UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

ÉCOLE DOCTORALE des sciences juridiques ED 101

Centre d'études internationales et européennes

THÈSE présentée par :

Anaëlle MARTIN

Soutenue le 13 novembre 2020

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'Université de Strasbourg**

Discipline : Droit public

L'INSTRUMENTALISATION DU PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ, UN RÉVÉLATEUR DE LA NATURE JURIDIQUE DE L'UNION EUROPÉENNE

THÈSE dirigée par :

Mme Aude BOUVERESSE	Professeur à l'Université de Strasbourg

RAPPORTEURS :

Mme Brunessen BERTRAND	Professeur à l'Université de Rennes
M. Olivier DUBOS	Professeur à l'Université de Bordeaux

AUTRES MEMBRES DU JURY :

Mme Aurore GAILLET	Professeur à l'Université de Toulouse
M. Dominique RITLENG	Professeur à l'Université de Strasbourg

Remerciements

Mes remerciements s'adressent en premier lieu au Professeur Aude Bouveresse qui a accepté de diriger ce travail. Je la remercie de m'avoir accompagnée dans la réalisation de ma thèse, tout en m'accordant beaucoup de liberté dans l'orientation de mes recherches. Qu'elle soit remerciée de sa confiance et pour ses conseils.

Je tiens également à exprimer ma profonde gratitude au Professeur Brunessen Bertrand, au professeur Olivier Dubos, au Professeur Aurore Gaillet et au Professeur Dominique Ritleng qui ont accepté, malgré un contexte difficile, d'être membres du jury et de consacrer du temps à la lecture et l'évaluation de mes travaux. Je les remercie pour l'intérêt qu'ils ont porté à ces derniers, pour leurs observations ainsi que pour les critiques formulées avec bienveillance et pertinence.

Mes remerciements et ma reconnaissance vont aussi aux enseignants-chercheurs et à mes chers collègues de la faculté de droit de Strasbourg. Leur soutien, leurs encouragements et nos échanges constants m'ont été précieux.

J'adresse enfin, et tout naturellement, mes remerciements à mes proches, ma famille et mes amis qui, à leur façon, ont contribué à l'aboutissement de ce travail.

Liste des principales abréviations

§	Paragraphe
ADE	Annuaire de droit européen
Aff.	Affaire(s)
Aff. jtes	Affaires jointes
AFDI	Annuaire français de droit international
AIDH	Annuaire international des droits de l'homme
AIR	Analyse d'impact réglementaire
AJDA	Actualité juridique droit administratif
AJIL	American Journal of international law
Am.J.Comp.L	American Journal of comparative law
Art.	Article
Ass.	Assemblée
BVerfG	*Bundesverfassungsgericht*
BCE	Banque centrale européenne
c/	Contre
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cass.	Cour de Cassation
CC	Conseil constitutionnel
CCC	Cahiers du Conseil constitutionnel
CDE	Cahiers de droit européen
CE	Conseil d'État
CEE	Communauté économique européenne
CECA	Communauté européenne du charbon et de l'acier
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Chi.J. Int.L	*Chicago Journal of International Law*
Chron.	Chronique
CIJ	Cour internationale de justice
CMLR	*Common Market Law Review*
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Coll.	Collection
Comm.	Commentaire
CUP	Cambridge University Press
DA	Revue de droit administratif
Dir.	Sous la direction

e.a	Et autres
EBLR	*European Business Law review*
ECLR	*European Competition Law review*
ECL Review	European constitutional Law review
Ed.	Editor
éd.	Édition
EEE	Espace économique européen
EJIL	*European Journal of international law*
ELSJ	Espace de liberté, de sécurité et de justice
ELR	*European Law Review*
ELJ	*European Law Journal*
EU	European Union
Fasc.	Fascicule
FMI	Fonds monétaire international
Ibid.	*Ibidem*
i.e	*In extenso*
JAI	Justice et affaires intérieures
JCl	Jurisclasseur
JCLE	*Journal of competition law and economics*
JDE	Journal de droit européen
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JORF	Journal officiel de la République française
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les petites affiches
MES	Mécanisme européen de stabilité
n°	Numéro(s)
Op.cit	*Opus citatum*
ord.	Ordonnance
p.	Page
pp.	De la page…à la page
Préc.	Précité(e)(s)
PU	Presses universitaires
PUF	Presses universitaires de France
PUS	Presses universitaires de Strasbourg
RAE	Revue des affaires européennes
RDP	Revue du droit public

RDUE	Revue du droit de l'Union européenne
Rec.	Recueil
REDP	Revue européenne de droit public
Réimpr.	Réimpression
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RGDIP	Revue générale de droit international public
RIDC	Revue international de droit comparé
RMC	Revue du marché commun
RMUE	Revue du marché unique européen
RTD Eur.	Revue trimestrielle de droit européen
RUE	Revue de l'Union européenne
s.	Suivant(e)(s)
Sect.	Section
spéc.	Spécialement
Sup. Ct. L. Rev.	Supreme Court Law Review (Canada)
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TPICE	Tribunal de première instance des communautés européennes
Trad.	Traduction
Trib.UE	Tribunal de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
TVA	Taxe sur la valeur ajoutée
UE	Union européenne
UEM	Union économique et monétaire
Vol.	Volume

L'INSTRUMENTALISATION DU PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ, UN RÉVÉLATEUR DE LA NATURE JURIDIQUE DE L'UNION EUROPÉENNE

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE……**4**

PARTIE I. LE POTENTIEL FÉDÉRALISTE DU PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ : UN INSTRUMENT FÉDÉRAL ENCOURAGEANT……**42**

Titre I- Un principe fédéral…….….. **47**

Chapitre I- Un principe de droit constitutionnel fédéral…….…….**49**

Section 1. La consécration juridique du principe de subsidiarité…….……**53**

Section 2. Le contrôle juridictionnel du principe de subsidiarité…….……**96**

Chapitre II- Un principe de droit administratif fédéral…….…..……**124**

Section 1. Le principe de subsidiarité au fondement de l'administration indirecte….…….. **127**

Section 2. L'autonomie institutionnelle et procédurale……..…**163**

Titre II- Un instrument de fédéralisation……..……**199**

Chapitre I- Le fédéralisme comme processus : contribution du principe de subsidiarité au déploiement fédéral de l'Union……..……**202**

Section 1. Une Fédération plurinationale en cours d'élaboration…….…….**206**

Section 2. Les vertus fédéralisantes du principe subsidiarité….……**228**

Chapitre II- Le potentiel fédéraliste insuffisamment exploité du principe de subsidiarité….**264**

Section 1. Les tentatives discrètes d'un rééquilibrage des compétences dans la jurisprudence post-Maastricht…….……..……**267**

Section 2. Les instruments indirects de la subsidiarité descendante….…….……**299**

PARTIE II. LE DÉVOIEMENT FONCTIONNALISTE DU PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ : UNE INSTRUMENTALISATION FONCTIONNELLE INDÉPASSABLE……..…….……**342**

Titre I- Le principe de subsidiarité réduit à un principe fonctionnel…….**347**

Chapitre I- L'instrumentalisation fonctionnelle du principe de subsidiarité au niveau législatif…….……**350**

Section 1. L'approche de la Commission : une conception instrumentale du principe de subsidiarité à l'origine d'une dérive fonctionnelle …….…….. **353**

Section 2. L'approche de la Cour de justice : une conception minimaliste du principe de subsidiarité…….…..……**381**

Chapitre II- L'instrumentalisation fonctionnelle du principe de subsidiarité au niveau exécutif…….…….**410**

Section 1. De l'administration indirecte à l'administration partagée : la fin du modèle du fédéralisme d'exécution dans l'Union européenne ? ……**415**

Section 2. L'instrumentalisation par la Cour de justice du principe de subsidiarité juridictionnelle en fonction des intérêts de l'Union…….…….**466**

Titre II- Le principe de subsidiarité réduit à un instrument d'intégration……..…….**487**

Chapitre I- La centralisation au niveau normatif…….….**490**

Section 1. Le critère de l'efficacité au coeur de l'article 5. 3 TUE : le biais centralisateur de la subsidiarité législative……**494**

Section 2. Le critère de l'uniformité des conditions d'application au coeur de l'article 291.2 TFUE : le biais centralisateur de la subsidiarité exécutive……..…….**536**

Chapitre II- La centralisation au niveau procédural…….…….**557**

Section 1. De l'autonomie procédurale à la subsidiarité juridictionnelle…….…….**559**

Section 2. L'activation de la subsidiarité juridictionnelle ascendante à la faveur du principe d'effectivité……..…….……..**583**

CONCLUSION GÉNÉRALE……..**614**

BIBLIOGRAPHIE……..…….……**618**

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. « Le principe de subsidiarité est en lui-même un paradoxe, à la fois suppléance nécessaire de la part d'une instance supérieure, commune, pour engager des initiatives qui, prises isolément, n'aboutiraient pas, et reconnaissance de la pleine responsabilité des divers échelons d'une communauté, là où elle peut s'exercer. Ce paradoxe s'avère constitutif de la construction européenne. Inscrit, puis densifié dans les traités successifs pour rassurer des régions et des États inquiets de la direction prise par l'Union européenne, le principe porte aussi en lui une promesse, plus ou moins explicite, d'intégration fédérale. S'il se donne à voir comme une arme de protection des échelons de proximité, il peut tout aussi bien justifier une centralisation de l'exercice des compétences au niveau européen »[1]. C'est à partir de ce paradoxe au coeur duquel s'inscrivent et se rejoignent la subsidiarité et la construction européenne que nous nous proposons d'étudier les spécificités du droit de l'intégration. Pour J. Barroche, à qui nous empruntons cette citation, le fédéralisme européen dont il est question ici revêt une « forme inédite » en ce qu'il « avance caché derrière le masque de la subsidiarité » tandis que cette dernière est un principe flou « d'inspiration utilitariste et fonctionnaliste » qui résulte de « l'indétermination du projet européen » tout en exprimant son « besoin vital d'indéfinition »[2]. Il ressort de ce constat critique que le principe de subsidiarité, à l'instar de l'intégration européenne, est éminemment ambigu et s'inscrit dans la dialectique paradoxale du fonctionnalisme et du fédéralisme qui caractérise le projet européen depuis la naissance des Communautés.

2. De façon générale, la subsidiarité peut se définir comme un principe de proximité en vertu duquel les décisions doivent être prises le plus près possible des citoyens. C'est en ce sens que s'inscrit le préambule du traité sur l'Union européenne[3]. Plus spécifiquement, ce principe permet, lorsqu'il s'applique, de déterminer l'échelon le plus efficace pour intervenir dans un domaine de compétences donné, au regard des objectifs des actions envisagées[4]. Il

---

[1] BARROCHE J., « La subsidiarité : quelle contribution à la construction européenne ? », *Revue Projet* 2014/3 (N° 340), p. 66-75.

[2] BARROCHE J., « La subsidiarité chez Jacques Delors. du socialisme chrétien au fédéralisme européen », *Politique européenne* 2007/3 (n° 23), p. 153-177.

[3] Les États se disent ainsi « 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 ».

[4] C'est en ce sens que s'inscrit l'article 5.3 TUE. La question du champ d'application du principe de subsidiarité sera abordée dans les développements ultérieurs. Précisons d'emblée qu'il ne s'applique qu'aux domaines qui ne relèvent pas de la compétence exclusive de l'Union européenne.

importe de préciser que dans le cadre de l'ordre juridique de l'Union européenne, l'échelon supérieur est celui de l'Union, les États et leurs collectivités territoriales représentant les échelons inférieurs. La subsidiarité vise donc à s'assurer qu'une action de l'Union est justifiée, en termes d'efficacité politique, par rapport aux potentielles actions entreprises isolément par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local.

3. De cette brève présentation pointe déjà la nécessaire instrumentalisation d'un principe conçu moins comme une fin en soi qu'un instrument. Reste à cerner l'objectif concret auquel la consécration du principe de subsidiarité semble avoir répondu, étant entendu que cet objectif est lui-même incertain et fluctuant. S'agissait-il de protéger les États membres et leurs ressortissants des intrusions excessives des institutions européennes, en les dotant d'une arme juridique nouvelle, de « relégitimer » l'Union en la parant d'une façade à la fois plus démocratique et plus fédérale, ou, plus sournoisement, d'accélérer le processus d'intégration dans les domaines dans lesquels il ne faisait pas de doute que l'action de l'Union était plus efficace qu'une action étatique, eu égard à la dimension transnationale de la réalisation d'un marché commun ? C'est à travers la poursuite de ces objectifs, plus ou moins antagonistes, que transparait la nature aussi bien du principe de subsidiarité que de l'Union européenne.

4. La nature du principe de subsidiarité est ambiguë à plus d'un titre, à l'instar de la nature juridique de l'Union européenne. L'ambiguïté tient tout d'abord dans le caractère confus voire contradictoire du principe consacré par le traité de Maastricht[5]. Si l'application de la subsidiarité peut conduire à freiner l'intégration, le principe peut tout aussi bien, eu égard aux objectifs de l'action envisagée, la favoriser en légitimant l'intervention de l'Union dans un domaine de compétence partagée. Fréquemment présentée comme un principe de décentralisation, la subsidiarité tend, dans sa dimension ascendante et lorsque les objectifs l'exigent, à justifier une centralisation dans l'exercice des compétences non exclusives de l'Union. Force est de constater que cette ambiguïté, qui illustre en réalité le caractère dynamique et bidirectionnel du principe, se retrouve dans le fédéralisme sur lequel le principe de subsidiarité semble précisément devoir déboucher. La logique fédérale peut se définir, de façon très schématique, comme la quête permanente d'un équilibre entre les forces centripètes et les forces centrifuges de la Fédération au sein de laquelle l'autonomie des entités fédérées doit être assurée. Aussi la dynamique ascendante/descendante du principe de subsidiarité semble-t-elle correspondre à la dialectique unité/diversité inhérente au fédéralisme.

---

[5] L'article 3B TCE disposait en ces termes :« 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 ».

5. Constat néanmoins paradoxal car le prétendu fédéralisme de l'Union européenne ne peut être, en l'absence d'un *demos* européen, que le produit inachevé d'une fédéralisation rampante dont le principe de subsidiarité serait le masque servile et la marque politiquement stérile. Encore faut-il expliquer la façon dont un principe censé préserver les compétences étatiques peut conduire à fédéraliser, même partiellement, une organisation fondée sur des traités. En effet, malgré ses ambitions politiques, l'Union européenne demeure marquée par son existentialisme juridique[6] et son fonctionnalisme économique. En l'absence d'une constitution formelle claire et d'un partage des compétences plus abouti entre l'Union et ses membres, l'intégration européenne est bien synonyme d'indétermination et le projet européen semble frappé d'incohérence. Surtout, le processus d'intégration ne cesse de se heurter à la résistance des États membres. La consécration, relativement tardive, du principe de subsidiarité dans le droit primaire n'est-elle pas l'expression d'une méfiance et d'une hostilité grandissantes à l'endroit de l'Union européenne ? Dans cette perspective, le principe de subsidiarité ne constitue pas tant un facteur d'intégration qu'un élément d'intergouvernementalisme et semble jeter un doute sur la pertinence des approches fonctionnaliste et fédéraliste. Cette interrogation nous conduit à nous arrêter brièvement sur les trois grandes théories de l'intégration que sont le fonctionnalisme, le fédéralisme et l'intergouvernementalisme.

