remarques. La première confirme l'impression générale laissée par le Traité modificatif. Il s'agit pour les Etats de protéger davantage leurs compétences et de limiter par là même celles de l'Union, alors que l'article 308 a joué un grand rôle historiquement. Il a par exemple permis de lancer les premières bases de la politique régionale en 1975, alors même que la première version des traités ne la prévoyait pas. De nouvelles dispositions viennent donner des compétences aux parlements nationaux en matière de subsidiarité. D'ailleurs, dès 1992, au moment de la discussion sur le Traité de Maastricht, des propositions de mise en place de « chambres » de la subsidiarité avaient été émises (8). La clause relative aux parlements nationaux peut s'avérer pernicieuse. On voit bien le but recherché, qui est conforme à l'idée de démocratie à plusieurs niveaux (national et européen) que le Traité met en évidence et consacre. Il est clair cependant qu'il arrivera souvent que des parlements nationaux cherchent par ce biais à bloquer une décision, au risque de paralyser la machine communautaire ou de créer une sorte de rivalité entre l'hémicycle européen et les hémicycles nationaux.

Dans le cas où les avis motivés sur le non-respect du principe de subsidiarité par un projet d'acte législatif représentent au moins un tiers de l'ensemble des voix attribuées aux parlements nationaux, le projet doit être réexaminé.

Après ce réexamen, les autorités concernées (à l'initiative du texte) peuvent décider, soit de maintenir le projet, soit de le modifier, soit de le retirer. Cette décision doit être motivée. Au mieux, les parlements disposent donc d'un pouvoir de retarder, au pire, d'un pouvoir d'empêcher.

~~D~~—La procédure de révision simplifiée ou la possibilité de limiter les compétences européennes
Enfin, la procédure de révision s'inscrit encore dans la même logique. L'article 48 du TUE distingue une procédure normale et une procédure simplifiée de révision.

La procédure de révision ordinaire comporte des innovations à la fois quant aux acteurs et quant au contenu. L'initiative peut être gouvernementale, elle peut venir de la Commission ou encore du Parlement. Elle est transmise au Conseil européen et au Conseil. Les parlements nationaux en sont informés. La décision de lancer une révision est prise par le Conseil européen statuant à la majorité qualifiée, après consultation de la Commission et du Parlement. Dans ce cas, est convoquée une Convention composée de représentants des parlements nationaux, des chefs d'Etat ou de gouvernement des Etats membres, du Parlement européen et de la Commission.

La Banque centrale européenne est également consultée dans le cas de modifications institutionnelles dans le domaine monétaire. La Convention examine les projets de révision et adopte par consensus une recommandation à une conférence des représentants des gouvernements des Etats membres.

Celle-ci d'un commun accord adopte les modifications à apporter aux traités. Les modifications entrent en vigueur après avoir été ratifiées par tous les Etats membres conformément à leurs règles constitutionnelles respectives. Le cas d'un obstacle devant quelques Etats est prévu : si à l'issue d'un délai de deux ans à compter de la signature d'un Traité modifiant les traités, les quatre cinquièmes des Etats membres ont ratifié ledit Traité et qu'un ou plusieurs Etats membres ont rencontré des difficultés pour procéder à ladite ratification, le Conseil européen se saisit de la question.

On notera enfin, et c'est ce qui importe dans la présente démonstration, quant au contenu de la révision, une précision qui peut paraître inutile, mais qui tend sans doute à rassurer les Etats membres.

Il est en effet précisé que la révision peut soit accroître soit restreindre les compétences de l'Union européenne. Cette clause, en réalité, s'inscrit dans une des logiques du Traité qui est le recadrage strict des compétences européennes. La question se pose alors de savoir si le principe du respect de l'acquis communautaire », développé depuis l'origine de la construction européenne, sera aussi bien respecté et défendu dans le cadre de ce nouveau Traité .

Il apparaît donc toute une série d'indices et d'éléments tangibles de limitation des compétences européennes. Pour autant la construction européenne ne peut se poursuivre sans renforcer les compétences européennes. La réflexion se trouve là au coeur de la dialectique entre approfondissement et élargissement. Après l'élargissement décisif de 2004, complété en 2007, un besoin d'approfondissement est évident. C'est dans ce cadre que s'inscrit la réalisation de nouveaux transferts et la précision des compétences européennes ».

~~##~~—La réalisation de nouveaux transferts de compétences et la nécessité de préciser et renforcer les compétences européennes

Le Traité de Lisbonne apporte une simplification bienvenue des catégories de compétences européennes. Depuis les premiers traités, il semblait manquer une liste de répartition des compétences entre les Etats et la Communauté, puis l'Union européenne. Désormais ces catégories sont clarifiées (A), en même temps que des champs de compétences sont renforcés (B).

~~A~~—La clarification des catégories de compétences

Le titre I du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) est consacré aux compétences. La clarification des types de compétences, exclusives ou partagées est bienvenue. Elle était d'ailleurs déjà prévue dans le projet de Constitution.

Sur le fond, le TFUE rationalise en effet les catégories de compétences. La distinction entre compétences exclusives et compétences partagées est systématisée et explicitée. S'agissant des premières, seule l'Union peut agir. Les Etats ne peuvent agir que sur habilitation de l'Union ou pour la mise en oeuvre des politiques européennes. L'article 2 A (article 2 nouvelle numérotation) du TFUE donne la définition de la compétence exclusive. Lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence exclusive dans un domaine déterminé, seule l'Union peut légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants, les Etats membres ne pouvant le faire par eux-mêmes que s'ils sont habilités par l'Union, ou pour mettre en oeuvre les actes de l'Union. S'agissant des secondes, les Etats peuvent agir tant que l'Union ne l'a pas fait. Si elle ne le fait plus, ils peuvent de nouveau agir. Le principe de la coordination des politiques économiques et de l'emploi par les Etats membres est posé, dans les domaines de compétence européenne. Selon l'article 2 A encore, lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence partagée avec les Etats membres dans un domaine déterminé, l'Union et les Etats membres peuvent légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants dans ce domaine. Les Etats membres exercent leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne. Les Etats membres exercent à nouveau leur compétence dans la mesure où l'Union a décidé de cesser d'exercer la sienne. Le principe de la coordination des politiques économiques, posé déjà depuis le Traité de Maastricht, est rappelé. Selon l'article 2 A 3, les Etats membres coordonnent leurs politiques économiques et de l'emploi selon les modalités prévues par ledit Traité , pour la définition desquelles l'Union dispose d'une compétence.

La compétence européenne en matière de politique étrangère et de sécurité commune est rappelée, y compris la définition progressive d'une politique de défense commune. Selon l'article

2 A 4, « L'Union dispose d'une compétence, conformément aux dispositions du Traité sur l'Union européenne, pour définir et mettre en oeuvre une politique étrangère et de sécurité commune, y compris la définition progressive d'une politique de défense commune ». Enfin, est définie une catégorie de compétence plus limitée pour l'Union, sous l'appellation d'appui, de coordination ou de complément. Dans ces domaines, toute harmonisation législative et réglementaire des Etats membres est exclue. Selon l'article 2 A 5, « Dans certains domaines et dans les conditions prévues par les traités, l'Union dispose d'une compétence pour mener des actions pour appuyer, coordonner ou compléter l'action des Etats membres, sans pour autant remplacer leur compétence dans ces domaines. Les actes juridiquement contraignants de l'Union adoptés sur la base des dispositions des traités relatives à ces domaines ne peuvent pas comporter d'harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres ». Outre ces définitions, des listes correspondant à ces catégories sont données par les articles du Traité. L'article 2 B (article 3 nouvelle numérotation) donne la liste des compétences exclusives de l'Union :

« a) l'Union douanière ;

~~et~~ l'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur ;

~~et~~ la politique monétaire pour les Etats membres dont la monnaie est l'euro ;

~~et~~ la conservation des ressources biologiques de la mer dans le cadre de la politique commune de la pêche

~~et~~ la politique commerciale commune ».

L'Union dispose également d'une compétence exclusive pour la conclusion d'un accord international lorsque cette conclusion est prévue dans un acte législatif de l'Union, ou est nécessaire pour lui permettre d'exercer sa compétence interne, ou dans la mesure où elle est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée.

L'article 2 C (article 4 nouvelle numérotation) donne la liste des compétences partagées :

« a) le marché intérieur ;

~~et~~ la politique sociale, pour les aspects définis dans le présent Traité ;

~~et~~ la cohésion économique, sociale et territoriale ;

~~et~~ l'agriculture et la pêche, à l'exclusion de la conservation des ressources biologiques de la mer ;

~~et~~ l'environnement ;

~~et~~ la protection des consommateurs ;

~~et~~ les transports ;

~~et~~ les réseaux transeuropéens ;

~~et~~ l'énergie ;

j) l'espace de liberté, de sécurité et de justice ;

k) les enjeux communs de sécurité en matière de santé publique, pour les aspects définis dans le présent Traité ».

L'article 2 D (article 5 nouvelle numérotation) rappelle le principe de la coordination des politiques économiques des Etats membres. Ce principe existe depuis le Traité de Maastricht.

L'article 2 E donne la liste des compétences d'appui, de coordination ou de complément de l'Union. Il s'agit des domaines suivants :

« a) la protection et l'amélioration de la santé humaine ;

~~et~~ l'industrie ;

~~et~~ la culture ;

~~et~~ le tourisme ;

~~et~~ l'éducation, la formation professionnelle, la jeunesse et le sport ;

~~et~~ la protection civile ;

~~et~~ la coopération administrative ».

Cette classification permettra sans doute une plus grande lisibilité dans la répartition des compétences entre l'Union et les Etats. Elle sert sans aucun doute la construction européenne. Il en va de même de l'attribution de nouvelles compétences.

~~B.~~ L'attribution de nouvelles compétences

C'est surtout l'espace de liberté, de sécurité et de justice qui bénéficie de nouvelles compétences européennes.