Bref retour sur les théories classiques de l'intégration au prisme de la subsidiarité

6. Avant de présenter les différentes « théories » de l'intégration européenne qui sont autant de cadres conceptuels visant à appréhender, comprendre et expliquer un tel processus, une définition préalable du phénomène d'intégration s'impose.

7. P. Pescatore définissait l'intégration comme un processus dynamique désignant « tout acheminement vers l'unité de collectivités humaines »[7]. Dans une perspective étatique, l'intégration régionale désigne le processus par lequel les États se regroupent et s'unissent afin de former des institutions nouvelles aboutissant généralement à « une forme plus

---

[6] L'Union européenne se présente comme une construction *sui generis* qui échappe aux classifications traditionnelles de la doctrine (Etat fédéral, Confédération). Par conséquent, sa nature ne saurait être définie *a priori*. En ce sens, et pour reprendre la formule de J. P. Sartre, *l'existence* de l'Union européenne précède son *essence*. J. Delors définissait par ailleurs l'Union européenne comme un « objet politique non identifié » : DELORS J., « Discours d'ouverture de la Conférence intergouvernementale du 9 septembre 1985 à Luxembourg » in Bulletin des Communautés européennes, septembre 1985, no 9.

[7] PESCATORE P, « Fédéralisme et intégration: remarques liminaires », in *Études de droit communautaire européen* 1962-2007, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 449-462, p. 453.

centralisée de gouvernement »[8]. Plus précisément, l'intégration désigne « des projets d'unification entre États portant sur des secteurs limités, sans englober les totalités des attributions de l'État »[9]. En résumé, on peut voir dans le processus d'intégration une création dynamique d'un système politique supranational « par lequel les liens horizontaux et verticaux entre les acteurs politiques, économiques et sociaux émergent, s'organisent et se stabilisent par la mise en place de règles et de procédures »[10].

8. Sur le plan économique, cette dynamique passe généralement par quatre stades : une zone de libre-échange, une union douanière, un marché commun et une union économique et monétaire. La doctrine considère en règle générale que les notions de marché commun, de marché unique et de marché intérieur sont synonymes[11] car elles comportent toutes une union douanière à laquelle sont associées les libertés de circulation des marchandises, des services, des capitaux et des travailleurs[12]. Sur un plan plus politique et sociale, l'espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ) mérite d'être mentionné dans la mesure où il constitue, parallèlement au marché intérieur et concurremment à ce dernier, un espace dans lequel la libre circulation des personnes — et non plus des seuls travailleurs européens — est assurée[13]. L'ELSJ qui mêle à l'intégration verticale des méthodes horizontales de coopération entre États représente une étape majeure de la construction européenne dans la mesure où son insertion dans le traité d'Amsterdam a préfiguré une autre voie de l'intégration en faisant entrer le projet européen dans une dimension plus politique et moins marchande. C'est dans ce cadre que vient s'insérer la citoyenneté européenne, autre apport majeur du traité de Maastricht qui semble attester, à l'instar de la consécration du principe de subsidiarité, une fédéralisation de l'Union européenne. Pour autant, tout comme la subsidiarité, la citoyenneté

---

[8] JEANNE A., L'intégration négative des marchés aux Etats-Unis et dans l'Union Européenne, p.449 ; DEHOUSSE R. and WEILER J., « The Legal Dimension », in W. WALLACE (ed.), The dynamics of european integration, Pinter, 1990, p. 242.

[9] PESCATORE P, *Fédéralisme et cours suprêmes et l'intégration des systèmes juridiques*, Bruxelles, UGA, 1973, p. 8.

[10] FLIGSTEIN N., SWEET A. S., « Institutionalizing the Treaty of Rome » in A. S. Sweet, W. Sandholtz and N. Fligstein, (eds), The Institutionalization of Europe, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 29.

[11] L'on note toutefois une évolution terminologique dans les traités au terme de laquelle la notion de marché intérieur s'est substituée à celle, originelle, de marché commun.

[12] Aux termes de l'article 26.2 TFUE, « le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée ».

[13] Aux termes de l'article 3.2 TUE « l'Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes ».

reste attachée au format fonctionnel duquel elle ne parvient que difficilement à s'extraire tant le paradigme fonctionnaliste reste, aujourd'hui encore, dominant[14].

9. En effet, si l'Union européenne se caractérise par une intégration économique très poussée — comme l'atteste l'établissement de l'Union économique et monétaire — l'intégration politique reste, aujourd'hui encore, assez faible. Dans le cadre de cette étude, notre analyse se concentrera essentiellement sur le troisième degré du processus d'intégration, à savoir le marché commun/intérieur dont l'établissement résulte d'un double processus : l'intégration positive et l'intégration négative. L'intégration positive renvoie à la mise en oeuvre de politiques communes et vise à rapprocher les législations des États. Elle implique l'intervention des institutions de l'Union afin de coordonner ou harmoniser les politiques nationales. Elle a surtout pour fonction de compléter l'intégration dite négative dont l'objet est d'éliminer les obstacles résultant des frontières nationales grâce à des règles visant à garantir les libertés de circulation et une concurrence non faussée.

10. La réflexion théorique sur l'intégration européenne nous permet de rappeler les approches traditionnelles développées par les auteurs pour conceptualiser le système juridique et politique mis en place par les traités fondateurs. Comme le souligne S. Saurugger, « l'analyse de l'intégration européenne n'est pas seulement une affaire technique, elle nécessite des connaissances et des conceptualisations spécifiques qui permettent une contextualisation du processus étudié »[15]. Aussi chaque approche aura-t-elle tendance à analyser différemment un même objet en fonction de la perspective adoptée et du choix de l'intérêt à privilégier.

11. Ainsi, pour expliquer l'intégration européenne, les intergouvernementalistes insistent sur les intérêts étatiques tandis que les fonctionnalistes — auxquels on rattachera les néo-fonctionnalistes — mettent en avant les intérêts transnationaux, essentiellement techniques et économiques, qui tendent à déclencher un engrenage automatique entre les différents secteurs. L'approche fédéraliste se situe entre ces deux extrémités puisqu'elle donne aux États un rôle essentiel dans l'intégration de l'Union tout en envisageant des transferts, au moins partiels, de leur souveraineté afin de constituer un nouveau centre de pouvoir que l'on pourrait qualifier de gouvernement supranational.

---

[14] Ce format fonctionnel est celui de la logique du marché qui tend encore à concevoir le citoyen comme un agent économique. La mobilité des personnes n'est ainsi pas détachée des objectifs économiques de l'intégration européenne.

[15] SAURUGGER S., Théories et concepts de l'intégration européenne, Paris, Presses de Sciences Po, 2010.

12. La confrontation de ces différentes approches théoriques de l'intégration européenne, sous l'angle de la consécration du principe de subsidiarité par le traité de Maastricht, pourrait s'avérer utile dans le cadre de notre analyse. Nous envisagerons dans un premier temps le principe de subsidiarité dans une perspective intergouvernementaliste (1), puis fédéraliste (2) et, enfin, fonctionnaliste (3).

1. La subsidiarité dans une perspective intergouvernementaliste

13. L'approche intergouvernementaliste, apparue dans les années 1960 et fondée sur la pensée réaliste des relations internationales, postule que les États membres demeurent les principaux acteurs de la construction européenne. Prenant le contre-pied des thèses fonctionnalistes et fédéralistes, S. Hoffmann a pu affirmer que l'État, et plus précisément l'« État-nation » en Europe, n'était pas tant obsolète qu'obstiné[16]. Cet auteur a mis en avant la diversité des États européens, opposant à la logique d'intégration une logique de diversité des situations nationales, tant sur le plan historique que culturel ou économique. Selon les intergouvernementalistes, les gouvernements nationaux, forts de leur légitimité démocratique, sont les facteurs déterminants de l'intégration dont ils pilotent de façon rationnelle et en fonction de leurs préférences respectives ledit processus. Ces acteurs agissent de façon stratégique et imposent leurs volontés grâce à des négociations et des marchandages intergouvernementaux.

14. Cette approche « stato-centrée » cherche à réhabiliter le rôle des acteurs nationaux en montrant que les États, loin d'être affaiblis par l'intégration, en sortent renforcés, en particulier les plus puissants d'entre eux. À l'inverse, les institutions européennes ne joueraient, en tant qu'organes supra-nationaux, qu'un rôle secondaire dans le processus d'intégration. L'intergouvernementalisme « libéral », développée à la fin des années 1980 par A. Moravcsik, insiste sur le poids des préférences nationales déterminées en interne sous la pression des lobbies économiques[17]. Aussi les préférences étatiques ne sont-elles pas fixes mais façonnées en permanence par des conflits politiques à l'intérieur de chaque État. Dans cette perspective, l'intégration européenne serait « le fruit d'un calcul stratégique des gouvernements membres pour promouvoir leurs principaux intérêts économiques et d'une série de choix rationnels effectués par les élites nationales »[18].

---

[16] HOFFMANN S., « Obstinate or Obsolete ? The Fate of the Nation-State and the Case of Western Europe », *Daedalus,* 95(3), 1966, pp. 862-915.

[17] MORAVCSIK A., « Negotiating the Single European Act. National Interests and Conventional Statecraft in the European Community », International Organization, 45 (1), 1991, p. 19-56 ; « Preferences and Power in the European Community : A Liberal Intergouvernementalist Approach », Journal of Common Market Studies, 31 (4), 1993, p. 473-524.

[18] SAURUGGER S., Théories et concepts de l'intégration européenne, Paris, Presses de Sciences Po, 2010.

15. La consécration du principe de subsidiarité dans le droit primaire de l'Union, au début des années 1990, semble bien s'inscrire dans l'approche intergouvernementaliste dans la mesure où la prise en compte de ce principe tend à faire évoluer la construction européenne conformément aux intérêts étatiques, c'est-à-dire en prenant en compte l'autonomie des États membres.

16. L'insertion du principe de subsidiarité dans le traité de Maastricht a été interprétée dans la doctrine anglo-saxonne comme la consécration d'une « clause limitant les transferts de compétences »[19] et plus encore, une « réaction critique non seulement vis-à-vis du passage progressif de la compétence législative du Conseil — dominé par les États membres — à des institutions communautaires plus autonomes, mais aussi vis-vis de l'interprétation extensive des pouvoirs de l'Union par la Cour de justice, à l'encontre des intérêts étatiques »[20]. En posant le principe selon lequel l'Union (ou la Communauté à l'époque de Maastricht) « n'intervient 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 »[21], les rédacteurs du traité ont sans doute cherché à préserver l'emprise étatique sur le processus d'intégration. Le principe de subsidiarité semble ainsi renouer avec l'approche hoffmannienne selon laquelle la logique d'intégration se heurte nécessairement à la logique de diversité dans la mesure où, dans les domaines mettant en jeu des intérêts nationaux, les États membres préfèrent garder une certaine maîtrise et évitent les incertitudes impliquées par la poursuite du processus d'intégration[22].

17. En outre, s'agissant du contexte ayant entouré la consécration du principe de subsidiarité et des circonstances de sa négociation, on note de difficiles marchandages entre les différents acteurs nationaux. En effet, ce principe a été « proposé » aux États réticents à

---

[19] PAN W., Crises and Opportunities: Strengthened European Union Economic Governance after the 2008 Financial Crisis. Dissertation, Leiden University, 2015.

[20] SWAINE E. T., "Subsidiarity and Self-Interest: Federalism at the European Court of Justice," *Harvard International Law Journal* 41 (2000): 1, 5 : *« Subsidiarity is a critical reaction not only to the gradual shift in legislative authority from the Member States-dominated Council to more autonomous Community institutions, but also to the Court of Justice's expansive interpretation of Community powers against the apparent interest of Member States »*. Nous traduisons.

[21] Article 3 B TCE. Il s'agit de l'ancienne formulation du principe de subsidiarité qui se trouve aujourd'hui à l'article 5. TUE.

[22] HOFFMANN S., « Obstinate or Obsolete ? The Fate of the Nation-State and the Case of Western Europe », *Daedalus,* 95(3), 1966, pp. 862-915 : « *We have been witnessing a kind of race, between the logic of integration set up by Monnet and analyzed by Haas, and the logic of diversity (…) The logic of diversity suggests that, in areas of key importance to the national interest, nations prefer the certainty, or the self-controlled uncertainty, of national self-reliance, to the uncontrolled uncertainty of the untested blender* ».

l'idée d'introduire dans le traité une terminologie fédéraliste[23]. Le principe de subsidiarité constituait donc un véritable compromis visant à concilier les positions des uns et des autres en évitant toute référence au « F word ». Aussi la subsidiarité a-t-elle remplacé l'expression « vocation fédérale » voulue par la France et surtout l'Allemagne — tout particulièrement ses *Länder* — mais refusée en bloc par le Royaume-Uni.

2. La subsidiarité dans une perspective fédéraliste

18. Si l'on examine le contexte de l'introduction du principe dans le traité de Maastricht, il apparaît que la consécration de la subsidiarité a non seulement permis de rassurer les États les plus méfiants vis-à-vis de la construction européenne mais également de préserver « les conditions d'un éventuel fédéralisme européen »[24]. En effet, le principe de subsidiarité serait à certains égards consubstantiel au fédéralisme. Si, sur un plan politique et discursif, le principe a souvent été présenté comme un possible frein à l'intégration, les rédacteurs des traités ont néanmoins pris soin de faire de la subsidiarité un principe dynamique. Il a déjà été souligné que le caractère dynamique du principe de subsidiarité fait écho à la logique fédérale en ce que le premier répond à la dialectique unité/diversité de la seconde. Surtout, la dynamique potentiellement ascendante du principe de subsidiarité favorise, justifie et légitime l'éventuelle centralisation des réglementations nationales, préservant ainsi l'Union ou la Fédération des forces centrifuges.

19. Le fédéralisme dont la définition fera l'objet de développements substantiels dans notre thèse est incontestablement une réalité politique et institutionnelle dans certains États. Consacré ou non, le principe de subsidiarité sous-tend la plupart des systèmes fédéraux. Les expériences américaines, comme celles des États-Unis et du Canada, et européennes, comme celles de l'Allemagne et de la Suisse, méritent d'être mentionnées. Il s'agira d'identifier, à la lumière du droit comparé, la place et le rôle du principe de subsidiarité dans les États dits fédéraux, en interrogeant la dialectique centralisation/décentralisation. Par ailleurs, comme le rappelle J. Barroche, le fédéralisme est aussi « un mot d'ordre invoqué par les tenants d'une certaine Europe politique, s'opposant, d'une part, à un souverainisme strictement intergouvernemental et, d'autre part, à une Europe économique, simple zone de libre échange »[25]. La question de savoir si — et de quelle façon — la subsidiarité peut constituer un instrument de « fédéralisation » de l'Union européenne devra nécessairement se poser.