Il en est d'abord ainsi des dispositions du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, dans le domaine de la lutte contre le terrorisme et les activités connexes. Selon l'article 61 H (article 75 nouvelle numérotation), « Lorsque la réalisation des objectifs visés à l'article 61 l'exige, en ce qui concerne la prévention du terrorisme et des activités connexes, ainsi que la lutte contre ces phénomènes, le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de règlements

conformément à la procédure législative ordinaire, définissent un cadre de mesures administratives concernant les mouvements de capitaux et les paiements, telles que le gel des fonds, des avoirs financiers ou des bénéfices économiques qui appartiennent à des personnes physiques ou morales, à des groupes ou à des entités non étatiques, sont en leur possession ou sont détenus par eux ». De même, selon l'article 69 B (article 83 nouvelle numérotation), « Le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de directives conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière résultant du caractère ou des incidences de ces infractions ou d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes. Ces domaines de criminalité sont les suivants : le terrorisme, la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, le trafic illicite de drogues, le trafic illicite d'armes, le blanchiment d'argent, la corruption, la contrefaçon de moyens de paiement, la criminalité informatique et la criminalité organisée. En fonction des développements de la criminalité, le Conseil peut adopter une décision identifiant d'autres domaines de criminalité qui remplissent les critères visés au présent paragraphe. Il statue à l'unanimité, après approbation du Parlement européen ».

Le point 2 va encore plus loin et précise : « Lorsque le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres en matière pénale s'avère indispensable pour assurer la mise en oeuvre efficace d'une politique de l'Union dans un domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation, des directives peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans le domaine concerné. Ces directives sont adoptées selon une procédure législative ordinaire ou spéciale identique à celle utilisée pour l'adoption des mesures d'harmonisation en question, sans préjudice de l'article 61 I » (9).

De même, l'article 62 (article 77 nouvelle numérotation) renforce les compétences européennes dans le domaine du contrôle aux frontières. L'article 63 bis (article 79 nouvelle numérotation) dans le domaine de la lutte contre la traite des êtres humains précise que « L'Union développe une politique commune de l'immigration visant à assurer, à tous les stades, une gestion efficace des flux migratoires, un traitement équitable des ressortissants de pays tiers en séjour régulier dans les États membres, ainsi qu'une prévention de l'immigration illégale et de la traite des êtres humains et une lutte renforcée contre celles-ci ». Il est remarquable que la procédure législative ordinaire soit applicable à ces domaines. En outre, le Traité renforce les compétences de l'Union européenne dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile et dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale. Ainsi, selon l'article 65 (article 81 nouvelle numérotation), « L'Union développe une coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires.

Cette coopération peut inclure l'adoption de mesures de rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres ». De nouveau, la procédure législative ordinaire est applicable, sauf concernant le droit de la famille. S'agissant de la coopération pénale, selon l'article 69 A (article 83 nouvelle numérotation), « La coopération judiciaire en matière pénale dans l'Union est fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires et inclut le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres dans les domaines visés au paragraphe 2 et à l'article 69 B (article 84 nouvelle numérotation) ». Selon ce dernier, « Le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de directives conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière résultant du caractère ou des incidences de ces infractions ou d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes. Ces domaines de criminalité sont les suivants : le terrorisme, la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, le trafic illicite de drogues, le trafic illicite d'armes, le blanchiment d'argent, la corruption, la contrefaçon de moyens de paiement, la criminalité informatique et la criminalité organisée. En fonction des développements de la criminalité, le Conseil peut adopter une décision identifiant d'autres domaines de criminalité qui remplissent les critères visés au présent paragraphe. Il statue à l'unanimité, après approbation du Parlement européen ».

Il faut enfin souligner l'article 69 E (article 86 nouvelle numérotation) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui prévoit que le Conseil peut, à l'unanimité, instituer un parquet européen, organe habilité à poursuivre les auteurs d'infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union et à exercer devant les juridictions françaises l'action publique relative à ces infractions. Il précise que « Pour combattre les infractions portant atteinte aux

intérêts financiers de l'Union, le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à une procédure législative spéciale, peut instituer un parquet européen à partir d'Eurojust. Le Conseil statue à l'unanimité, après approbation du Parlement européen ». Ce même article organise les modalités selon lesquelles, à défaut d'unanimité, une telle création peut néanmoins avoir lieu
(10) _____

C'est donc à un savant équilibre de répartition des compétences que les Etats sont parvenus. Intégrer les compétences pour progresser, mais sauvegarder un noyau dur pour rassurer. Cette ambiguïté, sans doute nécessaire, conduit à penser un rôle décisif pour la Cour de justice européenne à l'avenir, autant, voire davantage que par le passé.

Conclusion : le rôle décisif de la Cour de justice dans l'application à venir du Traité

La Cour de justice des Communautés européennes a traditionnellement marqué de son empreinte la construction européenne. Des premiers arrêts relatifs à la primauté du droit européen, à son effet direct, en passant par les questions de responsabilité, la Cour a joué un rôle essentiel dans l'intégration européenne. Plus récemment, elle a eu une lecture constructive des dispositions des traités les plus sensibles en termes de souveraineté. Ainsi, dans une affaire liée au droit pénal de l'environnement, elle donne raison à la Commission contre le Conseil (11). La Cour de justice interprète le Traité dans un sens restrictif de la souveraineté pénale de l'Etat membre. L'affaire porte sur une décision-cadre du Conseil adoptée sous le régime du troisième pilier avant sa communautarisation partielle. Cette décision est un instrument de lutte contre les infractions à l'environnement. Elle prévoit une liste d'infractions pour lesquelles les Etats doivent organiser des sanctions de nature pénale. En somme, ce texte porte obligation pour les Etats de mettre en place des sanctions pénales contre les auteurs d'infractions commises au détriment de l'environnement.

La Commission contestait la base juridique retenue pour l'organisation de sanctions pénales liées à l'environnement. Elle considère que le Traité CE confère des compétences à la Communauté pour imposer que les Etats prennent des sanctions, y compris de nature pénale au niveau national, lorsqu'elles s'imposent pour atteindre un objectif communautaire (12). Le Parlement européen s'est prononcé à la fois sur la proposition de directive et sur la proposition de décision-cadre. Il suit la thèse de la Commission quant à la base juridique pertinente et, partant, quant à l'étendue des compétences communautaires. Il propose de faire de la décision-cadre un complément de la directive, pour les seuls aspects de coopération judiciaire. Cependant, le Conseil n'a pas suivi l'argument partagé par les deux autres institutions. Il a simplement repris des éléments du projet de directive au sein de la décision-cadre. Ces éléments portent sur la définition des comportements que les Etats devraient qualifier d'infractions pénales selon leur droit interne.

Deux thèses sont alors en présence, soit une position intergouvernementale de nature à protéger la souveraineté pénale des Etats, soit une position communautaire, de nature à promouvoir l'intérêt général communautaire. L'avocat général résume la situation en affirmant que « Le choix de l'une ou l'autre position implique des conséquences importantes. Si l'alternative « unioniste » est choisie, la force harmonisatrice est inférieure dès lors que, outre le fait que les décisions-cadres ne présentent pas d'effet direct, leur transposition défective ne peut pas faire l'objet d'un recours en manquement, comme celui prévu à l'article 226 CE, sans que, de surcroît, la compétence préjudicielle de la Cour, pour revêtir un caractère obligatoire, ne soit soumise à l'acceptation des Etats membres, conformément à l'article 35 UE. Ces considérations expliquent l'intérêt de la Commission à fonder la compétence sur le premier pilier »

(13) —. De ces données et de ce contentieux, apparaissent deux séries de question corrélées. Il s'agissait d'une part, de s'interroger sur l'articulation du pilier communautaire et du pilier « coopération policière et judiciaire en matière pénale », et d'autre part sur la notion de souveraineté pénale en Europe.

Désormais, les piliers sont supprimés, nonobstant des procédures différenciées, et la matière pénale est davantage prise en compte par le Traité . La Cour, dont le rôle est pleinement consacré par le Traité aura donc un rôle majeur (14).

Le bilan entre volonté de protéger et volonté de progresser n'apparaît donc pas à somme nulle. Il semble que la réalité soit effectivement à une augmentation concrète des compétences européennes. L'association des parlements nationaux au contrôle des mécanismes d'extension de compétences que sont le principe de subsidiarité et les articles téléologiques du Traité , apparaît dès lors comme un gage de légitimité accrue des nouvelles actions européennes. La procédure

législative ordinaire, par le poids donné au Parlement européen, va dans le même sens. La démocratisation de l'exercice des compétences européennes est donc à l'oeuvre dans le Traité de Lisbonne.

Florence CHALTIEL

*Professeur de droit public Responsable
des carrières publiques Institut d'études
politiques de Grenoble*

~~(1)~~ Avertissement : comme pour les précédents volets de l'étude du Traité de Lisbonne, par souci de clarté et d'exactitude, sont donnés à la fois les numéros des traités révisés et la nouvelle numérotation opérée par le Traité de Lisbonne.

~~(2)~~ V. Ch. Millon, *L'Etat subsidiaire*, PUF 1993.

~~(3)~~ V. Fl. Chaltiel, *La souveraineté de l'Etat et l'Union européenne, l'exemple français*, LGDJ, 2000.

~~(4)~~ *Théorie générale du droit et de l'Etat* suivi de *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, LGDJ-Bruylant, 1997, Paris, coll. La pensée juridique.

~~(5)~~ V. par exemple *Les mémoires de Jean Monnet*, Fayard 1976.

~~(6)~~ Article 5 du Traité CE. La formulation de la subsidiarité ne se trouve qu'au deuxième alinéa de l'article

~~5-~~ Mais en même temps, les premier et troisième alinéas éclairent sur le sens donné à la subsidiarité. En effet, alors que le principe de subsidiarité postule l'action d'une autorité dans tous domaines si celle-ci démontre une efficacité supérieure, l'article rappelle le principe d'attribution des compétences communautaires. En d'autres termes, si le principe de subsidiarité peut apparaître de nature à gommer ou au moins à atténuer le principe de spécialité des compétences qui régit la Communauté européenne, il ne trouve à s'appliquer que sur un terrain où les Etats ont déjà admis l'existence de compétences communautaires, par l'intermédiaire du Traité. Quant au troisième alinéa, il pose plutôt le principe de proportionnalité de l'action de la Communauté. Cependant, subsidiarité et proportionnalité sont deux concepts très proches en tant que le second apparaît nécessairement compris dans le premier. Pour autant, les deux concepts ne sont pas synonymes. Ainsi, une fois la compétence communautaire admise dans un domaine considéré en vertu du principe de subsidiarité, le choix de l'instrument juridique est conditionné par le respect du principe de proportionnalité. C'est ainsi que la directive sera souvent préférée au règlement. Par ailleurs, tandis que le principe de subsidiarité ne s'applique qu'aux compétences concurrentes, le principe de proportionnalité s'applique à l'ensemble des compétences, y compris les compétences exclusives. Dans ses arrêts du 12 novembre 1996 (aff. C-84/94, Rec. I-5755) et du 13 mai 1997 (aff. C-233/94, Rec. I-2405), la CJCE a précisé que le respect du principe de subsidiarité figure parmi les circonstances soumises à l'obligation de motivation, conformément à l'article 253 du Traité CE. Cette exigence est donc déjà satisfaite lorsque le principe n'est pas cité expressément dans les considérants de l'acte juridique mais qu'il ressort globalement de ces considérants qu'il a été pris en compte dans l'examen de l'acte.

~~(7)~~ Traité CE, art. 230.

~~(8)~~ Dès mai 1990, Jacques Chirac, alors président du RPR, se prononçait en faveur de «la constitution d'une deuxième chambre à Strasbourg, c'est-à-dire une assemblée formée des représentants des parlements nationaux, avec un droit de décision, selon des modalités à préciser, dans tous les domaines qui toucheraient au nouvel accord», soit l'union monétaire, la défense européenne et la politique étrangère commune. Et, en juin 1990, le président François Mitterrand, interrogé sur la nécessité d'une deuxième chambre au sein du Parlement européen, se déclarait «a priori favorable dans la mesure où il s'agit d'associer davantage les parlements nationaux à la construction commune». Dans le cadre de la conférence intergouvernementale qui devait élaborer le Traité de Maastricht, la France ne devait cependant proposer à ses partenaires que la mise en place d'un congrès, composé de délégués des parlements nationaux et du Parlement européen, qui aurait eu vocation à exprimer un avis sur les grandes orientations de l'Union et sur ses décisions essentielles dans le domaine de la politique étrangère et de la sécurité. C'est la même idée qui présida à la réunion des «Assises» à Rome, en novembre 1990, et l'on sait que les parlementaires nationaux ne furent guère satisfaits de cette expérience. C'est également cette idée qui donna naissance à la déclaration n° 14 annexée au Traité de Maastricht qui invitait «le Parlement européen et les parlements nationaux à se réunir en tant que de besoin en formation de conférence des parlements (ou Assises)». La conférence des parlements prévue par cette déclaration ne s'est jamais réunie, beaucoup de parlementaires nationaux n'étant guère

tentés de renouveler l'expérience de novembre 1990. Au moment du Traité de Maastricht, le thème d'une seconde chambre européenne donna lieu à des travaux plus approfondis au sein du Sénat. D'abord, en novembre 1992, avec le rapport présenté par Michel Poniowski à la délégation du Sénat pour l'Union européenne sur le principe de subsidiarité. Ce rapport proposait en effet «d'instituer une conférence des parlements nationaux dont une des fonctions essentielles serait de garantir l'application du principe de subsidiarité», assurant ainsi une protection contre les déviations centralisatrices de la construction européenne et permettant de mieux associer les parlements nationaux à la vie de la Communauté. Michel Poniowski proposait en outre que cette conférence des parlements nationaux nomme une «chambre de subsidiarité» chargée de censurer, avant leur entrée en vigueur, les décisions communautaires contraires au principe de subsidiarité. On peut trouver une réflexion parallèle, d'origine britannique à nouveau, dans le livre que publia en 1994 Sir Leon Brittan, vice-président de la Commission européenne, sous le titre «L'Europe qu'il nous faut». Il y préconisait la création d'un «comité des parlements», formé de représentants des parlements de chaque pays membre, chargé de veiller au respect du principe de subsidiarité, d'examiner la base juridique des actes communautaires, et de se pencher attentivement sur les textes relatifs au droit d'asile et à la politique d'immigration.

(9) Précisions néanmoins le point 3 selon lequel, «Lorsqu'un membre du Conseil estime qu'un projet de directive visée au paragraphe 1 ou 2 porterait atteinte aux aspects fondamentaux de son système de justice pénale, il peut demander que le Conseil européen soit saisi. Dans ce cas, la procédure législative ordinaire est suspendue. Après discussion, et en cas de consensus, le Conseil européen, dans un délai de quatre mois à compter de cette suspension, renvoie le projet au Conseil, ce qui met fin à la suspension de la procédure législative ordinaire».

(10) En l'absence d'unanimité, un groupe composé d'au moins neuf Etats membres peut demander que le Conseil européen soit saisi du projet de règlement. Dans ce cas, la procédure au Conseil est suspendue. Après discussion, et en cas de consensus, le Conseil européen, dans un délai de quatre mois à compter de cette suspension, renvoie le projet au Conseil pour adoption. Dans le même délai, en cas de désaccord, et si au moins neuf Etats membres souhaitent instaurer une coopération renforcée sur la base du projet de règlement concerné, ils en informent le Parlement européen, le Conseil et la Commission. Dans un tel cas, l'autorisation de procéder à une coopération renforcée, qui est visée à l'article 10, paragraphe 2, du Traité sur l'Union européenne et à l'article 280 D, paragraphe 1, du présent Traité, est réputée accordée et les dispositions sur la coopération renforcée s'appliquent.

(11) CJCE, 13 septembre 2005, Commission c/ Conseil, aff. C-176/03, concl. D. Ruiz-Jarabo Colomer, présentées le 26 mai 2005.

(12) Souligné par l'auteur du présent article.

(13) CJCE, 13 septembre 2005, Commission c/ Conseil, aff. C-176/03, concl. D. Ruiz-Jarabo Colomer, présentées le 26 mai 2005.

(14) Selon l'article 9 du FTUE (art. 19 nouvelle numérotation) : «La Cour de justice de l'Union européenne comprend la Cour de justice, le Tribunal et des tribunaux spécialisés. Elle assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités». Une étude du contentieux sera faite dans un prochain numéro.

DOCUMENT n°5 : L. GUILLOUD, « Le principe de subsidiarité en droit communautaire et en droit constitutionnel », Petites affiches, 19 avril 2007, n° 79, p. 53.

Le succès que connaît depuis plusieurs années le principe de subsidiarité dans l'analyse juridique ne semble pas être sur le point de se démentir, il a en effet été récemment consacré par la doctrine comme « nouvel objet du droit constitutionnel » -CCD-, après avoir été envisagé comme « un passage obligé vers l'Union européenne » -LÆX. Principe ancien de philosophie politique, dont on trouve les origines dans les écrits d'Aristote et de saint Thomas d'Aquin, comme dans la doctrine de l'église catholique en matière sociale, le principe de subsidiarité signifie que le pouvoir politique ne doit intervenir pour satisfaire les besoins des individus que si les divers groupements de la société n'y sont pas parvenus. Ce serait en effet « commettre une injustice, en même temps que troubler d'une manière très dommageable l'ordre social, que de retirer aux groupements d'ordre inférieur, pour les confier à une collectivité plus vaste et d'un rang plus élevé, les fonctions qu'ils sont en mesure de remplir eux-mêmes. L'objet naturel de toute intervention en matière sociale est d'aider les membres du corps social, et non pas de les détruire, ni de les absorber » -XCiÜ-. Il s'agit donc d'un principe d'organisation sociale qui, contrairement à ce qui est parfois affirmé, ne

s'inscrit pas nécessairement dans une perspective démocratique. En effet, s'il suppose l'autonomie individuelle et la modération du pouvoir, il repose également sur le corporatisme. En termes juridiques, la subsidiarité est un principe qui, au sein d'un ordre juridique considéré -CM¹-, permet de réguler l'exercice des compétences entre l'ordre juridique central (l'Union européenne ou l'Etat selon l'ordre juridique total envisagé) et les ordres juridiques locaux (les Etats membres au sein de l'Union européenne, les collectivités territoriales au sein de l'Etat). Il est susceptible de s'appliquer quelle que soit la nature de l'ordre juridique en question : organisation internationale, Etat fédéral, Etat unitaire décentralisé. En effet si le principe de subsidiarité, en raison de son insertion implicite dans la loi fondamentale allemande -XCSÜ-, a pu être considérée comme « inséparable du fédéralisme » -ttiù-, il peut en réalité intervenir dans tout ordre juridique décentralisé, c'est-à-dire caractérisé par une « création locale de droit » -<HÜ-.

En ce qui concerne l'Union européenne, le principe de subsidiarité a été explicitement introduit dans les traités en 1986 par l'Acte unique dans le domaine de l'environnement -ÜSÜ-, puis consacré par le Traité de Maastricht. L'article 5, inséré dans le Traité instituant la Communauté européenne par le Traité de Maastricht prévoit ainsi que « dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire ». L'article 2 du Traité sur l'Union européenne stipule également que « les objectifs de l'Union sont atteints conformément aux dispositions du présent Traité, dans les conditions et selon les rythmes qui y sont prévus, dans le respect du principe de subsidiarité tel qu'il est défini à l'article 5 du Traité instituant la Communauté européenne ».

Cependant, « la présence de ce principe dans la construction européenne est [plus] ancienne, la finalité qui l'anime n'en a jamais été absente » -iKÜ-. Le principe de subsidiarité était en effet implicitement prévu dans certaines dispositions conventionnelles. Ainsi, selon l'article 116 du Traité de Rome : « pour toutes les questions qui revêtent un intérêt particulier pour le marché commun, les Etats membres ne mènent plus, à partir de la fin de la période de transition, qu'une action commune dans le cadre des organisations internationales de caractère économique » ⁽¹⁰⁾. L'article 308 TCE habilite également le Conseil à prendre des dispositions si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser l'un des objets de la Communauté, sans que le Traité ait prévu les pouvoirs d'action nécessaires. Enfin l'article 94 TCE permet au Conseil d'adopter des directives visant au rapprochement des législations nationales afin d'éviter que ces dernières ne portent atteinte au fonctionnement du marché commun.

En France, même si « on ne peut pas dire (...) qu'il appartenait à notre tradition juridique » ⁽¹¹⁾, le principe de subsidiarité était déjà évoqué dans le rapport Guichard de 1976 ⁽¹²⁾. L'article 72, alinéa 2 de la Constitution, issu de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 ⁽¹³⁾ prévoit en outre que « les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en oeuvre à leur échelon ». Le terme de subsidiarité n'est pas mentionné dans le texte constitutionnel, il est cependant utilisé dans l'exposé des motifs qui souligne par ailleurs la filiation entre « ce nouvel objectif à valeur constitutionnelle (...) [et] la préoccupation qu'exprime, en droit communautaire, le principe de subsidiarité ».