---

[23] MARCHAND-TONEL X, "La subsidiarité, un enjeu des débats sur l'Union européenne" Présentation du dossier, *Droit et société*, 2012/1 n.º 80, pp. 7-9.

[24] BARROCHE J., « La subsidiarité chez Jacques Delors. du socialisme chrétien au fédéralisme européen », *Politique européenne* 2007/3 (n° 23), p. 153-177.

[25] *Ibid*.

20. La logique fédérale invite donc à dépasser la matrice technico-économique qui a longtemps caractérisé la construction européenne mais également le cadre étroit des souverainetés nationales. Aussi le fédéralisme conduit-il à remettre en question les postulats centraux de l'intergouvernementalisme. Pour autant, la grande hétérogénéité des approches fédérales doit être soulignée puisque les auteurs se réclamant du fédéralisme sont rarement d'accord sur les caractéristiques essentielles d'une Fédération. La notion même de Fédération nécessite d'être éclairée et soigneusement distinguée des catégories traditionnelles d'État fédéral ou de Confédération. Au regard de l'intégration, et de façon très schématique, l'on peut opposer les tenants d'un « fédéralisme centralisateur » — qui pourraient se réclamer de la subsidiarité ascendante — aux partisans d'un « fédéralisme décentralisateur » pour lesquels la subsidiarité descendante répond aux besoins de diversité et d'autonomie sur lesquels la logique fédérale repose. Par ailleurs, si d'aucuns estiment que le fédéralisme ne peut être dissocié du concept de l'État et considèrent que toute Fédération doit revêtir la forme étatique, d'autres auteurs, en revanche, insistent sur la nécessité de « sortir la Fédération de l'orbite de l'État »[26]. Cette dernière distinction a des conséquences majeures sur la question de la qualification de la nature juridique de l'Union européenne. Si cette dernière ne saurait être qualifiée d'État fédéral, ne pourrait-elle pas être décrite comme une Fédération, du moins *en devenir* ? Quelle serait alors la place des États membres dans une telle construction ?

21. A l'instar de l'intergouvernementalisme, le fédéralisme se présente comme une théorie explicative du processus d'intégration même si les auteurs qui s'y réfèrent sont fréquemment accusés de faire de l'idéologie ou de confondre approche *analytique* et approche *normative* en préconisant le dépassement de l'État-nation au profit d'une véritable Fédération. Dans le cadre de notre étude, l'approche descriptive sera privilégiée même si nous ne nous interdisons pas quelques incursions dans la controverse qui anime la pensée fédéraliste. En outre, même si l'Union européenne n'est pas un État, et ne le sera sans doute jamais, l'approche comparative nous semble incontournable puisqu'elle permet de mettre en lumière les points communs — mais également les spécificités propres à la construction européenne — entre l'Union européenne, d'une part, et les systèmes fédéraux, d'autre part, notamment en ce qui concerne la répartition des compétences et la question de leur exercice par les différents niveaux de gouvernement.

22. Comme le rappelle S. Saurugger, le fédéralisme peut être utilisé comme « un outil descriptif » en ce qu'il permet de révéler certaines convergences entre les expériences de divers États fédéraux et l'intégration européenne ou « abordé en tant que théorie pour laquelle

---

[26] BEAUD O., Théorie de la Fédération, Paris, PUF, 2007, 448 p. (Collection Léviathan).

l'intégration européenne est l'un des exemples d'intégration d'États à expliquer »[27]. Ce sont essentiellement ces deux dernières méthodes que l'on retiendra pour analyser le droit de l'intégration de l'Union sous le prisme du principe de subsidiarité. En effet, l'étude de ce principe recèle une valeur heuristique certaine dans la mesure où la subsidiarité est un principe d'essence « fédérale ». Néanmoins, force est de constater que le fédéralisme n'est pas la seule source d'inspiration de l'intégration européenne.

3. La subsidiarité dans une perspective fonctionnaliste

23. L'approche fonctionnaliste est sans doute la théorie de l'intégration la plus connue et la plus utilisée par les observateurs de la construction européenne. C'est aussi celle qui a, en pratique, le plus largement inspiré les Pères fondateurs des Communautés européennes. Si le néo-fonctionnalisme se distingue du fonctionnalisme sur plusieurs points, notamment quant à son caractère plus analytique[28], dans le cadre de cette étude, le néo-fonctionnalisme sera subsumé sous le concept plus large de fonctionnalisme. En effet, ces deux approches se fondent sur le constat selon lequel les institutions sont créées pour remplir une ou des fonctions précises. Les travaux de D. Mitrany sur le fonctionnalisme et ceux de E. Haas portant sur le néo-fonctionnalisme seront brièvement évoqués afin de fixer le cadre conceptuel de nos développements.

24. D. Mitrany qui, par son ouvrage *A Working Peace System*[29], est considéré comme le pionnier du fonctionnalisme, affirmait que les États-nations étaient les acteurs les moins aptes à maintenir la paix dans le monde et à assurer à leurs citoyens un meilleur niveau de vie. Le refus de tout stato-centrisme et une vision radicalement dépolitisée des enjeux caractérisent l'approche mitranienne qui se veut plus normative que descriptive. En cela, la méthode fonctionnaliste[30] s'écarte diamétralement des orientations et des hypothèses intergouvernementalistes. Le coeur du raisonnement réside dans l'argument fonctionnel selon lequel une paix durable ne saurait découler d'un accord politique entre les États mais de leur union afin que les liens qui unissent ces États les rendent interdépendants. Comme le relève G. Devin « la méthode fonctionnelle se distingue d'une approche de type constitutionnel » car il s'agit d'une « stratégie graduelle de transformation pacifique, orientée, du bas vers le haut,

---

[27] SAURUGGER S., précité.

[28] Le fonctionnalisme se veut plus « normatif » que « descriptif » puisqu'il met l'accent sur les conditions à partir desquelles le monde deviendrait plus pacifique.

[29] MITRANY D., *A Working Peace System, an Argument for the Functional Development of International Organization*, New York, Oxford University Press, 1943. L'ouvrage a été réédité en 1946 et en 1966. Voir aussi du même auteur : The Progress of International Government, New Haven (Ct.), Yale University Press, 1933 ; « The Prospect of Integration : Federal or Functional » *Journal of Common Market Studies* 4, 1965, pp. 119-149.

[30] Il s'agit en effet davantage d'une méthode que d'une théorie, comme l'admettait D. Mitrany lui-même.

d'abord et avant tout par les 'nécessités' et les 'besoins' communs »[31]. Le fonctionnalisme repose sur un certain pragmatisme et une méthode empirique de résolution des problèmes puisque les besoins qu'il s'agit de satisfaire sont souvent économiques. En cela, la méthode fonctionnaliste s'écarte de la logique fédérale qui, tout au contraire, s'oriente vers une certaine constitutionnalisation et une vision résolument politique du processus d'intégration.

25. Il ne fait aucun doute que les Pères fondateurs de l'Europe, comme J. Monnet ou R. Schuman, se sont fortement inspirés des thèses fonctionnalistes même si le premier n'évoque pas les travaux de D. Mitrany dans ses Mémoires[32]. C'est aussi en s'appuyant sur les postulats fonctionnalistes que E. Haas s'est attaché à expliquer l'intégration régionale, en particulier l'intégration européenne[33], même si le père du fonctionnalisme s'est montré hostile à un mécanisme qui, à l'instar des Communautés, se limiterait à quelques pays. De même que le fonctionnalisme, le néo-fonctionnalisme met en avant l'aspect technocratique, la rationalité utilitariste et la progressivité de la démarche ainsi que l'évacuation du politique, du moins dans un premier temps, au profit de la poursuite d'objectifs économiques. De même insiste-t-il sur la préférence des acteurs pour des réalisations concrètes et limitées comme l'accroissement des échanges inter-étatiques et l'établissement d'un marché commun. Le néo-fonctionnalisme a ainsi pu être décrit comme une « théorisation de la méthode Monnet »[34].`Il y a là un paradoxe certain quand on sait que cette méthode est empreinte de pragmatisme.

26. Les apports du néo-fonctionnalisme, par rapport aux travaux des fonctionnalistes, sont notamment sociologiques puisque les intérêts et les valeurs défendus par certains groupes sont mis en avant. Aussi E. Haas insiste-t-il sur la socialisation des élites et des « masses ». Par ailleurs, à la différence des tenants du fonctionnalisme, les néo-fonctionnalistes n'excluent pas, à terme, une intégration de nature politique. Ce dernier élément rapproche donc le fonctionnalisme du fédéralisme. Néanmoins, à la différence de l'approche fédérale, les néo-fonctionnalistes placent les groupes d'intérêts économiques au centre de leur analyse. En effet, en plus d'être « la variable qui permet de mesurer le transfert de loyauté des acteurs du niveau national vers le niveau communautaire » les stratégies de ces acteurs économiques constituent un véritable moteur pour l'intégration[35]. En outre, à l'instar du fonctionnalisme, l'approche néo-fonctionnaliste met l'accent sur l'assignation des

---

[31] DEVIN G., « Que reste-t-il du fonctionnalisme international ? » Critique internationale, 38 (1), 2008, p. 137-152.

[32] *Ibid*.

[33] HAAS E., The Uniting of Europe : Political Social and Economic Forces 1950-1957, Stanford, Stanford University Press, 1958 (1ère édition).

[34] SCHWOK R., Théories de l'intégration européenne, Paris, Montchrestien, 2005, p. 56.

[35] SAURUGGER S., précité.

objectifs aux organisations plutôt que sur la répartition des compétences entre les échelons, cette dernière question relevant d'une logique constitutionnelle de type fédéral. Les néo-fonctionnalistes apportent toutefois des innovations car ils considèrent que la poursuite et la réalisation d'objectifs sectoriels par les organes supranationaux entraine automatiquement des effets d'engrenages (*spill over)* dans d'autres domaines. Ceux-ci seraient au coeur du processus d'intégration et permettraient de faire entrer la construction européenne dans une dimension plus politique.

27. Dès lors, de quelle façon la subsidiarité européenne s'inscrit-elle dans un cadre conceptuel fonctionnaliste ? La question mérite d'autant plus d'être posée que l'on présente ce principe soit comme la marque — mais aussi le moyen — d'une emprise étatique sur le processus d'intégration, ce qui semble rejoindre les thèses intergouvernementalistes, soit comme un principe d'essence fédérale, ce qui renforce l'hypothèse fédéraliste. En réalité, l'analyse empirique suffit à discréditer la première théorie puisque le principe de subsidiarité n'a pas véritablement permis de freiner l'intégration en préservant les compétences des États membres. Il est d'ailleurs intéressant de noter que le Royaume-Uni qui a quitté l'Union européenne avait fait de la subsidiarité un principe « souverainiste ». Cette lecture britannique du principe n'a pas été celle adoptée par les acteurs de l'intégration. Quant à la seconde théorie, s'il est incontestable que la subsidiarité est un principe d'inspiration fédérale, transposée dans l'ordre juridique de l'Union, celle-ci ne peut guère échapper à la matrice fonctionnaliste de la construction européenne. En effet, la façon dont les institutions européennes interprètent et appliquent ce principe rejoint, dans une large mesure, les thèses fonctionnalistes, sans que cela disqualifie totalement l'approche fédérale.

28. Si la consécration du principe de subsidiarité dans le traité de Maastricht a pu être interprétée par les tenants du fédéralisme comme un pas supplémentaire vers une Europe fédérale, à l'instar de l'introduction à la même époque d'une citoyenneté de l'Union, le contexte particulièrement ambigu de sa diffusion ne doit pas être occulté. Comme le relève J. Barroche, sa consécration procède d'un « compromis dont les principaux termes ont été formulés par J. Delors, lui-même particulièrement réceptif à un concept issu de la doctrine sociale de l'Église »[36]. C'est sous l'influence de l'ancien Président de la Commission européenne que ce principe « aristotélo-thomiste » a pu être extrait de « son acception naturaliste originelle pour épouser la logique du fonctionnalisme européen »[37]. Un tel glissement a eu un prix et le principe de subsidiarité, transposé en droit de l'Union, a été vidé

---

[36] BARROCHE J., « La subsidiarité : quelle contribution à la construction européenne ? », précité.
[37] *Ibid*.

d'une grande partie de sa substance conceptuelle. Devenue un principe technique, la subsidiarité repose dans une large mesure sur une logique économique d'efficacité et de rationalité de l'action. La dépolitisation opérée par la formulation de l'actuel article 5.3 TUE[38] démontre l'influence fonctionnaliste des rédacteurs qui ont fait de la subsidiarité un principe de régulation de l'exercice des compétences à l'aune des objectifs des traités.

29. Le fait de mettre l'accent sur la réalisation (dynamique) des objectifs, plutôt que sur la répartition (statique) des compétences entre l'Union et les États, implique une méthode plus fonctionnaliste que fédéraliste, la première reposant sur la poursuite d'objectifs concrets. La poursuite des objectifs suppose une approche dynamique « ascendante » inhérente au fonctionnalisme dans la mesure où ce dernier entraine, de façon quasi-automatique, des changements graduels. Cette dynamique ascendante se retrouve dans le « spillover effect ». L'approche fonctionnelle est essentiellement guidée par l'objectif économique de réalisation du marché intérieur, grâce à l'intégration des marchés nationaux, même s'il n'est pas exclu qu'elle entraine à plus ou moins long terme une intégration de nature politique, du moins selon les néo-fonctionnalistes[39]. Une telle méthode aura pour conséquence d'adapter l'ensemble des instruments à cette finalité. L'approche fonctionnaliste repose donc sur une conception instrumentale du droit et tend à concevoir les règles juridiques comme des instruments apparemment neutres. Dans cette perspective, la subsidiarité, issue d'une conception fonctionnaliste du droit, ne serait pas tant le reflet d'une culture fédéraliste qu'un instrument au service de l'intégration de l'Union. Cette vision rejoint l'opposition qui a pu être faite entre le fonctionnel, d'une part, et le dogmatique, d'autre part.

30. La dichotomie qui oppose le fonctionnel au dogmatique a été décrite par A. Marzal Yetano dans le cadre de sa thèse sur la dynamique du principe de proportionnalité. En partant des travaux du philosophe C. Castoriadis[40], l'auteur affirme que la proportionnalité suppose une conception fonctionnelle selon laquelle le droit est essentiellement un instrument technique au service d'un but. Aussi l'interrogation sur le droit devient-elle « interrogation

---

[38] « En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union ».

[39] Il est à noter que sur ce point fondamental, les néo-fonctionnalistes s'écartent des thèses fonctionnalises initiées par D. Mitrany. Ce dernier prônait une approche foncièrement dépolitisée des enjeux et des rapports entre les acteurs.