Le principe de subsidiarité vise un principe visant à réguler l'exercice des compétences dans un ordre juridique donné. Plus précisément, il consiste à déterminer le niveau adéquat d'exercice d'une compétence déterminée. Il contribue ainsi à concilier l'intervention locale avec les impératifs propres à chacun des ordres juridiques analysés : l'unité et indivisibilité de la République ainsi que l'égalité des citoyens dans le droit constitutionnel français, l'intégration dans l'ordre juridique communautaire. Sa portée, aussi bien en droit communautaire qu'en droit constitutionnel, reste cependant limitée en raison de l'interprétation incomplète qui en est donnée (I), comme de la prudence des juridictions assurant le contrôle de son application (II).

I. Le caractère incomplet du principe de subsidiarité en droit constitutionnel et en droit communautaire

Alors que l'exposé des motifs du projet de révision constitutionnelle du 28 mars 2003 met en avant le lien entre le principe communautaire de subsidiarité et les innovations constitutionnelles en matière de décentralisation, le rapport de l'Assemblée nationale sur ce projet souligne pour sa part une différence d'inspiration. Selon l'auteur du rapport, le principe communautaire de subsidiarité signifie en effet que « la compétence s'exerce à l'échelon le plus bas, sauf s'il existe un

intérêt, en terme d'efficacité de l'action publique, à ce que la compétence soit mise en oeuvre à l'échelon le plus élevé. Dans le projet de révision constitutionnelle, la logique est, à l'inverse, celle d'un Etat unitaire qui a vocation à être décentralisé » ⁽¹⁴⁾. Contrairement au principe de subsidiarité qui s'exercerait de la base vers le sommet de l'ordre juridique, la décentralisation serait un processus agissant du sommet vers la base. Cette opposition doit cependant être nuancée. En effet, que ce soit dans l'ordre juridique communautaire ou dans l'ordre juridique interne, le principe de subsidiarité est invoqué afin de justifier l'exercice des compétences normatives par les entités « inférieures » plutôt que par l'entité « supérieure ». Il s'agit cependant d'une interprétation partielle du principe de subsidiarité, lequel implique la recherche du niveau adéquat d'exercice des compétences (A). Par ailleurs, en considération de cet objectif _ renforcer la décentralisation de l'ordre juridique _ le principe de subsidiarité, que ce soit en droit communautaire ou en droit constitutionnel, n'atteint que partiellement son but (B).

A- L'interprétation partielle du principe de subsidiarité

L'étymologie latine révèle le contenu équivoque du principe de subsidiarité. Le mot subsidium désigne en effet les troupes de réserve, intervenant en renfort c'est-à-dire en second, donc en retrait ; mais il renvoie également à l'idée d'appui ou de secours ce qui impose une obligation d'agir ⁽¹⁵⁾. En tant que principe régulateur des compétences entre des entités juridiques superposées, le principe de subsidiarité signifie donc qu'une mesure doit être adoptée au meilleur niveau d'exercice des compétences. Il peut dès lors contribuer à renforcer les compétences de l'échelon inférieur mais également justifier l'intervention de l'échelon supérieur. Ainsi il ne favorise en soi ni la centralisation ni la décentralisation, il s'inscrit plutôt dans une dynamique de régulation de la dialectique de centralisation et de décentralisation ⁽¹⁶⁾. Cette ambivalence explique que l'insertion du principe de subsidiarité dans les traités ait été soutenue aussi bien par les partisans de l'intégration européenne que par les thuriféraires de la souveraineté des Etats membres. Le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité souligne d'ailleurs que « la subsidiarité est un concept dynamique qui doit être appliqué à la lumière des objectifs énoncés dans le Traité. Il permet d'élargir l'action de la Communauté, dans les limites de ses compétences, lorsque les circonstances l'exigent et, inversement, de la limiter ou d'y mettre fin lorsqu'elle ne se justifie plus » ⁽¹⁷⁾. Le caractère « dynamique » de la subsidiarité semble pourtant avoir été négligé au profit d'une instrumentalisation du principe en vue de limiter la centralisation des compétences dans l'Union européenne (1.). Quant à l'introduction implicite du principe de subsidiarité dans la Constitution française, il s'inscrit dans le contexte d'une réforme visant plus généralement à renforcer la décentralisation (2.).

1- L'instrumentalisation du principe en vue de limiter la centralisation dans l'Union européenne

Sans remettre en cause le principe d'attribution des compétences, la subsidiarité est principalement conçue dans l'Union européenne comme un mécanisme permettant de privilégier l'intervention des Etats membres dans le cadre des compétences partagées. Le principe de subsidiarité joue ainsi « le rôle de contrepoids (...) à la tendance naturelle de toute société organisée qui est de renforcer son centre » ⁽¹⁸⁾. En témoignent la formulation des dispositions conventionnelles, la pratique des institutions et le contexte qui a présidé à l'essor du principe de subsidiarité dans l'Union européenne.

En effet, si le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité évoque le caractère dynamique de la subsidiarité, l'objectif mentionné dans son préambule est de « faire en sorte que la prise de décision ait lieu à un niveau aussi proche que possible des citoyens de l'Union ». Le protocole reprend ainsi une formulation déjà inscrite dans le Préambule du Traité sur l'Union européenne selon lequel les Etats membres se déclarent « résolus à poursuivre le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe, dans laquelle les décisions sont prises le plus près possible des citoyens, conformément au principe de subsidiarité » ⁽¹⁹⁾, ainsi que dans son article premier ⁽²⁰⁾. Il va de soi que « l'exigence que les décisions soient prises le plus près possible des citoyens, c'est-à-dire dans le respect du principe de closeness ou de proximité (...) imprime la manière dont le principe de subsidiarité doit recevoir application » ⁽²¹⁾ dans l'Union. La formulation retenue par l'article 5 TCE selon laquelle la Communauté n'intervient que si l'action envisagée ne peut pas être réalisée de manière suffisante par les Etats membres apparaît également restrictive. « Ainsi, depuis qu'elle est devenue explicite, la subsidiarité tend plutôt à limiter les compétences communautaires qu'à en favoriser

l'élargissement » ⁽²²⁾ . Cette volonté de modérer l'intervention communautaire se reflète également dans l'association du principe de proportionnalité au principe de subsidiarité. En effet, si les principes de subsidiarité et de proportionnalité sont distincts, le premier faisant référence au cadre d'exercice de la compétence, le second à l'intensité normative de l'acte adopté ⁽²³⁾ , leur parenté est évidente ⁽²⁴⁾ , et leur inspiration commune indéniable. L'instrumentalisation du principe de subsidiarité en vue de limiter l'action communautaire est manifeste au regard de la façon dont les institutions européennes ont réagi à son insertion dans les traités. Ainsi, dès la ratification du Traité de Maastricht, la Commission retirait douze propositions d'actes communautaires pendantes devant le Conseil et la Commission. Le 25 octobre 1993, les institutions concluaient en outre un accord interinstitutionnel en vertu duquel elles s'engagent à respecter le principe de subsidiarité dans le cadre de leurs compétences respectives. L'utilisation du principe de subsidiarité en vue d'encadrer l'action normative des institutions européennes s'explique au regard du contexte qui a présidé à sa consécration dans les traités. L'Acte unique européen avait substitué la majorité qualifiée à l'unanimité pour l'adoption de mesures concernant la mise en place du marché intérieur. « Aussi a-t-on jugé nécessaire de substituer au contrôle politique de l'utilisation des compétences, tel qu'il s'exerçait avant l'Acte unique européen par le biais de l'unanimité, un régulateur juridique » ⁽²⁵⁾ . Le débat relatif à l'insertion du principe de subsidiarité est par ailleurs concomitant à celui concernant le « déficit démocratique » de l'Union européenne. Les critiques adressées au processus décisionnel communautaire _ les prérogatives limitées du Parlement européen au regard de celles du Conseil, le manque de transparence, le caractère technocratique _ associées au postulat selon lequel le principe démocratique implique que les décisions doivent être adoptées « au plus près des citoyens » plaident ainsi en faveur d'un renouveau de l'exercice des compétences par les Etats membres. Ce constat soulève cependant plusieurs objections. En effet, le lien ainsi établi entre principe de proximité et principe démocratique condamne d'emblée toute initiative en faveur de l'intégration européenne, le niveau communautaire étant nécessairement considéré comme étant moins démocratique (car moins proche des citoyens) que le niveau étatique, lequel est par définition moins démocratique que le niveau infra-étatique. Ce raisonnement est cependant construit sur des prémisses erronées. Le principe démocratique implique en effet « que la « volonté » exprimée dans l'ordre juridique (...) est identique à la volonté des sujets » ⁽²⁶⁾ . La démocratie repose ainsi sur l'identification des auteurs et des destinataires des normes, identification fondée sur la fiction de la représentation, et non sur un quelconque principe de proximité. Le principe de subsidiarité n'est donc en aucun cas un remède au déficit démocratique, sa fonction consiste à organiser l'exercice des compétences dans l'Union européenne, alors que le déficit démocratique implique une réflexion sur l'amélioration des procédures décisionnelles de l'Union européenne. Par ailleurs, et en dépit de l'orientation qui lui a été donné en droit communautaire, le principe de subsidiarité ne comprend pas nécessairement un impératif de proximité dans la mesure où il peut légitimer l'intervention de l'échelon supérieur plutôt que celle de l'échelon inférieur. C'est pourtant dans la perspective de renforcer la décentralisation qu'il a été inscrit dans la Constitution française par la révision constitutionnelle du 28 mars 2003.

2- L'instrumentalisation du principe en vue de favoriser la décentralisation en France

Selon les termes du nouvel article 72, alinéa 2 de la Constitution, « les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en oeuvre à leur échelon ». Le terme « subsidiarité » n'est pas mentionné dans la Constitution. Il est cependant implicite. De plus, même si contrairement au droit communautaire l'idée selon laquelle la décision doit être prise « au plus près des citoyens » n'est pas mentionnée dans la Constitution, le contenu général de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 s'inscrit dans une perspective décentralisatrice et dans une volonté de renforcement des collectivités territoriales. Les dispositions introduites visent en effet à développer leur autonomie et à rendre effective l'exigence contenue dans le nouvel article 72, alinéa 2 de la Constitution. En ce qui concerne leur autonomie normative, les collectivités territoriales ont désormais vocation à « prendre les décisions pour l'ensemble des compétences » qu'elles sont amenées à exercer. Cette formulation apparemment alambiquée, plus complexe que celle qui était contenue dans le projet de loi constitutionnelle déposé par le gouvernement ⁽²⁷⁾ , traduit la préoccupation de ne pas déléguer aux collectivités territoriales des compétences de gestion à l'exclusion de tout pouvoir de décision. Cette interprétation est confirmée par la référence faite dans le quatrième alinéa de l'article 72 au pouvoir réglementaire dont elles disposent pour l'exercice de leurs compétences. Cet article a relancé le débat sur la nature du pouvoir réglementaire des collectivités territoriales ⁽²⁸⁾ , la question étant plus précisément de déterminer s'il existe un pouvoir

réglementaire autonome et concurrent du pouvoir réglementaire général. L'exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle rappelle cependant que ce pouvoir réglementaire « ne pourra s'exercer que dans la mesure où la loi l'a prévu et pour la seule mise en oeuvre des attributions que les collectivités tiennent de la loi ». Il ne s'agit donc pas d'un pouvoir réglementaire autonome. L'absence de référence au pouvoir réglementaire local dans l'article 21 de la Constitution témoigne également du fait qu'il ne s'agit pas d'un pouvoir réglementaire concurrençant celui dont dispose le Premier ministre. Il reste un pouvoir résiduel même s'il vient conforter la compétence normative des collectivités territoriales. Le renforcement de l'échelon infra-étatique est également manifeste dans l'article 72-2 inséré dans la Constitution. En vertu de ces dispositions, « les recettes fiscales et les autres ressources propres des collectivités territoriales représentent, pour chaque catégorie de collectivités, une part déterminante de l'ensemble de leurs ressources ». Selon la loi organique n° 2004-500 du 29 juillet 2004, la part des ressources propres « ne peut être inférieure au niveau constaté au titre de l'année 2003 »⁽²⁹⁾. Plusieurs dispositions introduites dans la Constitution ont par ailleurs pour but de rendre effectif le principe de subsidiarité. Ainsi, l'expérimentation, selon les modalités prévues par l'article 37-1 et par l'article 72, alinéa 4 vise à déterminer « pour chaque politique publique (...) le bon niveau d'exercice des compétences »⁽³⁰⁾. La possibilité d'autoriser une ou plusieurs collectivités « à organiser les modalités de leur action commune » relève également de la logique de subsidiarité, c'est-à-dire de la recherche du niveau adéquat d'exercice des compétences. En dépit de ces dispositions, la mise en oeuvre du principe reste cependant partielle.

B- L'application partielle du principe de subsidiarité

L'application du principe de subsidiarité en France et dans l'Union européenne reste en premier lieu partielle dans la mesure où le principe régit uniquement les rapports entre l'entité supérieure et les entités inférieures considérées globalement. Ainsi, alors que les traités affichent l'ambition que les décisions dans l'Union soient adoptées « à un niveau aussi proche que possible des citoyens » ils n'évoquent pas le rôle des entités infra-étatiques. Seule une déclaration de l'Allemagne, de l'Autriche et de la Belgique précise que pour ces gouvernements « il va de soi que l'action de la Communauté européenne, conformément au principe de subsidiarité, concerne non seulement les Etats membres mais aussi leurs entités dans la mesure où celles-ci disposent d'un pouvoir législatif qui leur est conféré par le droit constitutionnel national ». Si ce silence peut s'expliquer par le souci de respecter l'autonomie des Etats membres quant à leur organisation territoriale, on peut cependant remarquer que l'article I-11 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, qui reprend en substance les dispositions de l'article 5 TCE, intègre pour sa part la dimension locale⁽³¹⁾. La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 évoque également les collectivités territoriales comme un ensemble, négligeant ainsi la possibilité d'une centralisation infra-étatique. L'efficacité du principe de subsidiarité comme mécanisme régulateur est par ailleurs réduite, notamment en raison de la difficulté à déterminer en pratique le niveau adéquat d'exercice des compétences. L'apport du principe de subsidiarité au droit communautaire reste ainsi réduit (1.), et sa contribution à la décentralisation française incertaine (2.).

1- Un apport réduit du principe de subsidiarité au droit communautaire

Au regard de l'objectif assigné au principe de subsidiarité _ la protection des compétences étatiques _ son impact en droit communautaire s'avère réduit. En effet, si l'on constate une diminution du nombre de propositions de la Commission, ce résultat est en partie lié à l'achèvement du marché intérieur. Plusieurs éléments peuvent expliquer cette faible portée : l'ambiguïté des critères mentionnés dans l'article 5 TCE en vue de déterminer le niveau d'intervention, l'appréciation exclusive des institutions européennes pour effectuer ce choix, enfin, la primauté accordée à des préoccupations connexes mais cependant distinctes du principe de subsidiarité.

Selon les dispositions de l'article 5 TCE, la Communauté n'est appelée à agir que « si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire ». Les propositions d'actes communautaires doivent ainsi remplir deux critères : le critère de l'efficacité comparative (insuffisance du niveau étatique) et le critère de la valeur ajoutée (amélioration résultant de l'intervention communautaire). Mais ces critères restent subjectifs et la marge d'appréciation octroyée aux institutions européennes importante. Le protocole sur les principes de subsidiarité et de proportionnalité fixe des lignes directrices à l'intervention de la Communauté. Cette

dernière se justifie dès lors que « la question examinée a des aspects transnationaux qui ne peuvent pas être réglés de manière satisfaisante par l'action des Etats membres ; [qu']une action au seul niveau national ou l'absence d'action de la Communauté serait contraire aux exigences du Traité (...) ou léserait grandement d'une autre manière les intérêts des Etats membres ; [qu']une action menée au niveau communautaire présenterait des avantages manifestes, en raison de ses dimensions ou de ses effets, par rapport à une action au niveau des Etats membres ». Ces lignes directrices restent elles-mêmes assez floues et ne constituent qu'un progrès limité. Plusieurs questions soulevées par la formulation de l'article 5 TCE restent en effet sans réponse.

L'appréciation de l'efficacité de l'action communautaire par rapport à l'action étatique doit-elle prendre en compte la possibilité d'une action collective des Etats membres ainsi que l'action des partenaires privés ? Par ailleurs, « les acteurs du jeu législatif communautaire n'ont pas intérêt à jouer le jeu du respect du principe de subsidiarité »⁽³²⁾ dès lors que ce dernier est interprété comme un mécanisme contribuant à la réduction de leurs compétences. Le protocole sur le rôle des Parlements nationaux dans l'Union européenne prévoit pour sa part que la Cosac peut adresser aux institutions des contributions portant notamment sur l'application du principe de subsidiarité⁽³³⁾ mais ces contributions n'ont par elles-mêmes aucune portée contraignante. Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe propose sur ce point des innovations. Le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, tel que modifié par ce Traité, confie aux parlements nationaux la tâche de veiller au respect du principe de subsidiarité par un mécanisme d'alerte précoce. Les parlements nationaux sont informés de tous les projets d'actes législatifs de la Commission. Ils disposent d'un délai d'examen de six semaines pour examiner la compatibilité de la proposition au regard du principe de subsidiarité. Si les avis relatifs à la non-conformité du projet au principe de subsidiarité représentant un tiers des voix⁽³⁴⁾ accordées aux parlements nationaux⁽³⁵⁾ la Commission doit le réexaminer, elle reste cependant libre de le maintenir, de le modifier ou de le retirer.

L'intérêt accordé par les institutions européennes et les Etats membres au principe de subsidiarité semble enfin s'effacer au profit d'autres préoccupations. Ainsi, alors que la Commission semble dès l'origine avoir privilégié le principe de proportionnalité sur le principe de subsidiarité, les deux principes sont aujourd'hui intégrés aux réflexions plus vaste relatives à la qualité de la législation, comme en témoigne l'évolution des rapports annuels de la Commission relatifs à l'application de l'article 5 TCE⁽³⁶⁾. Dès 1995, Ana Palacio Vallelersundi écrivait ainsi dans un rapport adressé à la commission juridique du Parlement européen qu'« après avoir lu avec attention et à plusieurs reprises le rapport « Mieux légiférer », votre rapporteur est incapable d'en tirer une conclusion sur « l'application du principe de subsidiarité » qui, il faut le rappeler même si la Commission ne le mentionne pas, constitue le mandat confié en l'occurrence, au moins formellement, à la Commission »⁽³⁷⁾. Dans le cadre de la révision du 28 mars 2003, le principe inscrit à l'alinéa 2 de l'article 72 semble également avoir moins de portée pratique que les réformes qui l'ont accompagné.

2- Une contribution incertaine du principe de subsidiarité à la décentralisation française
Si les moyens qui ont été octroyés aux collectivités territoriales par la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 (consécration du pouvoir réglementaire local, expérimentation, garanties concernant les ressources propres) ont contribué à accroître leur autonomie, le principe formulé à l'article 72, alinéa 2 ne semble pas en lui-même apporter de grands changements au regard de l'état du droit antérieur. Le principe de libre administration des collectivités territoriales, mentionné aux articles 34 et 72 de la Constitution, est en effet déjà considéré comme un principe constitutionnel⁽³⁸⁾. Il implique l'existence « d'un conseil élu doté d'attributions effectives »⁽³⁹⁾, ce qui signifie que les collectivités territoriales doivent disposer d'un minimum de compétences. La distinction entre ce qui relève de l'intérêt local et ce qui relève de l'intérêt national reste cependant floue. La jurisprudence du Conseil constitutionnel sur ce point est par ailleurs restrictive. On ne trouve que peu de décisions censurant des dispositions législatives pour violation du principe de libre administration⁽⁴⁰⁾. L'unité de l'Etat semble ainsi prévaloir sur la protection de la diversité de ses composantes. Dans ce contexte le principe de subsidiarité aurait pu apparaître comme un moyen de conforter le principe de libre administration. Il semble n'être cependant qu'une reformulation de la clause générale de compétence énoncée dans le Code général des collectivités territoriales⁽⁴¹⁾. Or la portée de cette clause est restreinte. En effet, « on peut sans doute admettre que l'objet des collectivités locales est général, ou plus exactement qu'il est tout entier défini par l'élément territorial (...). Seulement sur les matières qui composent cet objet général les compétences dont disposent les collectivités locales sont extrêmement variables »⁽⁴²⁾. Elles dépendent en effet pour l'essentiel des transferts réalisés par la loi. En outre, la formulation retenue par l'article 72, alinéa 2 est restrictive puisqu'elle souligne seulement que les

collectivités territoriales « ont vocation » à exercer les compétences qui peuvent le mieux être mises en oeuvre à leur échelon. Cette possibilité reste subordonnée à une décision du législateur. Ainsi, les collectivités territoriales n'ont pas de domaines de compétences constitutionnellement protégés. Leurs capacités d'intervention continuent de dépendre des transferts opérés par le législateur ⁽⁴³⁾.