[40] Selon C. Castoriadis le fonctionnalisme consiste à mettre l'accent sur la fonctionnalité, c'est-à-dire « l'enchaînement sans faille des moyens et des fins ou des causes et des effets sur le plan général, la correspondance stricte entre les traits de l'institution et les besoins 'réels' de la société considérée, bref, sur la circulation intégrale et ininterrompue entre un 'réel' et un 'rationnel fonctionnel' ». Voir : CASTORIADIS C., L'institution imaginaire de la société, Paris : Seuil, 1975, p. 185-6.

sur l'efficience de celui-ci et non pas sur la désirabilité des principes ultimes ou de la valeur intrinsèque des règles de droit »[41]. En effet, ces derniers éléments se rattachent à une dimension dogmatique, c'est-à-dire à ce qui ne peut être réduit à une analyse rationnelle ou démontré par un calcul d'efficience. À l'instar de la proportionnalité, la subsidiarité semble bien se rattacher à la logique fonctionnelle puisque les notions d'autonomie ou de diversité sont, au sein des dispositions de l'article 5.3 TUE, dépourvues de valeur intrinsèque.

31. Dans la mesure où le fonctionnalisme présente des affinités électives avec les visions technique et économique, c'est-à-dire dépolitisée, utilitaire et rationaliste, il n'est pas surprenant que la subsidiarité européenne puisse être rattachée à une logique technico-économique. Dans cette optique, la subsidiarité est conçue comme un instrument au service des objectifs intégrationnistes du droit de l'Union, au premier chef desquels la réalisation du marché intérieur. Aussi la conception instrumentale du droit, inhérente au fonctionnalisme, tend-elle à instrumentaliser le principe de subsidiarité à l'aune des objectifs de l'Union. Le principe devient ainsi l'affaire des experts et des technocrates plus qu'un moyen réel de préserver les compétences des États membres ou de rassurer les citoyens en leur garantissant que les décisions seront prises le plus près possible de ces derniers. L'accent mis sur l'efficacité d'une action, davantage que sur sa nécessité, tend par ailleurs à privilégier la dimension ascendante de la subsidiarité. La proximité, principe politique de démocratie locale auquel le principe de subsidiarité est souvent assimilé[42], perd ainsi de sa substance.

32. La prégnance du fonctionnalisme dans la lecture du principe de subsidiarité n'exclut pas pour autant une perspective fédérale ou fédéralisante. En effet, si le fonctionnalisme est une méthode et un moyen, le fédéralisme peut constituer une finalité de l'Union européenne, malgré la controverse qui agite encore les observateurs et les acteurs de l'intégration. Les Pères fondateurs eux-mêmes n'avaient pas dissimulé la vocation fédérale de la construction européenne. Notre thèse s'inscrit précisément dans cette dialectique du fédéralisme et du fonctionnalisme, c'est-à-dire dans la tension entre l'approche fédérale et l'approche fonctionnelle qui caractérise l'interprétation et l'application du principe de subsidiarité.

33. Ce bref détour par le rappel des trois théories classiques de l'intégration que sont l'intergouvernementalisme, le fédéralisme et le fonctionnalisme, sous l'angle du principe de subsidiarité, permet de justifier notre choix d'appréhender ce principe à l'aune des deux

---

[41] MARZAL YETANO A., La dynamique du principe de proportionnalité, Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne, Institut Universitaire Varenne, 2014, p. 459.

[42] Les Etats membres ne se disent-ils pas, dans le préambule du TUE, « 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 ». Nous soulignons.

dernières approches. En effet, l'approche intergouvernementale ne parait pas offrir un cadre conceptuel adéquat pour éclairer l'analyse du principe de subsidiarité, notamment son application par les institutions européennes, ni expliquer sa contribution au droit de l'intégration. Il peut néanmoins paraitre paradoxal qu'un principe censé préserver les compétences étatiques soit présenté, dans le cadre de nos travaux, comme un instrument de fédéralisation ou d'intégration de l'Union européenne. Parvenu à ce stade de la présentation, il est essentiel de bien distinguer les approches fédérale et fonctionnelle de l'intégration dans la mesure où notre analyse du principe de subsidiarité se fonde sur cette dichotomie.

34. Les théories fonctionnelles explicatives de l'intégration et la méthode fonctionnaliste mise en oeuvre par les Pères fondateurs des Communautés européennes ont rapidement attiré les critiques des tenants du fédéralisme. Ces derniers ont fait remarquer que le primat donné à l'économique sur le politique a fini par remettre en cause la vocation fédérale de l'Union dans la mesure où l'intégration économique, bien loin d'annoncer l'intégration politique, s'y est substituée. Très tôt, L.-J. Constantinesco a pu affirmer que le fédéralisme ne devait pas être un « fonctionnalisme », fruit d'un consensus tout juste bon à permettre une intégration sectorielle, mais un « constitutionnalisme » posant clairement l'objectif d'unification politique de l'Europe[43]. Sous cet angle, une intégration économique — aussi poussée soit-elle — ne saurait se substituer à une logique constitutionnelle, impliquant l'intervention d'un pouvoir constituant (le fameux « peuple européen ») et une répartition plus claire des compétences entre les différents échelons, pour fédéraliser l'Union.

35. Fédéralistes et néo-fonctionnalistes ne s'opposent pas tant sur la finalité de l'intégration que sa méthode dans la mesure où ces derniers n'excluent pas, contrairement à D. Mitrany, une véritable union politique entre les États. Le principe de subsidiarité semble précisément s'inscrire dans cette ambiguïté fondatrice de la construction européenne. En effet, on perçoit dans ce principe la tension, inhérente au processus d'intégration de l'Union, entre une vocation politique et fédérale certaine (quoique dissimulée) et une méthode pragmatique foncièrement fonctionnaliste. Encore nous faut-il définir plus précisément le concept de subsidiarité pour tenter de mieux appréhender ses enjeux théoriques et ses potentialités.

La définition de la subsidiarité : le passage du concept au principe

36. Si l'on s'attache à présenter la trajectoire historique de la subsidiarité de façon quelque peu schématique, il convient de souligner qu'avant d'être un principe politique et/ou juridique au coeur de l'organisation constitutionnelle et/ou administrative de certains États

---

[43] CONSTANTINESCO L.-J., «Fédéralisme- constitutionnalisme ou fonctionnalisme? Réflexions sur la méthode de l'intégration européenne », *in Mélanges F. Dehousse, La construction européenne, T. 2,* Bruxelles, Labor, 1979.

fédéraux[44], la subsidiarité est un « concept philosophique ». L'idée de subsidiarité remonte à la pensée antique et médiévale car on la trouve, sous une forme assez vague, dans les écrits d'Aristote et de Thomas d'Aquin sans que le terme n'apparaisse pour autant[45]. La subsidiarité est implicitement présente dans la scolastique aristotélo-thomiste qui repose sur l'idée organique selon laquelle le pouvoir ne doit intervenir que si la société et les cellules dont elle est composée (familles, groupements, cités) échouent à satisfaire les besoins des individus.

37. La subsidiarité apparait de façon plus claire, et dans son acception moderne, dans la doctrine sociale de l'Eglise catholique du XXè siècle. Ainsi peut-on voir dans les années 1930 le Pape Pie XI défendre, au nom de ce principe[46], les droits des individus contre les ingérences des États fascistes et totalitaires[47]. En tant que principe philosophique d'organisation sociale, la subsidiarité défend au pouvoir politique, incarné par l'État, de priver les communautés inférieures des compétences qu'elles sont en mesure d'exercer (subsidiarité descendante). L'échelon supérieur n'intervient, dans une logique de suppléance, que si l'action de l'échelon inférieur, c'est-à-dire les corps intermédiaires placés entre l'individu et l'État, se révèle insuffisante ou défaillante (subsidiarité ascendante). Aussi la subsidiarité est-elle un principe dynamique pouvant, selon le contexte, limiter ou à l'inverse justifier les ingérences de l'autorité politique dans l'autonomie des communautés.

38. Le passage de la subsidiarité « principe philosophique d'organisation sociale » au rang de « règle fondatrice de l'ordonnancement constitutionnel »[48] a eu des implications sur la nature de celle-ci. Assimilant son institutionnalisation à une instrumentalisation, S. Hanson considère que l'insertion de la subsidiarité dans le droit positif revient à utiliser ce principe à des fins d'organisation du pouvoir « pour caractériser un ordre par rapport à une autre, il n'est plus alors la subsidiarité d'un pouvoir par rapport à la liberté (subsidiarité fonctionnelle) mais

---

[44] Le principe est également connu de certains États « unitaires » mais régionalistes ou décentralisés.

[45] Pour une analyse exhaustive des origines philosophiques de la subsidiarité : MILLON-DELSOL C., L'Etat subsidiaire, Ingérence et non-ingérence de l'Etat : le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne, PUF, 1992 ; MILLON-DELSOL C., Le principe de subsidiarité, Que-sais-je ? 1993. STADLER H., Subsidiaritiitsprinzip und Föderalismus, Fribourg, 1951, p. 13.

[46] L'encyclique a été rédigée en latin. Aussi le terme « *subsidiarii* » apparait-il expressément dans le texte. En France, en l'absence du substantif « subsidiarité », il sera traduit par « principe de fonction supplétive ».

[47] PIE XI, *Quadragesimo Anno*. Dans un contexte de tensions croissantes entre le Vatican et l'Italie de Mussolini, le Pape Pie XI tient à rappeler la doctrine sociale de l'Eglise, héritée du pape Léon XIII. Ce dernier avait lui-même transposé la pensée de Thomas d'Aquin à la réalité sociale de la fin du XIXe siècle. En résumé, l'État doit respecter l'autonomie des personnes et accorder une certaine liberté aux corps intermédiaires.

[48] HANSON S., *Entre Union européenne et région wallonne : multiplicité des échelons de pouvoir et subsidiarité territoriale. Analyse de la subsidiarité territoriale au travers des directives Seveso, IPPC, responsabilité environnementale et de leurs mesures de transposition en région wallonne,* thèse, 2012, p. 24 ; GAUDEMET Y., « Libres propos sur la subsidiarité, spécialement en Europe », in *Mélanges Paul AMSELEK,* Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 315.

celle d'un pouvoir par rapport à un autre pouvoir (subsidiarité territoriale), ce qui la rend indissociable du fédéralisme, structure étatique qui suppose l'existence d'une superposition d'autorités politiques et administratives impliquant nécessairement une répartition des tâches et des moyens entre elles »[49].

39. La « juridicisation » de la subsidiarité apparait comme la marque du fédéralisme puisque ce principe permet, dans sa dimension territoriale, de répartir les tâches et les compétences entre l'échelon fédéral et l'échelon fédéré. Dans la mesure où la consécration du principe de subsidiarité dans le traité de Maastricht s'inscrit dans une vision territoriale — et non fonctionnelle — l'on peut légitimement se placer dans une perspective fédéraliste.

40. Aux termes de l'article 5.3 TUE, le principe de subsidiarité a bien pour fonction de réguler l'exercice des compétences entre l'Union et ses États membres. En ce sens, le principe de subsidiarité peut apparaitre comme un principe « constitutionnel » de l'ordre juridique de l'Union européenne et, par conséquent, comme un principe fédéral. D'un autre coté, comme il a déjà été souligné, l'intégration européenne repose davantage sur la méthode fonctionnaliste que proprement fédéraliste. La formulation de l'article 5.3 TUE laisse d'ailleurs apparaitre la subsidiarité « moins comme une notion conceptuelle que comme une notion fonctionnelle » dans la mesure où le principe, dépourvu de contenu spécifique, est destiné à orienter la répartition et l'exercice des compétences sans qu'il ne les organise ou ne ne les répartisse par lui-même[50]. Ainsi est-t-on passé du concept philosophique (subsidiarité fonctionnelle) au principe politique et juridique de nature fédérale (subsidiarité territoriale) avant d'assister à la dépolitisation d'un principe vidé de sa substance conceptuelle originelle (subsidiarité européenne). L'on ne saurait cependant se borner aux seules dispositions de l'article 5.3 TUE pour avoir une idée suffisamment précise de la subsidiarité européenne. En effet, ce principe dépasse la formulation étroite retenue par les rédacteurs des traités, de Maastricht à Lisbonne[51]. Si une acception large du principe s'impose, il convient néanmoins de distinguer ses différents aspects afin d'éviter tout amalgame ou confusion conceptuelle.

---

[49] HANSON S., préc., p. 24.

[50] ROUVILLOIS F., L'efficacité des normes, réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique, coll. Etude, Fondation pour l'innovation politique, juin 2005, p. 7 s.

[51] Le traité de Lisbonne a néanmoins enrichi les dispositions relatives au principe de subsidiarité en prévoyant, à son article 5.3 TUE, que l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union. Tandis que l'ancien article 3 B TCE prévoyait que la Communauté « n'intervient 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 ». Nous soulignons. La dimension régionale de la subsidiarité a donc été renforcée.

La nécessité de retenir une approche large de la subsidiarité tout en distinguant ses différents aspects

41. Dans le cadre de cette étude, la subsidiarité européenne sera entendue dans un sens extensif. Aussi est-il nécessaire de dresser l'inventaire des différentes acceptions du principe de subsidiarité en précisant, aux fins de délimitation du sujet, celles qui seront privilégiées. L'approche large de la subsidiarité s'avère nécessaire pour plusieurs raisons : la richesse du concept en est une, sa consécration relativement tardive en est une autre. De plus, le caractère souvent tacite de ses manifestations oblige l'observateur à dépasser un certain fétichisme nominaliste. Ainsi est-on invité à sortir du cadre étroit de l'article 5.3 TUE où le principe semble enfermé.

1. Subsidiarité territoriale / fonctionnelle

42. Les auteurs opposent traditionnellement la subsidiarité « fonctionnelle » ou « horizontale » à la subsidiarité « territoriale » ou « verticale ». Si la première s'inscrit dans les rapports entre l'État (incarnation du pouvoir politique/public) et la société civile, la seconde se rattache à la logique fédérale de répartition du pouvoir entre les différents échelons de pouvoir public (européen, étatique, infra-étatique). L'opposition n'est que théorique car il arrive que des États fédéraux, comme l'Allemagne, connaissent les deux dimensions, verticale et horizontale, de la subsidiarité[52].

43. Dans le cadre de nos développements, la subsidiarité territoriale/verticale sera quasi-exclusivement envisagée. En effet, la subsidiarité européenne vise essentiellement à réguler les rapports entre les États membres et l'Union même si la littérature de la Commission visant à célébrer la société civile ou à critiquer l'interventionnisme étatique semble sporadiquement faire référence à la subsidiarité fonctionnelle/horizontale. Il s'agit toutefois d'une utilisation discursive de la subsidiarité et d'une instrumentalisation bien éloignée du principe juridique consacré à l'article 5.3 TUE.

44. Cependant, la subsidiarité fonctionnelle ne doit pas être confondue avec la logique fonctionnelle ou fonctionnaliste qui sous-tend l'application du principe de subsidiarité et qu'il s'agira de mettre en lumière dans le cadre de notre étude.