Le principe de subsidiarité doit en outre, comme le principe de libre administration, être concilié avec d'autres exigences constitutionnelles telles que l'indivisibilité de la République et le principe d'égalité. Or il semble que l'arbitrage effectué par le Conseil constitutionnel ne se fasse pas prioritairement en faveur de la libre administration ⁽⁴⁴⁾. Enfin, les collectivités territoriales ne disposent d'aucun moyen de contrôle sur les projets de loi relatifs aux transferts de compétences. Au sein du processus législatif, elles sont représentées par le Sénat ⁽⁴⁵⁾, auquel la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 a accordé de nouvelles prérogatives. L'article 39 modifié prévoit ainsi que « les projets de loi ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales et les projets de loi relatifs aux instances représentatives des Français établis hors de France sont soumis en premier lieu au Sénat ». Cette disposition ne lui octroie cependant aucune prérogative spécifique dans l'adoption de la décision finale. Ainsi, le droit constitutionnel français comme l'ordre juridique de l'Union, laisse aux autorités « centrales » le pouvoir d'appréciation sur la mise en oeuvre du principe de subsidiarité, faute pour les autorités locales de pouvoir s'opposer en amont à tout projet portant atteinte à leur compétence. Or ce déséquilibre n'est pas contrebalancé par un contrôle juridictionnel efficace du principe de subsidiarité.

#—Le contrôle prudent du principe de subsidiarité par les juridictions constitutionnelle et communautaire

En raison de l'ambiguïté qui le caractérise, la justiciabilité du principe de subsidiarité a parfois été contestée. Dès 1990, la Cour de justice affirmait cependant dans une communication adressée à la conférence intergouvernementale sur l'Union politique que « nonobstant la connotation largement politique de ce principe, l'examen, par la Cour, d'un tel moyen ne poserait pas à celle-ci des problèmes de caractère nouveau » ⁽⁴⁶⁾. La Cour constitutionnelle allemande exerce d'ailleurs un contrôle sur le respect de l'article 72, alinéa 2 de la loi fondamentale relatif à la compétence législative concurrente de la fédération. En raison du pouvoir d'appréciation dont disposent les autorités législatives dans la mise en oeuvre de ce principe, le juge communautaire comme le juge constitutionnel se livrent cependant à un contrôle restreint. Ce dernier se caractérise donc par des carences tant dans sa version communautaire (A), que dans sa variante constitutionnelle (B).

A—Les carences du contrôle exercé par le juge communautaire

En l'absence de procédure spécifique, ce sont les voies de recours ordinaires qui sont utilisées pour mettre en cause la violation du principe de subsidiarité par les institutions européennes. Les limites qui affectent l'exercice du contrôle juridictionnel de la subsidiarité sont donc en parties liées aux contraintes plus générales concernant les modalités de contrôle juridictionnel dans l'Union européenne (1.). À cela s'ajoute la réserve des juridictions communautaires quant à la portée du contrôle exercé sur le principe de subsidiarité (2.).

1—Des compétences délimitées

Le contrôle du juge communautaire doit rester dans les limites édictées par les traités. Ces derniers fixent des conditions quant au champ de compétences du juge communautaire ainsi qu'aux modalités de saisine de celui-ci.

Selon les dispositions des Traités, le principe de subsidiarité s'impose aux institutions européennes dans l'exercice de leur pouvoir de décision tant dans le cadre du premier pilier (article 5 TCE) que dans les domaines relevant des deuxième et troisième piliers (article 2 TUE). Or dans le cadre du Traité sur l'Union européenne, l'intervention du juge communautaire est subordonnée aux dispositions de l'article 46, lequel énumère de façon limitative les dispositions du Traité auxquelles s'applique la compétence de la Cour. Cet article ne faisant pas référence à l'article 2 TUE, la violation du principe de subsidiarité ne peut être en principe évoquée à l'appui d'un recours juridictionnel dans ces matières.

Les conditions de saisine du juge communautaire dans le cadre du Traité instituant la Communauté européenne obéissent par ailleurs à des règles spécifiques qui ne semblent guère propices à une mise en cause de la violation du principe de subsidiarité. Selon les dispositions de l'article 230 TCE la Cour peut être saisie d'un recours en annulation formé par les Etats

membres et les institutions européennes (Commission, Parlement, Conseil). Elle peut également être saisie d'un recours en annulation formé par la Cour des comptes et par la BCE en vue de la sauvegarde de leurs prérogatives. En vertu de l'article 232 TCE, elle peut être saisie d'un recours en carence formé par les Etats membres et les institutions européennes ainsi que par la BCE dans les domaines relevant de ses compétences. Au vue des conditions ainsi posées, il ne semble pas que la Cour des comptes et la BCE puissent être à l'origine d'un recours en annulation pour violation du principe de subsidiarité car le fait qu'un acte soit adopté par les institutions européennes plutôt que par les Etats membres ne met pas en cause la sauvegarde de leurs prérogatives. Un recours en annulation contre un acte de droit dérivé de la part de la Commission en raison de la violation du principe de subsidiarité semble en outre difficilement envisageable dans la mesure où elle est elle-même à l'origine des propositions. Par ailleurs, le Conseil disposant d'un rôle prédominant dans l'adoption des actes de droit dérivé, il lui est possible de s'opposer à l'adoption d'un acte si ce dernier lui semble contraire au principe de subsidiarité. La même remarque s'applique au Parlement européen dès lors que l'acte en question doit être adopté selon la procédure de codécision. Un recours en annulation ou en carence formé par une personne physique ou par une personne morale, au sein desquelles on compte les collectivités infra-étatiques ⁽⁴⁷⁾, est pour sa part soumis à la condition que cette dernière soit directement et individuellement concernée par l'acte en cause. L'hypothèse la plus plausible semble donc être celle de recours formés par un Etat membre mis en minorité au Conseil, ou bien l'exercice du contrôle sur renvoi préjudiciel ⁽⁴⁸⁾. Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe propose certaines améliorations quant au contrôle juridictionnel du principe de subsidiarité. Le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité prévoit que le comité des régions pourrait saisir la Cour de justice en invoquant la violation du principe de subsidiarité par un acte législatif européen pour l'adoption duquel sa consultation est prévue. La Cour de justice pourrait également être saisie par un Etat membre d'un recours pour violation du principe de subsidiarité transmis par le Parlement national ou une chambre de ce dernier. Les modalités de la mise en oeuvre de cette procédure sont cependant laissées à la libre appréciation des Etats membres. En outre, plus que les modalités du contrôle juridictionnel en elles-mêmes, c'est la retenue dont semble faire preuve le juge communautaire devant le principe de subsidiarité qui explique le caractère « superficiel et peu développé » -iMU- de ce contrôle.

2- Un contrôle limité

Parmi les apports de la jurisprudence communautaire, on peut mentionner le fait que le principe de subsidiarité ne puisse pas s'appliquer rétroactivement. En outre, malgré les diverses dispositions du traité dans lesquels on peut voir les prémices du principe de subsidiarité ⁽⁵⁰⁾, le juge communautaire a également estimé qu'il ne constituait pas « avant l'entrée en vigueur du Traité sur l'Union européenne, un principe général de droit au regard duquel devait être contrôlée la légalité des actes communautaires » -K⁵¹. Par ailleurs, il ne peut être invoqué en vue de justifier une violation du droit communautaire que ce soit par des associations privées ⁽⁵²⁾ ou par les Etats membres ⁽⁵³⁾. L'invocation du principe de subsidiarité n'a cependant jusqu'à présent jamais conduit la Cour à annuler une décision adoptée par une institution européenne. Les caractéristiques du contrôle exercé par le juge communautaire explique sans doute cette situation. En ce qui concerne le contrôle formel, il a estimé que la motivation des actes prévue par l'article 253 TCE impliquait notamment l'obligation pour les institutions communautaires de motiver leurs actes au regard du principe de subsidiarité mais cette obligation n'impose pas une référence explicite au principe dès lors que l'ensemble des motifs permet de conclure qu'il a été pris en compte ⁽⁵⁴⁾. Sur le fond, le contrôle des conditions imposées par l'article 5 TCE à l'action communautaire (nécessité de l'intervention et valeur ajoutée), reste limité à l'erreur manifeste d'appréciation. Ainsi, « le juge paraît peu disposé à se livrer à des appréciations d'ordre politique ou économique qui l'amèneraient à s'immiscer dans l'exercice concret du pouvoir législatif » ⁽⁵⁵⁾. Cependant dans un arrêt du 10 décembre 2002, la Cour de justice s'est livrée à un contrôle minutieux de l'appréciation portée par les institutions européennes sur le principe de subsidiarité ⁽⁵⁶⁾ ce qui pourrait laisser envisager un changement de tendance dans la contrôle exercé par le juge communautaire. En revanche, en France, la première application par le Conseil constitutionnel du principe contenu dans l'article 72, alinéa 2 a permis de constater que le juge constitutionnel n'entendait pas aller au-delà d'un contrôle minimum en la matière.

B- Les lacunes du contrôle esquissé par le juge constitutionnel

En France comme dans l'Union européenne, le contrôle juridictionnel de la mise en oeuvre par les institutions du principe de subsidiarité s'exerce dans le cadre des voies de recours ordinaires. Les modalités de saisine restrictive du Conseil constitutionnel ne permettent pas aux collectivités territoriales d'exercer un recours devant lui (1.). En outre, le juge constitutionnel s'est fondé sur la « généralité des termes retenus par le constituant » pour justifier l'exercice d'un contrôle restreint en la matière (2.).

1- Des modalités de saisine restrictives

Selon l'article 61 de la Constitution, les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel avant leur promulgation par « le président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs ». Les collectivités territoriales n'ont pas accès au juge constitutionnel. En effet, ce dernier n'est pas considéré comme le gardien de l'équilibre des compétences entre l'échelon central et l'échelon décentralisé. Ceci distingue radicalement la France des Etats fédéraux ou autonomiques dans lesquels la répartition des compétences s'accompagne d'une telle garantie juridictionnelle. Ainsi, en Allemagne, en vertu de l'article 93 2 a) la Cour constitutionnelle fédérale statue : « en cas de divergences d'opinion sur le point de savoir si une loi satisfait aux conditions de l'article 72, alinéa 2, sur demande du Bundesrat, d'un gouvernement de Land ou de la représentation du peuple d'un Land ». En Espagne, le Tribunal constitutionnel connaît également des conflits de compétence entre l'Etat et les communautés autonomes et les conflits de compétence entre les diverses communautés en vertu de l'article 161 c). L'article 32, § 2 de la loi organique n° 2/1979 du 3 octobre 1979 relative au Tribunal constitutionnel précise que « les organes collégiaux exécutifs et les assemblées des communautés autonomes sont (...) habilitées, après un accord préalable pris à cet effet, à exercer le recours en inconstitutionnalité contre les lois, dispositions ou actes ayant force de loi de l'Etat qui pourraient affecter leur propre sphère d'autonomie » ⁽⁵⁷⁾. Dans les deux cas cependant, seules les institutions régionales sont autorisées à saisir le juge constitutionnel. Or limiter le recours aux autorités régionales n'aurait pas de sens en droit français en raison de l'absence de statuts spécifiques de ces dernières au sein des collectivités territoriales. L'intérêt pratique de l'élargissement de la saisine pourrait en outre être limité dans la mesure où le Conseil constitutionnel peut être saisi par soixante sénateurs et par le président du Sénat, institution représentant les collectivités territoriales, ainsi que par soixante députés. Or en dépit de la limitation du cumul des mandats ⁽⁵⁸⁾, la majorité des parlementaires sont également des élus locaux. Par ailleurs, si les collectivités territoriales ne peuvent déférer une loi au Conseil constitutionnel, elles peuvent en revanche former un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat à l'encontre d'un acte administratif adopté par les institutions étatiques portant atteinte à leur autonomie. C'est ce qui distingue notamment les autorités décentralisées et les autorités déconcentrées ⁽⁵⁹⁾. Le recours des collectivités territoriales s'exerce cependant dans les mêmes conditions que celles qui s'appliquent aux particuliers. Elles doivent notamment faire preuve d'un intérêt à agir et respecter les délais de recours. En outre, le juge administratif refuse de censurer un acte administratif contraire à la Constitution si celui-ci est pris en application d'une loi, cette dernière faisant alors « écran » entre l'acte administratif et la Constitution. Or c'est le législateur qui détermine les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales. Ainsi, la retenue dont fait preuve le Conseil constitutionnel dans l'exercice de son contrôle, pour compréhensible qu'elle soit au regard de l'affirmation récurrente selon laquelle le juge constitutionnel ne dispose pas « d'un pouvoir d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement » ⁽⁶⁰⁾, risque de priver ce dernier de toute effectivité.

2- Un contrôle restreint

L'imprécision des termes utilisés par le constituant rend difficile l'appréhension de la portée du principe (innommé) de subsidiarité ce qui donne un rôle majeur au Conseil constitutionnel. Ce dernier s'est prononcé à l'occasion d'un recours contre la loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique ⁽⁶¹⁾. Les requérants contestaient la compétence du préfet pour définir les zones de développement de l'éolien au motif que ces dispositions « méconnaissaient le principe de libre administration des collectivités territoriales ainsi que celui selon lequel ces dernières ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en oeuvre à leur échelon » ⁽⁶²⁾.

Si le Conseil constitutionnel reconnaît une portée normative au principe de subsidiarité, il n'exerce qu'un contrôle restreint, limité à l'erreur manifeste d'appréciation. Le juge constitutionnel considère en effet que la généralité des termes utilisés dans la Constitution laisse une marge d'appréciation au législateur. Le rapport de l'Assemblée nationale sur le projet de loi constitutionnelle plaide déjà en ce sens. Le rapporteur soulignait en effet qu'il était « très complexe d'apprécier le niveau de décision adéquat et il est à craindre qu'une rédaction trop contraignante ne donne lieu à un contentieux abondant. Le législateur doit disposer d'une certaine liberté d'appréciation, le contrôle du juge constitutionnel se limitant à vérifier qu'il n'y a pas d'erreur manifeste dans un domaine qui ressortit moins au droit strict qu'à la gestion des politiques publiques » ⁽⁶³⁾.

Le choix d'attribuer une compétence à l'Etat ou à une collectivité territoriale doit reposer selon le juge constitutionnel sur l'examen de « ses caractéristiques » et des « intérêts concernés ». Ces critères ne sont cependant pas d'un maniement aisé. Ainsi, en ce qui concerne les « caractéristiques » d'une compétence « on peut raisonnablement penser que le Conseil constitutionnel s'est référé à la substance de la compétence » ⁽⁶⁴⁾, c'est-à-dire à la distinction entre les mesures d'application et les mesures d'exécution. Or si les secondes devraient relever des collectivités territoriales, l'attribution des premières suppose d'arbitrer entre le principe d'égalité, qui plaide en faveur d'une unité d'application, et l'autonomie locale, favorable à la diversité. Le critère des « intérêts concernés », intérêt national d'une part, intérêt local d'autre part, ne permet pas de régler définitivement la question. En effet, si certaines compétences dites « de souveraineté » relèvent indubitablement de l'Etat, la distinction peut sembler plus difficile dans d'autres domaines. Le Conseil constitutionnel considère en l'espèce que les finalités des dispositions contestées « développer l'énergie éolienne », en tenant compte de « la préservation des paysages, des monuments historiques et des sites remarquables et protégés », justifient la compétence du préfet. La nécessité d'une gestion nationale des ressources énergétiques et l'impact sur l'environnement ont ainsi permis en l'espèce de fonder la compétence étatique. Le juge constitutionnel se montre cependant moins exigeant que le juge communautaire en matière de motivation. Ainsi, « même après la révision du 28 mars 2003, les règles et principes constitutionnels n'imposent pas au législateur, lorsqu'il attribue une compétence à l'Etat plutôt qu'aux collectivités territoriales, de « faire la preuve » que l'Etat peut mieux faire que les pouvoirs locaux » ⁽⁶⁵⁾. Dès lors, la perspective de la censure d'une disposition législative pour violation du principe de subsidiarité semble s'éloigner.

Laetitia GUILLOUD
ATER droit public
Faculté de droit UPMF (Grenoble II)

NOTES :

1.J. Viguier, Le principe de subsidiarité comme nouvel objet du droit constitutionnel, in Henry Roussillon, Xavier Bioy et Stéphane Mouton. Les nouveaux objets du droit constitutionnel. Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2006, p. 123-133.

~~(2)~~-V. Constantinesco, Le principe de subsidiarité : un passage obligé vers l'Union européenne ?, in L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis. Paris, Dalloz, 1991, p. 35-45.

~~(3)~~-Pie XI, Encyclique, Quadragesimo anno, sur la restauration de l'ordre social en pleine conformité avec les préceptes de l'Evangile, à l'occasion du quarantième anniversaire de l'Encyclique Rerum novarum, in Actes de S. S. Pie XI, T. 7, Paris, Maison de Bonne Presse, 1931, p. 31.

~~(4)~~-Kelsen dénomme «ordre juridique total», la communauté juridique composée de l'ordre juridique central et des ordres juridiques locaux. Cf. H. Kelsen, Théorie générale du droit et de l'Etat, Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, 1997, 1^{re} éd. 1945, p. 353.

~~(5)~~-Selon l'article 72, alinéa 2 de la loi fondamentale dans le domaine de la compétence législative concurrente «la fédération a le droit de légiférer lorsque et pour autant que la réalisation de conditions de vie équivalentes sur le territoire fédéral ou la sauvegarde de l'unité juridique ou économique dans l'intérêt de l'ensemble de l'Etat rendent nécessaire une réglementation législative fédérale».

~~(6)~~J.-L. Clergerie, Le principe de subsidiarité, Paris, Ellipses, 1997, p. 39.

~~(7)~~J.-B. Auby, La décentralisation et le droit, Paris, LGDJ, 2006, p. 59.

~~(8)~~ Article 130 R, § 4 abrogé par le Traité de Maastricht.

~~(9)~~J. Rideau, Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes, Paris, LGDJ, 2006, p. 604.

~~(10)~~-Disposition abrogée par le Traité de Maastricht.