---

[52] En effet, si le fédéralisme germanique a donné naissance à la subsidiarité territoriale, le libéralisme germanique a engendré la subsidiarité fonctionnelle. Voir les travaux et, plus particulièrement, la thèse de J. Barroche à ce sujet : BARROCHE J., État, libéralisme et christianisme, Dalloz - Nouvelle Bibliothèque De Thèses, 2012. Il semblerait que l'Allemagne ait intégré, après la seconde guerre mondiale et le traumatisme engendré par le régime totalitaire nazi, la subsidiarité territoriale du fédéralisme et la subsidiarité fonctionnelle du christianisme En ce sens : JOYEUX A., Le principe de subsidiarité, entre terminologie et discours : pistes pour une nouvelle histoire de la formule. Linguistique. Université de Franche-Comté, 2016, p. 136.

2. Subsidiarité fédéraliste / fonctionnaliste

45. D'emblée, une précision d'ordre terminologique s'impose. Afin d'éviter toute confusion conceptuelle, il convient de bien distinguer la subsidiarité fonctionnelle au sens, évoqué précédemment, du rapport État/société, de l'approche fonctionnelle ou fonctionnaliste du principe de subsidiarité que nous avons déjà abordée dans les développements antérieurs. L'approche fonctionnelle de la subsidiarité renvoie ici à la logique fonctionnaliste qui a inspiré la construction européenne. L'intérêt de cette démarche vise à mettre en valeur la notion de « fonction », laquelle tend à légitimer une intégration économique toujours plus grande en plaçant l'accent sur l'efficacité, l'effectivité et l'efficience de l'action européenne. En effet, l'une des principales fonctions assignées à l'Union est l'instauration d'un marché intérieur. Dès lors, la subsidiarité tend à être instrumentalisée dans cette perspective.

46. Précisons dès à présent que notre thèse reposera sur la dichotomie entre la logique fédérale (ou fédéraliste) et la logique fonctionnelle (ou fonctionnaliste) de la subsidiarité. En tant qu'instrument fonctionnel, le principe de subsidiarité vise à remplir certaines fonctions et notamment la poursuite des objectifs (économiques) de l'Union aux fins de l'intégration. En tant qu'instrument fédéral, la subsidiarité vise à répartir les compétences entre l'Union/ fédération, d'une part, et les États membres/fédérés, d'autre part. Encore faut-il préciser ce dernier point eu égard aux confusions, très répandues dans la doctrine, en ce qui concerne le rôle de la subsidiarité dans la répartition et la régulation de l'exercice des compétences.

3. Subsidiarité régissant les compétences / régulant l'exercice des compétences

47. Si l'on présente fréquemment la subsidiarité comme un principe de répartition des compétences, il convient de relever que les rédacteurs des traités ont fait de la subsidiarité consacrée par le traité de Maastricht un principe de régulation de l'*exercice des compétences*. Qui plus est, des seules compétences non exclusives, c'est-à-dire des compétences partagées on concurrentes. La subsidiarité de l'article 5.3 TUE ne vise donc pas à répartir les compétences entre l'Union européenne et les États membres mais, plus modestement, à réguler l'exercice d'une certaine catégorie de compétences que les auteurs du traité ont décidé d'attribuer concurremment aux États et à l'Union. En effet, les compétences attribuées à l'Union ont été déterminées, en amont, par les auteurs du traité lors de son élaboration[53].

48. Si le principe « juridique » de subsidiarité se borne à une fonction de régulation de l'exercice des compétences, il n'est toutefois pas exclu que les rédacteurs des traités aient été

[53] Aux termes de l'article 4 TUE « toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États ». L'article 5.1 précise que « le principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'Union ».

eux-mêmes inspirés par un principe « politique » de subsidiarité lorsqu'ils ont attribué certaines compétences à l'Union et qu'ils en ont maintenu d'autres dans la sphère étatique. En ce sens, le principe de subsidiarité peut revêtir un caractère « supra-constitutionnel » et échapper au contrôle juridictionnel de la Cour de justice. Au-delà du qualificatif de « politique » ou de « supra-constitutionnelle », les auteurs évoquent généralement une « subsidiarité au sens large »[54]. Cette dernière remarque invite donc à dépasser l'horizon des dispositions de l'article 5 TUE et à concevoir d'autres formes de subsidiarité. Néanmoins, avant d'envisager une telle entreprise, il nous semble nécessaire de revenir préalablement sur une distinction cardinale, à savoir l'acception stricte et l'acception large de cette notion.

4. Subsidiarité *stricto sensu* / *lato sensu*

49. Sans qu'il soit nécessaire de dépasser le cadre juridique de l'article 5.3 TUE, l'on peut identifier, au sein de ces dispositions, une acception stricte et une acception large du principe de subsidiarité. L'affirmation selon laquelle « l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres (…) » recèle une certaine ambiguïté. En effet, l'on peut interpréter conceptuellement la subsidiarité comme un principe visant le seul déclenchement de l'action européenne (subsidiarité *stricto sensu*) ou comme un principe qui engloberait la question de l'ampleur et de l'intensité de l'exercice de cette compétence (subsidiarité *lato sensu*). Cette dernière interprétation se fonde sur l'expression « dans la mesure où » qui tend à faire de la subsidiarité un principe ayant pour objet de déterminer les limites, en termes d'intensité normative, de l'exercice de la compétence par l'Union[55]. On peut donc raisonnablement considérer que la notion de subsidiarité implique celle de proportionnalité, ce dernier principe ayant pour objet de limiter l'intensité de l'action au strict nécessaire. Malgré l'ambivalence de la formulation de l'article 5.3 TUE, les institutions de l'Union et la majorité des auteurs considèrent que le principe de subsidiarité doit se borner à régir la question du déclenchement de l'action européenne, c'est-à-dire la détermination du niveau le plus apte à intervenir dans un domaine donné[56].

---

[54] HANSON S., précité, p. 68. Voir aussi : FERAL P.-A., « Le principe de subsidiarité dans l'Union européenne », in Revue belge du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1996, pp. 203-240, p. 213 ; WATHELET M., « La subsidiarité au sein de l'Union européenne : le processus décisionnel », in L'Europe de la subsidiarité, Centre d'études constitutionnelles et administrative, XVIIème journée juridique Jean Dabin, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 131-199, p. 149.

[55] WATHELET M., « Propos liminaires », in Le principe de subsidiarité, Bruxelles, Bruylant-LGDJ, 2002, pp. 17-20. , p. 17.

[56] Nous aurons l'occasion d'approfondir cette réflexion dans le cadre de notre thèse.

50. Si le principe de subsidiarité de l'article 5.3 TUE est le plus souvent entendu dans un sens étroit, c'est sans doute parce que l'article 5.4 TUE prévoit qu'« en vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités ». Dans cette optique, le principe de subsidiarité régit la question de l'intervention de l'Union et la proportionnalité, l'intensité de celle-ci. Notons que sur le plan juridique, les paragraphes 3 et 4 de l'article 5 TUE n'ont pas la même portée car la subsidiarité, à la différence de la proportionnalité, n'intervient que dans l'exercice des compétences non exclusives. Si les articles 5.4 TUE et 5.3 TUE ont des champs d'application différents, le respect de la proportionnalité n'étant pas cantonné aux compétences partagées, on peut néanmoins considérer que cette dernière fait partie intégrante de la subsidiarité. Aussi retiendrons-nous sur le plan conceptuel une acception large du principe de subsidiarité en considérant que la proportionnalité, expressément consacrée à l'article 5.4 TUE, est *implicitement* contenue dans les dispositions de l'article 5.3 TUE. L'approche large de la subsidiarité nous conduit naturellement à nous pencher sur d'autres manifestations de la subsidiarité, au risque de nous éloigner cette fois des dispositions de l'article 5 TUE.

5. Subsidiarité explicite / implicite

51. Plus que d'autres principes, la subsidiarité tend à se manifester de façon tacite. C'est pourquoi, il est essentiel de nous arrêter sur la distinction subsidiarité explicite/implicite. Il a déjà été souligné qu'avant d'être un principe juridique et politique, la subsidiarité était un concept philosophique. On peut ajouter qu'avant même d'être nommée, la subsidiarité figurait en tant qu'idée plus ou moins vague dans les écrits de certains auteurs[57]. Ce parcours historique de la subsidiarité peut être transposé au contexte de l'Union européenne. Non seulement peut-on considérer que la subsidiarité était implicitement inscrite dans les dispositions des traités avant Maastricht — et que les institutions européennes appliquaient tacitement ce principe[58] — mais qu'en plus, à l'heure actuelle, le traité de Lisbonne recèle des manifestations du principe de subsidiarité sans que le terme n'apparaisse expressément.

52. La distinction subsidiarité explicite/implicite s'avère utile car elle permet d'identifier des expressions concrètes de la subsidiarité en dépassant l'approche terminologique qui nous semble superficielle et restrictive. Cette démarche fondée sur une analyse empirique des

---

[57] Il est intéressant de relever que le substantif « subsidiarité » ne date que depuis 1992 dans les dictionnaires français.

[58] Comme nous aurons l'occasion de le voir, cette thèse a été défendue, avec plus ou moins de succès, par la Commission européenne. Comme certains font de la prose sans le savoir, les institutions de l'Union auraient appliqué le principe de subsidiarité avant même que ce principe soit consacré dans les traités.

textes comporte une part de conceptualisation. L'examen du droit primaire (protocoles y compris), du droit dérivé, de la jurisprudence — éclairé à la lumière des contributions de la doctrine et du droit comparé — permet de mettre en exergue des logiques sous-jacentes de subsidiarité ou un « esprit » de subsidiarité sans les occurrences du terme. Ainsi a-t-on pu déceler, bien avant la consécration formelle opérée par le traité de Maastricht, des concrétisations matérielles de la subsidiarité dans la fameuse clause de flexibilité de l'ex-article 308 TCE, ou encore, de façon plus ancienne, dans l'ex-article 5 du traité CECA[59]. Quant à l'actuel traité de Lisbonne, certains auteurs se sont attachés à dresser une liste d'expressions diverses et éparses de la subsidiarité[60] : qu'il s'agisse des dispositions qui limitent l'action de l'Union à des actions d'encouragement[61], celles qui prévoient que les mesures européennes doivent seulement appuyer et compléter les mesures nationales[62] ou encore les dispositions énonçant le critère de nécessité dans le déclenchement d'une action de l'Union[63].

53. En outre, le principe de subsidiarité apparait, toujours de façon tacite et sous une forme spécifique, dans le nouvel article 291.1 TFUE, introduit par le traité de Lisbonne, aux termes duquel « les États membres prennent toutes les mesures de droit interne nécessaires pour la mise en œuvre des actes juridiquement contraignants de l'Union »[64] ainsi que dans le nouvel article 19.1 TUE en vertu duquel « les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union »[65]. En effet, ces deux dernières dispositions reflètent la décentralisation du système de l'administration du droit de l'Union et de son système juridictionnel. Cela nous conduit donc à opérer la distinction suivante : subsidiarité législative / exécutive/ juridictionnelle.

---

[59] BLUMANN C., DUBOUIS L., « Droit institutionnel de l'Union européenne », Litec, 4ème éd., 2010, p. 457. Voir aussi : BERNARD E., « La spécificité du standard juridique en droit communautaire », Bruxelles, Bruylant, 2010 .

[60] VAN RAEPENBUSCH S., Droit institutionnel de l'Union européenne, Larcier, 2011, 5e éd.

[61] Notamment dans le domaine de l'éducation, de la culture et de la santé : art. 165§4, 167§5 et 168§5 TFUE.

[62] Voir les articles 169§2 et 208§1 TFUE.

[63] Voir les articles 171§1, 173§2, 175§3 TFUE et la clause de flexibilité (actuel art. 352 TFUE).

[64] Le paragraphe 2 du même article précisant que « lorsque des conditions uniformes d'exécution des actes juridiquement contraignants de l'Union sont nécessaires, ces actes confèrent des compétences d'exécution à la Commission ou (…) au Conseil ». De nombreux auteurs ont vu un parallélisme dans la rédaction des articles 5.3 TUE et 291 TFUE. Selon C. Blumann, l'intervention de l'Union dans le champ de l'exécution est tout aussi subsidiaire que son action législative, dans le domaine des compétences (législatives) partagées. Voir BLUMANN C., Le système normative de l'Union européenne vingt ans après le traité de Maastricht, R.A.E. 2012, S. 235–258.

[65] La logique de subsidiarité implique que c'est aux États membres de prévoir, prioritairement, un système de voies de recours et de procédures permettant d'assurer une protection juridictionnelle effective des justiciables.

6. Subsidiarité législative / exécutive / juridictionnelle

53. La subsidiarité européenne est traditionnellement présentée comme un principe régissant l'exercice des seules compétences normatives de l'Union et, plus spécifiquement encore, des compétences de nature « législative »[66]. S'il est vrai que la formulation de la subsidiarité, telle que consacrée par le traité de Maastricht, semble mettre l'accent sur ces dernières — en raison notamment de la lecture combinée de l'article 5.3 TUE et de l'article 2 TFUE qui détermine les catégories de compétences en termes d'action législative[67] —le principe de subsidiarité n'est pas pour autant exclu du champ de l'exécution, qu'elle soit normative, administrative ou juridictionnelle. L'on évoquera, à cet égard, les notions doctrinales d'administration indirecte[68] — à laquelle on peut rattacher la subsidiarité exécutive — et de subsidiarité juridictionnelle[69].

54. Aussi la subsidiarité n'est-elle pas cantonnée à l'activité législative de l'Union, ni même à la seule action normative[70] puisqu'elle peut aussi régir la répartition des compétences juridictionnelles entre la Cour de justice de l'Union européenne et les juridictions nationales. Si les notions d'administration indirecte et de subsidiarité juridictionnelle, depuis longtemps mises en avant par la doctrine, insistent sur le caractère décentralisé du système administratif et juridictionnel du droit de l'Union, il convient de préciser que la subsidiarité reste un principe dynamique. Cela signifie que la subsidiarité — qu'elle soit législative, exécutive ou juridictionnelle — est toujours réversible. Cette dernière considération revêt une importance fondamentale dans le cadre de cette étude.

7. Subsidiarité descendante / ascendante

55. Présentée, le plus souvent, comme un principe de décentralisation, la subsidiarité s'inscrit davantage dans une démarche « *bottom up* » que dans une approche *« top down »,*

---

[66] C'est ce qui ressort en effet du protocole annexé au traité de Lisbonne relatif à l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

[67] Aux termes de l'article 2.1 TFUE, « 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 œuvre les actes de l'Union ». En vertu de l'article 2.2 « lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence partagée avec les États membres dans un domaine déterminé, l'Union et les États membres peuvent légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants dans ce domaine ». Nous soulignons.

[68] L'administration indirecte (exécution décentralisée du droit de l'Union, c'est-à-dire laissée aux Etats membres) s'oppose à l'administration directe du droit de l'Union (exécution centralisée par les institutions européennes).

[69] SIMON D., « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire », in Revue des affaires européennes, 1998, pp. 84-93.