- ~~(11)~~ A. Delcamp, Principe de subsidiarité et décentralisation, RFDC, 1995, n° 23, p. 609. Cf. également G. Drago, Le principe de subsidiarité comme principe de droit constitutionnel, RID comp., 1994, p. 583-592.
- ~~(12)~~ O. Guichard, Vivre ensemble, Rapport de la commission de développement des responsabilités locales, Paris, La Documentation française, 1976, 432 p.
- ~~(13)~~ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, JORF du 19 mars 2003.
- ~~(14)~~ Rapport n° 376 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle n° 369 adopté par le Sénat relatif à l'organisation décentralisée de la République et la proposition de loi constitutionnelle n° 249 de Hervé Morin et plusieurs de ses collègues relative à l'exercice des libertés locales par Pascal Clément, 18 novembre 2002, p. 86. <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r0376.asp>.
- ~~(15)~~ P. Flobert (dir.), Le Grand Gaffiot, Dictionnaire latin-français, Paris, Hachette, 2000, p. 1522.
- ~~(16)~~ J.-Ph. Derosier, La dialectique centralisation/décentralisation. Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité, RID comp., à paraître 2007.
- ~~(17)~~ Protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité annexé au Traité d'Amsterdam, pt. 3.
- ~~(18)~~ A. Delcamp, Principe de subsidiarité et décentralisation, préc., p. 616.
- ~~(19)~~ Préambule du Traité sur l'Union européenne, alinéa 12.
- ~~(20)~~ «Le présent Traité marque une nouvelle étape dans le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe, dans laquelle les décisions sont prises dans le plus grand respect possible du principe d'ouverture et le plus près possible des citoyens», article 1, alinéa 2 TUE.
- ~~(21)~~ C.-F. Durand, La mise en oeuvre du principe de subsidiarité, in Francis Delpérée (dir.), Le principe de subsidiarité, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 368.
- ~~(22)~~ F. Chaltiel, Le principe de subsidiarité dix ans après le Traité de Maastricht, Revue Marché commun, 2003, n° 469, p. 368.
- ~~(23)~~ Selon le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité annexé au Traité d'Amsterdam. Le principe de proportionnalité implique que «la Communauté ne légifère que dans la mesure nécessaire» (pt 6). Cela implique de prendre en compte le caractère impératif ou non-impératif de l'acte, son éventuel effet direct et le degré de précision de son contenu. Par ailleurs, alors que le principe de subsidiarité ne s'applique qu'aux compétences partagées entre l'Union européenne et les Etats membres, la proportionnalité vise toutes les compétences communautaires, qu'il s'agisse d'une compétence exclusive ou partagée.
- ~~(24)~~ Claude Blumann et Louis Dubouis qualifient ainsi le principe de proportionnalité de «subsidiarité instrumentale», in Droit institutionnel de l'Union européenne, Paris, Litec, 2005, 2^e éd., p. 267.
- ~~(25)~~ J.-P. Jacqué, Droit institutionnel de l'Union européenne, Paris, Dalloz, 2004, 3^e éd., p. 153.
- ~~(26)~~ H. Kelsen, Théorie générale du droit et de l'Etat, op. cit., p. 333.
- ~~(27)~~ Ce dernier prévoyait que les «collectivités locales ont vocation à exercer l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en oeuvre à leur échelon».
- ~~(28)~~ Pour un écho de ces débats cf. M. Verpeaux, Le pouvoir réglementaire local, entre unicité et diversité, in Anne-Marie Le Pourhiet, (dir.), Droit constitutionnel local, égalité et liberté locale dans la Constitution. Actes du colloque organisé par l'AFDC les 18, 19 et 20 décembre 1997, Paris, Economica, 1999, p. 31-45. P.-L. Frier, Le pouvoir réglementaire local : force de frappe ou puissance symbolique ?, AJDA du 24 mars 2003, p. 559-563.
- ~~(29)~~ Loi organique n° 2004-758 du 29 juillet 2004 prise en application de l'article 72-2 de la Constitution relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales, JORF du 30 juillet 2004, article 4.
- ~~(30)~~ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, JORF du 19 mars 2003, exposé des motifs.
- ~~(31)~~ Selon l'article I-11, § 3, «en vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les Etats membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union».
- ~~(32)~~ J.-L. Sauron, La mise en oeuvre retardée du principe de subsidiarité, Rev. Marché commun, 1998, n° 423, p. 650.
- ~~(33)~~ Protocole sur le rôle des parlements nationaux dans l'Union européenne annexé au Traité d'Amsterdam, pt 6.

~~(34)~~—Un quart s'il s'agit d'un projet d'acte législatif présenté sur le fondement de l'article III-264 relatif à l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

~~(35)~~—Les parlements monocaméraux disposent de deux voix, au sein des parlements monocaméraux chaque chambre dispose d'une voix.

~~(36)~~—Le protocole sur l'application principes de subsidiarité et de proportionnalité prévoit que la Commission devrait «présenter chaque année au Conseil européen, au Parlement européen et au Conseil un rapport sur l'application de l'article 5 du Traité. Ce rapport annuel est également transmis au comité des régions et au comité économique et social», pt 9.

~~(37)~~—Doc. PE 214.182 du 6 février 1996, cité par Ch. de La Malène, L'application du principe de subsidiarité, rapport de la délégation du Sénat pour l'Union européenne, n° 46, 1996/1997.

~~(38)~~—Cons. const., 23 mai 1979, déc. n° 79-104 DC, loi modifiant les modes d'élection de l'assemblée territoriale et du conseil de gouvernement du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et définissant les règles générales de l'aide technique et financière contractuelle de l'Etat.

~~(39)~~—Cons. const., 8 août 1985, déc. n° 85-196 DC, loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie.

~~(40)~~—Cons. const., 20 janvier 1984, déc. n° 83-168 DC, loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale : le Conseil constitutionnel censure les dispositions de la loi relative à la fonction publique territoriale privant les collectivités du droit de nommer librement leurs agents ; 20 janvier 1993, déc. n° 92-316 DC, loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques : le Conseil constitutionnel censure la disposition de la loi relative à la prévention de la corruption limitant la prolongation d'une délégation de service public ; 14 janvier 1999, déc. n° 98-407 DC, loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des conseils régionaux : le juge constitutionnel censure une disposition imposant la publicité des séances des commissions permanentes des conseils régionaux au motif qu'il s'agit d'une règle de fonctionnement qui relève du règlement intérieur de ces derniers ; 7 décembre 2000, déc. n° 2000-436 DC, loi sur la solidarité et le renouvellement urbains : le juge censure le dispositif de la loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains sanctionnant les collectivités qui n'auraient pas rempli leurs obligations en matière de logements sociaux.

~~(41)~~ Art. L. 2121-29, L. 3211-1 et L. 4221-1.

~~(42)~~ J.-B. Auby, J.-F. Auby, R. Noguellou, Droit des collectivités locales, Paris, PUF, 2004, 3^e éd., p. 198.

~~(43)~~—Cf. notamment la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, JO n° 190 du 17 août 2004, p. 14545.

~~(44)~~—V. note 40.

~~(45)~~—Selon l'article 24, alinéa 3 de la Constitution, le Sénat «assure la représentation des collectivités territoriales de la République».

~~(46)~~—Cité par Rideau, Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes, op. cit., p. 615.

~~(47)~~—CJCE, ord., 1^{er} octobre 1997, Regione Toscana c/ Commission, aff. C-180/97, Rec. CJCE, p. 5245 et s.

~~(48)~~—Cette possibilité semble avoir été envisagée par le Conseil d'Etat dans un arrêt du 24 novembre 2003, Erik X c/ ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, req. n° 232590. Le juge administratif applique cependant en l'espèce la théorie de «l'acte clair» : «Considérant, en premier lieu, que la directive n° 2000/84/CE du Parlement européen et du Conseil européen du 19 janvier 2001, relative à l'heure d'été, harmonise les dates de début et de fin de la période de l'heure d'été entre les Etats membres qui, tous, appliquent un régime d'heure d'été ; qu'il est clair que cette directive contribue ainsi à l'objectif de réalisation du marché intérieur mentionné à l'article 95 du Traité de l'Union européenne sans contrevenir au principe de subsidiarité défini à l'article 5 du même Traité ; que le moyen tiré de la méconnaissance par la directive des stipulations du Traité doit ainsi, en tout état de cause, être écarté, sans qu'il soit besoin de saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question sur ce point, qui ne soulève aucune difficulté sérieuse».

~~(49)~~—Ce sont les termes utilisés par l'avocat général Philippe Léger au cours d'une audition par la délégation pour l'Union européenne du 22 février 2006. <http://www.senat.fr/europe/r22022006.1.html#toc1>.

~~(50)~~—Cf. supra, p. 1.

~~(51)~~—TPI, 21 février 1995, Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid et a. c/ Commission des Communautés européennes, aff. T29/92, Rec., p. 289 et s., pt 331.

~~(52)~~-CJCE, 15 décembre 1995, Union royale belge des sociétés de football association ASBL c/ Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA c/ Jean-Marc Bosman et a. et Union des associations européennes de football (UEFA) c/ Jean-Marc Bosman, aff. C 415/93, Rec. CJCE, p. 4921 et s. : le principe de subsidiarité implique que l'intervention des autorités communautaires soit limitée au strict nécessaire dans le domaine de l'organisation des activités sportives mais il ne peut avoir pour effet que l'autonomie dont disposent les associations privées pour adopter des réglementations sportives limite l'exercice des droits conférés par le Traité aux particuliers tel celui de libre circulation.

~~(53)~~-CJCE, 10 septembre 1996, Commission c/ Belgique, aff. 11/95, Rec. CJCE, p. 4115 et s. : la Belgique ne peut pas invoquer le principe de subsidiarité pour se soustraire à l'obligation de transposer une directive.

~~(54)~~-CJCE, 13 mai 1997, Allemagne c/ Conseil, aff. 233/94, Rec. CJCE, p. 2405 et s., pt 28.

~~(55)~~-C. Blumann et L. Dubouis, Droit institutionnel de l'Union européenne, op. cit., p. 269.

~~(56)~~-CJCE, 10 décembre 2002, The Queen et Secretary of State for Health c/ British American Tobacco (Investments) Ltd et Imperial Tobacco Ltd, aff. 491/01, Rec. CJCE, p. I-11453 et s. Elle constate ainsi que : «la directive a pour objectif d'éliminer les entraves résultant des divergences qui subsistent encore entre les dispositions des Etats membres en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac, tout en assurant, conformément à l'article 95, § 3 CE un niveau de protection élevé en matière de santé. Un tel objectif ne saurait être réalisé de manière satisfaisante par une action entreprise au niveau des seuls Etats membres et suppose une action au niveau communautaire, comme le démontre l'évolution hétérogène des législations nationales en l'espèce», pt 181 et 182.

~~(57)~~-Extraits traduits dans les Cahiers du conseil constitutionnel, n° 2, 1996. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc27ccc2espa.htm>.

~~(58)~~-La loi du 5 avril 2000 précise que nul ne peut cumuler plus de deux mandats locaux et elle établit de nouvelles incompatibilités entre les fonctions exécutives locales qui ne peuvent être cumulées, ainsi qu'entre les fonctions exécutives locales et celles de représentant au Parlement européen, loi n° 2000-295 du 5 avril 2000 relative à la limitation du cumul des mandats électoraux et des fonctions et à leurs conditions d'exercice, JORF du 6 avril 2000.

~~(59)~~-CE, 18 avril 1902, Commune de Nérès-les-Bains, Lebon, p. 275 et s.

~~(60)~~-Cons. const., 6 juillet 1994, déc. n° 94-341 DC, loi relative à la date du renouvellement des conseillers municipaux.

~~(61)~~-Cons. const., 7 juillet 2005, déc. n° 2005-516 DC, loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique.

~~(62)~~-Considérant n° 11.

~~(63)~~-Rapport n° 376 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle n° 369 adopté par le Sénat relatif à l'organisation décentralisée de la République et la proposition de loi constitutionnelle n° 249 de Hervé Morin et plusieurs de ses collègues relative à l'exercice des libertés locales par Pascal Clément, 18 novembre 2002, p. 86. <http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/rapports/r0376.pdf>.

~~(64)~~-R. Fraisse, Quelle est la portée du principe de subsidiarité ?, note sur Cons. const., 7 juillet 2005, loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique, DA, 2005, p. 21.

~~(65)~~-J.-E. Schoettl, Commentaire de la décision n° 2005-516 DC du 7 juillet 2005, loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique, LPA 2005, n° 168, p. 9.