[70] On rappellera que la notion d'exécution doit être entendue largement puisqu'elle recouvre aussi bien l'exécution normative (adoption de mesures générales et impersonnelles) que matérielle ou administrative.

cette dernière relevant d'une logique de délégation. Il est donc logiquement erroné de faire coïncider la subsidiarité avec la décentralisation. La subsidiarité étant un principe dynamique et bidirectionnel, il convient de privilégier les expressions « subsidiarité descendante » et « subsidiarité ascendante ». Si la première justifie l'exercice d'une compétence au niveau étatique, voire infra-étatique, la seconde légitime l'intervention de l'échelon supérieur, à savoir le niveau européen qui correspond, dans une logique fédéraliste, à l'échelon fédéral[71]. Les compétences dont il est question peuvent être, comme il a déjà été mentionné, des compétences législatives, exécutives ou juridictionnelles.

56. On retrouve cette même oscillation dans la subsidiarité horizontale ou fonctionnelle qui régit la question du rapport entre l'État et la société. Ainsi, l'ingérence de l'État se justifie-t-elle si l'action des individus ou des communautés est jugée insatisfaisante (subsidiarité positive). En revanche, si cette dernière est perçue comme suffisante, l'État devra s'abstenir d'intervenir afin de respecter la liberté des individus (subsidiarité négative). Le choix de l'ingérence ou de la non-ingérence du pouvoir dans la sphère sociale repose sur un critère spécial qui est celui du bien commun. Lui seul permet de pallier les carences de la société et respecter les autonomies[72]. Dans la mesure où nous laissons de coté la subsidiarité horizontale pour nous concentrer sur la subsidiarité verticale, la terminologie subsidiarité descendante/ ascendante — et non celle de subsidiarité positive/négative — sera adoptée.

57. Il est courant de rattacher, par abus de langage, la subsidiarité descendante à la décentralisation et la subsidiarité ascendante à la centralisation. C'est pourquoi, nous n'excluons pas dans nos développements ultérieurs cette terminologie. Précisons encore que la subsidiarité descendante favorise l'autonomie et donc la diversité au sein de l'Union européenne tandis que la subsidiarité ascendante privilégie l'unité et tend, par conséquent, à entrainer l'harmonisation voire une certaine uniformité des réglementations nationales. On retrouve ici l'illustration classique de la tension entre les forces centrifuges et les forces centripètes qui sous-tend la construction européenne et plus généralement, tout système véritablement fédéral. Ces remarques qui rejoignent l'objet de notre problématique annoncent les hypothèses sur lesquelles repose notre recherche. Ces dernières tendent à montrer que si l'approche fédéraliste tend à favoriser la subsidiarité descendante, l'approche fonctionnaliste poursuit davantage une dynamique ascendante.

---

[71] Cette approche peut être transposée dans un contexte, non plus régional, mais international. Dans le cadre de cette thèse, seul le niveau européen sera évoqué.

[72] BARROCHE J., « La subsidiarité. Le principe et l'application », Études 2008/6 (Tome 408), p. 777-788.

Délimitation du Sujet et choix méthodologique

58. Dans la mesure où la subsidiarité fut un concept et une idée avant d'être un principe ou même un terme[73], l'analyse doit prendre en compte la dimension tacite de celle-ci. En effet, en tant que principe fédéral, la subsidiarité n'est pas toujours expressément consacrée dans les constitutions des États fédéraux. L'analyse de la jurisprudence des Cours suprêmes et des tribunaux constitutionnels fédéraux révèle qu'un contrôle de subsidiarité peut exister — ou son équivalent— même si le terme n'apparait ni dans la jurisprudence ni dans la Constitution. Cette remarque vaut aussi bien pour le droit fédéral que pour le droit de l'Union. En tant que principe relativement récent de l'Union européenne — dans la mesure où la subsidiarité fut consacrée tardivement[74] — la jurisprudence qui lui est consacrée se révèle assez pauvre, ce qui justifie une approche souple permettant d'inclure des arrêts dans lesquels le terme « subsidiarité » ne figure pas.

59. Notre démarche requiert, en outre, une certaine dose d'analyse comparative puisqu'il s'agira de montrer les convergences et les divergences entre la jurisprudence de la Cour de justice et celle de certains juges fédéraux sur la question de la répartition des compétences entre l'Union/fédération et les États membres/fédérés ou de la régulation de leur exercice.

60. Une appréhension large du principe de subsidiarité invite à se défaire d'une approche trop dogmatique, fondée sur la lettre des traités, et à adopter une démarche plus empirique. Aussi intégrerons-nous dans l'analyse des principes proches ou corollaires de la subsidiarité comme la proportionnalité, la proximité, le respect de l'identité nationale, la reconnaissance mutuelle mais également des notions — plus doctrinales que textuelles — comme l'administration indirecte, la subsidiarité juridictionnelle ou encore l'autonomie institutionnelle et procédurale. Une telle approche n'est pas sans risque et pose la question de la délimitation de notre sujet et de la méthodologie retenue pour le traiter. Celle-ci se fondera très largement sur l'analyse de la jurisprudence de la Cour de justice ainsi que des documents des institutions européennes, principalement la Commission, dans la mesure où la subsidiarité a surtout été interprétée par ces deux acteurs, par ailleurs fortement impliqués dans le processus d'intégration. Un principe comme la reconnaissance mutuelle, que l'on tend à considérer comme une manifestation de la subsidiarité descendante, illustre par exemple l'implication de ces deux institutions dans la genèse et la diffusion de ce principe.

---

[73] En France, le substantif « subsidiarité » apparait très tardivement puisqu'il faudra attendre le XXe siècle pour voir figurer le terme dans les dictionnaires. En tant que principe juridique, sa consécration fut également tardive et la subsidiarité apparait le plus souvent dans le droit positif des Etats fédéraux sous une forme implicite.

[74] A l'époque de Maastricht expressément et seulement implicitement dans l'Acte unique européen (dans le domaine de l'environnement).

L'intérêt d'aborder le droit de l'intégration au prisme de la subsidiarité

61. Étudier la dynamique de l'intégration conduit à s'intéresser à d'autres processus, voisins mais non identiques, comme la centralisation ou la fédéralisation. Les termes d'intégration, de centralisation et de fédéralisation ne sont pas synonymes et sont porteurs de certains enjeux qui intéressent la problématique de la nature juridique de l'Union[75]. À cet égard, le principe de subsidiarité entretient des rapports ambigus avec le processus d'intégration puisqu'il peut tout aussi bien servir de « canaliseur » que de « catalyseur » dudit processus. En fonction de la « centralisation » ou de la « décentralisation » à laquelle l'application de la subsidiarité peut conduire, le principe apparait comme un « révélateur » de la nature même de l'Union européenne : l'Union tend-elle à s'ériger en une véritable Fédération ? Si oui, quelle forme devrait revêtir ladite Fédération ? Est-elle condamnée à rester la créature des États ou, frappée du syndrome de Frankenstein, l'Union est-t-elle vouée à leur échapper et à les terrasser ? A-t-elle simplement vocation à demeurer une construction *sui generis* échappant à toute catégorie dans la mesure où l'Union n'est ni une Confédération ni un État *?* Telles sont les questions qui se posent et qui agitent aussi bien la doctrine que les acteurs de l'intégration. L'analyse d'un principe comme la subsidiarité semble apporter, sinon des éléments de réponse à ces interrogations traditionnelles, du moins quelques pistes de réflexion. Celles-ci ne sont pourtant pas dépourvues de tout paradoxe.

62. Le premier paradoxe réside dans le fait que, contrairement à ce qui est généralement admis, une fédéralisation n'implique pas nécessairement une intégration économique très poussé ou un fort degré de centralisation. Sur le plan économique, le marché d'un État fédéral comme celui des États-Unis peut être moins intégré que le marché intérieur de l'Union européenne. De même, en ce qui concerne l'exercice des compétences législatives des États fédérés, ces derniers peuvent jouir, dans certains domaines, d'une plus grande autonomie que les États membres de l'Union. En effet, la Cour Suprême veille à ce que le législateur fédéral n'empiète pas de façon excessive sur les compétences, garanties par la Constitution, des États fédérés. Dès lors, un principe comme la subsidiarité peut s'avérer utile pour veiller au maintien de l'équilibre voulu par le pouvoir constituant. Le paradoxe est d'autant plus grand que le principe de subsidiarité est absent de la constitution des États-Unis, tout comme il est nominalement absent de celle de l'Allemagne qui, par ailleurs, n'ignore pas un tel principe[76].

---

[75] Pour les rapports entre fédéralisation et intégration voir : ORBAN E. *et al*.. *Fédéralisme et cours suprêmes/ Federalism and Supreme Courts*, Bruxelles/Montréal, Établissements Émile Bruylant/Les Presses de l'Université de Montréal, 1991, p.17.

[76] Sur le plan conceptuel, la subsidiarité est en revanche bien présente dans la Loi Fondamentale allemande. En effet, l'Allemagne connait une subsidiarité territoriale et fonctionnelle.

63. Le second paradoxe est que la subsidiarité européenne reflète, y compris dans ses contradictions, les spécificités du droit de l'intégration qui est un droit quasi-fédéral fondé sur une approche fonctionnaliste. C'est précisément la nature ambiguë et indéterminée de la subsidiarité qui permet de révéler la nature, tout aussi ambiguë et indéterminée, de la construction européenne. De la même manière que l'Union est en proie aux forces centrifuges — souverainistes, nationalistes, régionalistes — qui la menacent de façon permanente, le principe de subsidiarité tend à être instrumentalisé, tant dans son interprétation que dans son application, par les différents acteurs. Si la Commission et la Cour de justice donnent à la subsidiarité un sens systématiquement favorable à l'intégration, le même principe devient synonyme de « souveraineté » pour certains gouvernements et parlements nationaux ou de « proximité » pour le Comité des régions. Aussi est-il l'objet d'une controverse récurrente entre les différents acteurs qui prétendent, au nom d'une certaine légitimité, s'en saisir, afin de réorienter le processus d'intégration dans le sens qui correspond à leurs attentes respectives.

64. Tout comme l'Union, la subsidiarité a une vocation fédérale certaine et peut, à ce titre, prétendre fédéraliser l'Europe. Mais tout comme le processus d'intégration, la bonne application du principe de subsidiarité peut être entravée par les velléités des uns et des autres. Aussi l'instrumentalisation de la subsidiarité est-elle au coeur de notre problématique.

L'instrumentalisation de la subsidiarité au coeur de la problématique

65. Le principe de subsidiarité qui peut être mis au service d'intérêts divergents et potentiellement contradictoires semble voué à une instrumentalisation permanente. La question qui dès lors se pose est de savoir à qui profite, *in fine,* un tel principe. À l'Union, aux États, aux régions ou, si l'on tient compte du sens philosophique originel de la subsidiarité, aux individus ? Son application a-t-elle favorisé l'intégration ou l'a-t-elle remise en cause ? L'ambiguïté de la subsidiarité qui est à l'origine de son instrumentalisation tient au fait que les États tendent à voir dans ce principe un moyen de protéger leur sphère de compétences contre l'interventionnisme de l'Union (subsidiarité souverainiste/nationaliste). Tandis que les entités infra-étatiques soutenues par le Comité des régions, et tout particulièrement les *Länder* allemands réputés être à l'origine de l'introduction de la subsidiarité dans le traité[77], entendent profiter de ce principe pour sauvegarder leur autonomie au sein du processus d'intégration qui tend à remettre en cause les compétences législatives — fussent-elles limitées — qu'ils conservent encore (subsidiarité régionaliste/localiste). En effet, la

[77] BARROCHE J., « La subsidiarité : quelle contribution à la construction européenne ? », *Revue Projet* 2014/3 (N° 340), p. 66-75.

subsidiarité présente une grande importance pour les entités fédérées des États membres de l'Union qui revêtent une forme fédérale, plus encore que pour les régions des États unitaires.

66. Force est de constater que la consécration de la subsidiarité n'a pas, malgré les espoirs suscités parmi les *eurosceptiques*, conduit à un retrait significatif de l'action européenne. Tout au plus s'est-elle accompagnée d'une prise de conscience de la Commission quant à la nécessité de « mieux légiférer »[78]. Si l'on devait, à l'heure actuelle, dresser le bilan des effets de la subsidiarité, le constat serait globalement celui de l'« ineffectivité » juridique du principe[79]. En effet, la subsidiarité est souvent perçue, par la doctrine, comme un principe peu opérationnel car malgré l'existence d'un protocole détaillé et d'un contrôle politique des parlements nationaux, le principe se révèle peu contraignant pour le législateur de l'Union. En atteste la jurisprudence de la Cour de justice qui n'a jamais sanctionné un acte européen pour violation de ce principe. En atteste aussi, de façon plus virulente, les réquisitoires de certaines chambres législatives nationales dont les membres estiment que le contrôle qu'ils exercent ne leur permet pas de garantir efficacement le respect des compétence nationales.

67. Ce bilan conduit, d'emblée, à écarter la thèse d'une instrumentalisation souverainiste de la subsidiarité car même si l'approche « stato-centrée » de ce principe existe, elle ne porte pas ses fruits, en pratique. En effet, les Parlements nationaux qui tentent d'instrumentaliser politiquement la subsidiarité n'obtiennent jamais gain de cause sur le terrain juridique. De même, les gouvernements nationaux et les autres requérants qui invoquent le principe de subsidiarité pour tenter de faire annuler un acte de l'Union ne sont pas entendus par le juge de l'Union qui conclut invariablement au respect de la subsidiarité. Sur le plan politique, juridique et juridictionnel, le principe de subsidiarité semble bien légitimer les interventions du législateur européen alors même que ce principe était censé le freiner dans sa volonté d'entreprendre une action à l'échelle de l'Union. Tout cela conduit donc à privilégier la thèse de l'activation d'une subsidiarité essentiellement ascendante. Aussi l'instrumentalisation de la subsidiarité est-elle du coté des institutions européennes et non des forces centrifuges.

68. Un tel constat devrait, semble-t-il, rassurer les tenants du fédéralisme dans la mesure où le principe de subsidiarité n'a pas remis en question le processus d'intégration, bien au contraire. En réalité, si instrumentalisation de la subsidiarité il y a, celle-ci n'est pas tant « fédérale » que « fonctionnelle » alors même que la subsidiarité se présente comme un

---

[78] On peut consulter, à cet égard, les rapports annuels de la Commission intitulés « Mieux légiférer » , qui portent sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité et mettent en avant la simplification et la codification des actes législatifs.

[79] BARROCHE J., « Discours et pratique de la subsidiarité européenne depuis le traité de Maastricht jusqu'à nos jours », Droit et société, 2012, vol. 1, 80, pp 13-29.

instrument fédéraliste, du moins une « propédeutique » au fédéralisme[80]. Le paradoxe n'est cependant qu'apparent puisque la subsidiarité reflète l'essence même de l'intégration européenne, profondément ambiguë. En effet, de même que l'Union se situe au confluent du fédéralisme et du fonctionnalisme, de même la subsidiarité emprunte à ces deux conceptions.

La subsidiarité au prisme du fédéralisme et du fonctionnalisme

La subsidiarité « fédéraliste »

69. Incontestablement, la subsidiarité se présente comme un principe fédéral dans la mesure où elle revêt une dimension territoriale. En tant que tel, le principe permet de répartir les compétences entre deux niveaux de gouvernement — voire plus si on y intègre les entités infra-étatiques[81] — ou, si lesdites compétences sont déjà attribuées, d'en réguler l'exercice. C'est précisément parce que le principe de subsidiarité met l'accent sur les compétences, et leur répartition/régulation, qu'elle s'inscrit dans une vision résolument fédérale tant il est vrai que la répartition des compétences constitue la « grande affaire » du fédéralisme[82]. En effet, c'est au sein d'une organisation fédérale que la subsidiarité trouve son expression politique la plus aboutie dans la mesure où « la question primordiale dont s'occupe toute constitution fédérale consiste dans le partage des compétences, c'est-à-dire dans la question de savoir jusqu'à quel point les instances de proximité peuvent accomplir les tâches qui les concernent, et en déduction, de savoir quelles tâches restent dévolues aux instances souveraines »[83].

70. En outre, en raison de son caractère dynamique, la subsidiarité s'inscrit parfaitement dans la logique fédérale qui se fonde toujours, au-delà d'une certaine disparité des modèles fédéraux et des modalités d'organisation, sur un équilibre entre l'exigence d'unité et le respect de la diversité et des autonomies. Dans l'Union européenne, la question de la diversité renvoie bien sûr à la coexistence de plusieurs « *démoï nationaux* » sur le territoire de l'Union et donc à l'inexistence d'un véritable « peuple européen »[84], cette circonstance étant souvent analysée comme un obstacle à la fédéralisation de l'Union. D'ailleurs, le processus de

---

[80] BARROCHE J., « La subsidiarité chez Jacques Delors. du socialisme chrétien au fédéralisme européen », *Politique européenne* 2007/3 (n° 23), p. 153-177.

[81] Comme c'est le cas de la subsidiarité de l'article 5.3 TUE depuis la révision de Lisbonne.

[82] BEAUD O., «La répartition des compétences dans une Fédération. Essai de reformulation du problème », *Jus Politicum*, n° 16.

[83] MILLON-DELSOL C., Le principe de subsidiarité, PUF, 1993, p. 38.

[84] NICOLAIDIS K., « Notre Demoï-cratie européenne : la constellation transnationale à l'horizon du patriotisme constitutionnel » in *Politique Européenne*, n° 19, Printemps 2006. Voir aussi sur la question des rapports entre la notion de peuple européen et l'homogénéité du peuple :SCHMITZ T., « Le peuple européen et son rôle lors d'un acte constituant dans l'Union européenne », *RDP*, n° 6/2003, pp. 1709-1742, p. 1713.

constitutionnalisation des traités[85], auquel la consécration du principe de subsidiarité a contribué, ne remet pas en question l'absence d'un « pouvoir constituant européen »[86]. Quant à l'autonomie, celle-ci implique la mainmise des États sur la construction européenne qui se traduit, à l'heure actuelle, par le refus de conférer ledit pouvoir constituant à l'hypothétique *demos* européen. Cela n'est d'ailleurs pas sans conséquence sur le « déficit démocratique »[87] qui caractérise, dans une certaine mesure, l'Union européenne[88] et qu'un principe comme la subsidiarité est censé résorber en rendant l'Union plus proche des citoyens[89]. Il a pu être souligné, à cet égard, que si l'on considère généralement que l'État est le mieux à même de défendre les intérêts des citoyens, en réalité, rien ne le prouve. Dans une approche fédérale, le principe de proximité avec le citoyen ne devrait pas systématiquement bénéficier aux États membres dans la mesure où « rien ne permet de supposer que l'Europe sera toujours plus proche des citoyens par l'intermédiaire des nations »[90].

71. L'inscription du principe de subsidiarité dans le traité n'est cependant pas un élément suffisant pour constitutionnaliser l'ordre juridique de l'Union européenne. Encore faut-il que la Cour de justice soit habilitée à exercer un contrôle juridictionnel du principe de subsidiarité pour que celui-ci puisse être considéré comme un principe de nature constitutionnelle. En consacrant le principe dans le droit primaire, les auteurs des traités ont fait du juge européen le garant du respect du principe de subsidiarité, c'est-à-dire l'arbitre ultime des conflits de compétences entre l'Union et les États, sur le modèle d'une Cour Suprême ou d'une Cour constitutionnel fédérale.

---

[85] La notion de constitutionnalisation, reprise de la doctrine allemande (*Verfassungsentwicklung*), désigne la tendance des traités européen à présenter, au fil de l'intégration, des caractéristiques de plus en plus proches de celles des constitutions des Etats. L'ordre juridique de l'Union européenne ressemble, dès lors, davantage à un ordre constitutionnel qu'international.

[86] MARTI G., Le pouvoir constituant européen, Bruxelles, Bruylant, 2012. L'auteure estime néanmoins que « réserve faite de l'absence de pouvoir constituant des peuples, qui empêche de comparer l'Union européenne à une Fédération véritable, le mouvement d'intégration européenne peut être analysé comme un mouvement de fédéralisation de l'ordre juridique communautaire ».

[87] Rapport Toussaint du 1e février 1988 de la commission institutionnelle du Parlement européen, document A 2-076/87.

[88] MARTI G., Le pouvoir constituant européen, Bruxelles, Bruylant, 2012.

[89] Le préambule du TUE présente la subsidiarité comme un principe de proximité en vertu duquel « le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe » s'opère en tenant compte du fait que les décisions doivent être « prises le plus près possible des citoyens ».

[90] AGUILON C., Justice constitutionnelle et subsidiarité, l'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne, L'Harmattan, 2019.

72. Paradoxalement, c'est le refus d'une vocation fédérale de l'Union et le refoulement, par les États les plus rétifs du « *infamous F-Word* »[91] qui est à l'origine de l'introduction du substantif plus neutre de « subsidiarité » dans le traité[92]. Naïvement, les souverainistes non initiés aux arcanes du fédéralisme y ont vu un moyen de tempérer les excès d'un processus d'intégration qu'ils sentaient leur échapper en préservant ainsi leurs intérêts. La formule restrictive « l'Union intervient seulement si » semblait en effet leur donner raison. De même que la précision du préambule selon laquelle les États se disent 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 »[93]. Par définition, l'échelon étatique est plus proche du citoyen que l'échelon de l'Union. Aussi la subsidiarité du traité de Maastricht semblait-elle embrasser une dynamique plus descendante qu'ascendante.

73. Les fédéralistes et les partisans d'une Europe fédérale n'ont, pour autant, pas été dupes et se sont même réjouis de l'inscription du principe de subsidiarité dans l'ordre juridique communautaire dans la mesure où subsidiarité et fédéralisme sont indissociables, la première annonçant discrètement le second. L'on peut relever qu'un des promoteurs du principe, l'ancien président de la Commission européenne J. Delors estimait que la subsidiarité devait être un élément « d'une pédagogie de l'approche fédérale »[94]. De plus, les institutions européennes, dont la Cour de justice, ont su rapidement insuffler une dynamique ascendante au principe, confirmant, d'une certaine façon, une instrumentalisation de type fédéraliste. En effet, il a souvent été constaté que les juges fédéraux — Cours Suprêmes et tribunaux constitutionnels fédéraux — tendent à renforcer l'échelon fédéral, au détriment des compétences des États fédérés, favorisant ainsi une certaine centralisation de la fédération.

74. Pour autant, le modèle fédéral est-il pertinent pour appréhender la structure et le fonctionnement de l'Union à l'heure où une partie de la doctrine refuse toujours de détacher le fédéralisme de l'étatisme ? Fatalement, le fédéralisme politique « compose avec l'État fédéral »[95] or l'Union n'a pas vocation à s'étatiser. Il s'agira, par conséquent, de préciser les rapports entre « fédéralisation » et « étatisation » en substituant à la distinction doctrinale

---

[91] PUDER M. G., « Constitutionalizing the European Union - more than a sense of direction on the Future of Europe », *Fordham International Law Journal,* 2003, Vol. 26 (6), pp.1562-1579. Ainsi, le Royaume-Uni assimile-t-il la vocation fédérale de l'Union européenne à la préfiguration d'un Super-Etat centralisé.

[92] BARROCHE J., « La subsidiarité : quelle contribution à la construction européenne ? », *Revue Projet* 2014/3 (N° 340), p. 66-75.

[93] Préambule du traité sur l'Union européenne.

[94] DELORS J., Le nouveau concert européen, O. Jacob, 1992, p. 176.

[95] CONSTANTINESCO V., « Le fédéralisme : d'un anti-étatisme à un a-étatisme ? », *L'Europe en Formation*, 2010/1 (n° 355), p. 41-52.

traditionnelle Confédération / État fédéral (l'Union européenne n'étant ni l'une ni l'autre) la distinction, plus récente et sans doute plus pertinente, Fédération / État, l'Union européenne pouvant légitimement se revendiquer de la première. En effet, si l'Union a bien vocation à se fédéraliser, elle ne semble pas destinée à devenir un État, fût-il fédéral. Aussi la forme que celle-ci devra revêtir ne peut-elle être que celle d'une Fédération « plurinationale », c'est-à-dire une Union d'États au sein de laquelle les entités étatiques conserveraient leur existence politique et *in fine* leur identité. Ainsi l'autonomie et la diversité devraient être garanties.

75. Pour s'ériger comme une véritable Fédération, l'Union doit remplir quelques conditions et une *certaine* application de la subsidiarité constitue l'une d'entre elles. En effet, si une certaine dose de centralisation s'avère nécessaire, tant au regard du processus d'intégration que de fédéralisation, l'approche fédérale ne s'inscrit pas tant dans une dynamique systématiquement ascendante que dans une dialectique subtile fondée sur l'équilibre entre les forces centripètes et les forces centrifuges. Cet équilibre fédéral, s'il est toujours précaire et constamment menacé par les forces centripètes, repose néanmoins sur le respect de la répartition des compétences entre l'Union et les États — telle que prévue par le pacte fédéral — qu'un organe juridictionnel est chargé, *in fine,* de contrôler. Il en va de l'existence même du fédéralisme dans la mesure où ce dernier garantit, à la différence de la vision centralisatrice inhérente aux États unitaires, le respect de l'autonomie et la diversité des États fédérés. Dès lors, la subsidiarité descendante doit nécessairement trouver à s'exprimer, d'une façon ou d'une autre, ne serait-ce que pour rééquilibrer la balance entre les exigences d'unité et d'autonomie qui coexistent et s'affrontent au sein de chaque fédération.

77. La question qui se pose est de savoir si le principe de subsidiarité préserve l'autonomie des États et garantit, au sein de la construction européenne, un certain degré de diversité conformément à une vision fédérale. Sans qu'il soit utile de laisser cette question en suspens, tant le constat établi par la doctrine est sans appel, force est de répondre par la négative et d'admettre les limites d'une subsidiarité européenne[96] de type fédéral. L'analyse de la jurisprudence tend à montrer que l'invocation du principe, au contentieux, ne permet pas à la Cour d'exercer un contrôle effectif sur les mesures adoptées par le législateur de l'Union. Le juge se borne à entériner de façon automatique l'action de l'Union, dans une logique de subsidiarité ascendante, sans que des considérations relatives à l'autonomie ou la diversité ne puissent, à aucun moment, entrer en ligne de compte. Néanmoins, l'analyse ne saurait s'arrêter à ce constat, la subsidiarité européenne étant plus riche que les dispositions de

[96] Nous entendons ici le principe de subsidiarité consacré actuellement à l'article 5.3 TUE (ex-art. 3 B du traité de Maastricht).

l'actuel article 5.3 TUE. Aussi s'agira-t-il de vérifier si la « subsidiarité descendante » ne trouve pas à s'exprimer d'une autre façon dans la jurisprudence de la Cour de justice.

78. L'approche fédéraliste du principe de subsidiarité n'est pas dénuée d'intérêt. Cet intérêt est heuristique car le cadre conceptuel fédéral permet, grâce à une démarche comparative, de découvrir certains traits fédéraux de l'Union, en particulier ceux qui sont traditionnellement perçus comme la marque d'une emprise étatique sur la construction européenne. L'administration indirecte en constitue une bonne illustration puisque ce mode d'organisation décentralisée qui laisse aux États le soin de l'exécution du droit de l'Union, peut être rattaché au fédéralisme d'exécution que l'on retrouve en Allemagne et en Suisse. En effet, ces États fédéraux fournissent à l'Union des modèles implicitement fondés sur la subsidiarité exécutive. Au-delà des points communs, la méthode comparative permet de mettre en lumière certaines divergences, c'est-à-dire les aspects qui sont propres à l'Union mais qui ne sont pas, pour autant, exclusifs de toute logique fédérale. La grande diversité des systèmes fédéraux invite à retenir une conception ouverte du modèle fédéral. Ainsi, si l'exemple des États-Unis est souvent cité dans les travaux doctrinaux, des États fédéraux comme l'Allemagne, la Suisse ou encore le Canada semblent fournir, dans le cadre d'une étude consacrée à la subsidiarité, un point de comparaison plus pertinent encore.

79. S'il est évident que le fonctionnement actuel de l'Union se distingue de celui que l'on pourrait attendre (et souhaiter) d'une véritable Fédération, l'on peut s'interroger sur les raisons de cette différence et si celles-ci constituent des obstacles définitifs à toute fédéralisation. Un modèle de fédéralisme *sui generis* pour l'Europe n'est pas à exclure, eu égard aux spécificités de son histoire et au contexte actuel, à condition toutefois de se défaire d'une vision rigide du fédéralisme et de l'envisager, sous un angle dynamique, plus comme un processus qu'une structure. L'on se demandera si la manifestation quasi-systématique d'une subsidiarité ascendante, en particulier dans la jurisprudence, est la conséquence (définitive) de l'absence de fédéralisme en Europe ou une condition (provisoire) à son émergence. En d'autres termes, l'interprétation et l'application du principe de subsidiarité, dans l'ordre juridique de Union, sont-elles la marque du caractère non fédéral de l'Union ou révèlent-elles une certaine approche du fédéralisme européen ? Les notions de « fédéralisme inversé » ou de « fédéralisme fonctionnaliste »[97] semblent indiquer que l'Union ne deviendra pas une véritable fédération du jour au lendemain, même si telle semble être sa vocation.

---

[97] BARROCHE J., Théories fédéralistes et Union européenne in Civitas Europa 2017/1 (N° 38), p. 337 à 367.

80. À l'instar de l'intégration dont elle épouse la logique ambivalente, la subsidiarité européenne se situe au carrefour de deux conceptions de l'européisme : le fédéralisme — fût-il larvé et atypique — et le fonctionnalisme. Comme l'Union européenne, la subsidiarité se veut fédérale, mais tout comme elle, la subsidiarité est irriguée par le fonctionnalisme.

La subsidiarité « fonctionnaliste »[98]

81. La subsidiarité fonctionnaliste ne s'oppose pas tant à la subsidiarité territoriale — dont elle reprend la logique verticale — qu'à la subsidiarité fédéraliste, de la même manière que l'on oppose la méthode fonctionnaliste de l'intégration à la méthode fédéraliste[99]. Si la seconde est un constitutionnalisme, la première repose sur une intégration fonctionnelle qui n'a pas pour ambition de « créer directement un ensemble fédéral, mais de créer progressivement les conditions de son émergence »[100]. Parmi ces conditions initiales figuraient, bien sûr, le rapprochement des conditions de production de certains produits et celui, progressif, des législations nationales. Surtout, l'intégration fonctionnelle se traduit par l'élargissement continu des fonctions et des missions confiées, par les États membres, aux institutions européennes. Ainsi passait-on naturellement de l'Union douanière à un marché intérieur avant de glisser, quoique de façon moins assurée eu égard à la dimension politique d'un tel saut et de l'exclusion de certains États membres, vers l'Union économique et monétaire. Enfin, de façon timide mais résolue, un Espace de liberté, de sécurité et de justice a pu voir le jour, grâce notamment à l'instauration d'une citoyenneté européenne enfin détachée, mais en apparence seulement, de la matrice économique.

82. La spécificité de la logique fonctionnaliste réside dans sa dimension économique et technique, la méthode pragmatique qu'elle préconise, ainsi que la dynamique ascendante qu'elle poursuit et favorise. L'aspect économique et technique s'oppose à la dimension politique et constitutionnaliste de l'approche fédérale tandis que la méthode pragmatique permet aux acteurs de la construction européenne de contourner, du moins provisoirement, la

---

[98] Rappelons, une fois encore, que la subsidiarité qualifiée ici de « fonctionnaliste » n'a aucun rapport avec la subsidiarité fonctionnelle (que certains auteurs nomment « subsidiarité horizontale ») qui oppose sphère privée et sphère publique, c'est-à-dire l'Etat (au sens autoritaire de pouvoir public) et qui confère une priorité d'action à la première. La subsidiarité fonctionnelle considère qu'il appartient d'abord à la société civile d'intervenir, avant les pouvoirs publics, dans un domaine donné. Ainsi l'Etat n'intervient-il qu'en cas de nécessité afin de ne pas s'immiscer inutilement dans l'autonomie des individus. En ce sens, la subsidiarité « fonctionnelle » se distingue de la subsidiarité « territoriale » ou « verticale » qui vise à répartir les tâches entre différents échelons, qu'il s'agisse des collectivités territoriales (locales) et de l'Etat ou des Etats et de l'Union/Fédération.

[99] CONSTANTINESCO L.-J., « Fédéralisme-constitutionnalisme ou fonctionnalisme ? Réflexions sur la méthode de l'intégration européenne », *Mélanges Fernand Dehousse*, Fernand Nathan/Labor, volume II : *La construction européenne*, p. 19

[100] CONSTANTINESCO V., « La souveraineté est-elle soluble dans l'Union européenne ? », *L'Europe en Formation* 2013/2 (n° 368), p. 119-135.

question sensible de la souveraineté et du pouvoir constituant. Quant à la dynamique ascendante, celle-ci est inhérente à la philosophie de l'intégration fonctionnelle qui, selon les néo-fonctionnalistes, repose sur un effet *spill-over* conduisant à une extension de plus en plus poussée de l'intégration[101]. L'on pourrait ajouter à ces caractéristiques, une certaine tendance à l'instrumentalisation dans la mesure où le fonctionnalisme conçoit les objets (et les sujets) en termes instrumentaux. Dans cette optique, le droit lui-même est envisagé comme un instrument au service de l'intégration. Ces caractéristiques qui font la spécificité du fonctionnalisme par rapport au fédéralisme s'incarnent dans la subsidiarité européenne puisque l'on retrouve précisément les aspect économique, technique, pragmatique, ascendant et instrumental dans l'interprétation et l'application de ce principe.

83. En effet, là où la subsidiarité commandera au juge fédéral de préserver la sphère de compétences des États fédérés par rapport aux interventions de l'État fédéral, le même principe conduira la Cour de justice, guidée par l'objectif de bon fonctionnement du marché, à constater de façon prosaïque la plus grande efficacité d'une action entreprise au niveau de l'Union, sans égard pour des considérations relatives au respect de l'autonomie nationale. La légitimation systématique des interventions du législateur européen, au contentieux, traduit la mise en oeuvre d'une subsidiarité ascendante. Cette dernière ne repose pas tant sur la nécessité d'une intervention de l'Union (insuffisance de l'action étatique dans une logique de suppléance) que sur la plus grande efficacité de son action (valeur ajoutée de l'action de l'Union par rapport à une action étatique). Or, cette plus grande efficacité de l'action européenne, par rapport à celle des États membres, semble logique au regard du caractère transnational de l'objectif de réalisation du marché intérieur. Aussi la subsidiarité européenne s'inscrit-elle davantage dans la dynamique ascendante du fonctionnalisme (et sa vision économique et technique) que dans la dialectique du fédéralisme fondée sur une tension permanente entre les exigences d'unité et de diversité.

84. Notre hypothèse consiste à présenter la subsidiarité comme un instrument « fédéraliste » — c'est-à-dire à la fois comme un principe fédéral et un instrument de fédéralisation — avant d'en montrer l'instrumentalisation « fonctionnaliste » qui conduit à mettre ce principe au service de la seule intégration. Notre réflexion part du constat que l'instrumentalisation du principe de subsidiarité n'est pas tant fédérale que fonctionnelle dans

---

[101] HAAS E., «International integration: the European and the universal process», International Organization 15 (3), Summer 1961, pp. 566-392. C'est précisément la dynamique ascendante qui doit rendre possible le passage de l'intégration économique vers l'union politique.

la mesure où le processus de fédéralisation est à distinguer de celui de l'intégration-centralisation. En effet, si le processus d'intégration conduit à une centralisation excessive de l'Union européenne, sa vocation fédérale ne peut être que menacée. L'avènement d'une Union « centralisatrice » signerait l'échec du fédéralisme européen. La façon dont la subsidiarité est mise en oeuvre dans l'Union est révélatrice d'une tendance qui, si elle se confirme, peut lui être préjudiciable. Les critiques qui sont aujourd'hui adressées aux institutions européennes, sur leur façon d'appliquer la subsidiarité, ne doivent pas être ignorées, qu'elles émanent de la doctrine ou des acteurs politiques, étatiques ou régionaux.

85. Le fait de privilégier la dynamique ascendante du principe de subsidiarité ne porte pas seulement atteinte aux intérêts des États, elle sape également les bases du fédéralisme vers lequel l'Union semble vouloir, depuis toujours, se diriger. L'approche fonctionnelle de la subsidiarité conduit à envisager ce principe comme un moyen d'atteindre les objectifs essentiellement économiques de l'Union au prix d'une « centralisation des compétences »[102], précisément parce que le critère de la plus grande efficacité, sur lequel la subsidiarité européenne se fonde, est foncièrement « de nature centralisatrice » [103]. À ce critère d'*efficacité* de l'action législative de l'Union, s'ajoute celui de l'*effectivité* de l'exécution du droit de l'Union, ce dernier étant lui même associé à l'*uniformité* des conditions d'application des actes de l'Union. À l'instar de la subsidiarité législative de l'article 5.3 TUE, la subsidiarité exécutive, désormais implicitement consacrée à l'article 291 TFUE, recèle un biais centralisateur puisque seule l'Union, à travers la Commission européenne, semble en mesure de garantir « des conditions uniformes d'exécution des actes juridiquement contraignants de l'Union »[104]. Cette approche fonctionnelle de la subsidiarité, dans le domaine de l'exécution, est de nature à remettre en cause le « fédéralisme d'exécution » auquel on peut assimiler le principe de l'administration indirecte du droit de l'Union.

86. La poursuite « aveugle » des objectifs de l'Union, dont celui de la réalisation du marché intérieur, au coeur de l'intégration européenne, ne coïncide pas avec l'objectif de préserver la diversité parmi les États membres ni celui de protéger l'autonomie de ces derniers. Or, conçu comme l'expression d'un modèle fédéral, le principe de subsidiarité implique de prendre en considération l'autonomie étatique car celle-ci possède, dans un système fédéral, une valeur intrinsèque. Dans la mesure où la subsidiarité européenne est

---

[102] MILLON-DELSOL C., *Le principe de subsidiarité,* PUF, 1993, p. 104.

[103] *Ibid*.

[104] Voir le § 1 et 2 de l'article 291 TFUE. A mettre en perspective avec la rédaction de l'article 5.3 TUE.

« une projection du principe d'efficience »[105], elle s'attache essentiellement à promouvoir, dans une logique purement fonctionnelle, l'intégration économique. Ainsi, si le principe de subsidiarité a pu faire miroiter aux partisans du fédéralisme l'avènement d'une véritable Fédération, il ne fait en réalité que refléter l'âme de l'intégration européenne qui n'envisage pas le fédéralisme comme une méthode — en atteste l'approche fonctionnelle des Pères fondateurs — mais comme une finalité, plus ou moins lointaine, à atteindre.

87. S'il est vrai que le fonctionnalisme, plus exactement le néo-fonctionnalisme, ne s'oppose au fédéralisme que sur les *moyens* de parvenir à une véritable union politique[106], c'est néanmoins dans les moyens mis en oeuvre pour parvenir à ladite union que réside, existentialisme oblige, la nature juridique de l'Union européenne. Dans la mesure où les présupposés du fonctionnalisme, que le principe de subsidiarité a fait siens, conduisent l'Union à embrasser une dynamique ascendante dans le domaine économique et à épouser une conception plus instrumentale que substantielle, il ne faut guère s'étonner de la vision pragmatique, utilitariste et techniciste qui préside à l'application de ce principe. Vidée d'une grande partie de sa substance, la subsidiarité est réduite à un principe fonctionnel qui, aux mains des institutions européennes, se transmue en un instrument d'intégration, tant sur le plan normatif que procédural. Réduit à un instrument d'intégration, le principe de subsidiarité ne sert qu'à justifier l'emprise croissante du droit européen dans des domaines de plus en plus nombreux dès lors qu'une action de l'Union — quelle qu'en soit la forme et l'institution à son origine (Conseil et Parlement, Commission ou Cour de justice) — s'avère profitable au marché. Aussi le spectre d'un empire technocratique européen que les adeptes du fédéralisme ont cru pouvoir conjurer en invoquant la subsidiarité ne cesse-t-il pas de se profiler à mesure que progresse l'intégration de l'Union. Cette menace est d'autant plus grande que la subsidiarité apparait moins comme un frein à l'intégration que son vecteur paradoxal.

88. La présente étude s'inscrit donc dans un paradoxe : alors même que la consécration du principe de subsidiarité semblait mettre l'Union européenne sur la voie fédérale, du moins subrepticement dans la mesure où le 'F word' n'apparaissait nulle part, ce principe a été dévoyé. Ce dévoiement résulte d'une dépolitisation du principe de subsidiarité et d'une interprétation biaisée qui a conduit à substituer à la « subsidiarité-proximité » des origines, une « subsidiarité-efficacité » en accord avec la logique économique et fonctionnelle du marché. Loin d'être un garde-fou contre une dérive centralisatrice, le principe de subsidiarité

---

[105] MARZAL YETANO A., La dynamique du principe de proportionnalité, Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne, Institut Universitaire Varenne, 2014, p. 426.

[106] En effet, le fédéralisme constitue à la fois une fin en soi et une méthode. La méthode fédérale diffère de la méthode fonctionnelle, comme nous aurons l'occasion de le démontrer.

conduit, tout au contraire, à légitimer les interventions de l'Union dans la mesure où les critères qui président à son application ne sont neutres et objectifs qu'en apparence.

89. La logique instrumentale de l'efficacité et de la performance qui sous-tend la subsidiarité européenne est exclusive de toute autre conception visant à en faire un principe de protection du pluralisme ou de l'autonomie des entités politiques dans l'Union. Cette acception « stérilisée » du principe de subsidiarité est donc incompatible avec la vision d'une Union politique de type « fédéral » respectueuse des identités nationales et de la diversité en Europe. Orientée dans un sens essentiellement ascendant, la dynamique de la subsidiarité ne sert pas l'équilibre fédéral mais les seuls objectifs de l'intégration, reprenant à son compte la logique du *spillover*. Notre problématique se pose dès lors en des termes très simples : en quoi l'instrumentalisation du principe de subsidiarité révèle-t-elle les spécificités du droit européen de l'intégration et peut-elle contribuer à identifier la nature juridique de l'Union européenne ?

90. Si le principe de subsidiarité se présente comme un instrument fédéral encourageant dans la mesure où il recèle un fort potentiel fédéraliste pour l'Union européenne (première partie), ce dernier fait néanmoins en pratique l'objet d'une instrumentalisation fonctionnelle indépassable en raison de son dévoiement fonctionnaliste (seconde partie).

Première partie. Le potentiel fédéraliste du principe de subsidiarité : un instrument fédéral encourageant

91. La subsidiarité a souvent été présentée comme le principe qui ferait sortir de sa bouteille le génie du fédéralisme en Europe. L'introduction d'un tel principe dans le traité de Rome a d'ailleurs été proposée, dès le début des années 1980, par des partisans convaincus du fédéralisme comme l'atteste le projet Spinelli. Sa consécration, plus tardive, par le traité de Maastricht a renforcé cette idée puisque l'on a pu estimer que c'est « à partir du moment où des initiatives ont été prises pour transformer progressivement la Communauté en une fédération » que le terme de subsidiarité est « immédiatement apparu dans le langage communautaire »[107]. Aussi la présence d'un tel principe dans le droit primaire a-t-elle pu encourager et favoriser les recherches sur un potentiel fédéralisme européen. Les auteurs les plus enthousiastes n'ont pas hésité à brandir la subsidiarité comme un principe général de répartition des compétences entre l'Union et les États membres, alors même que les rédacteurs du traité de Maastricht se sont bornés à en faire un principe de régulation de l'action communautaire dans le domaine des compétences concurrentes[108]. Potentiel « fédéraliste » plutôt que « fédéral » donc dans la mesure où le suffixe adjectival « iste » nous permet d'insister sur l'aspect théorique et quelquefois idéologique du fédéralisme auquel nous ferons référence dans les prochains développements.

92. Si l'Union européenne présente certains traits fédéraux, elle n'est pas, pour des raisons qu'il nous faudra mettre en lumière, une véritable Fédération à l'heure actuelle. Placée dans une perspective fédéraliste, la subsidiarité se présente à la fois comme un « principe fédéral » dans la mesure où on retrouve ce principe dans la plupart des États fédéraux — sous des formes variées et de façon plus ou moins visible — et de façon plus dynamique comme un « instrument de fédéralisation » pour l'Union européenne. Dans le cadre de nos recherches, nous aurons l'occasion de nous référer, à des fins de comparaison, aux expériences issues du fédéralisme d'outre-Atlantique — États-Unis et Canada — et du fédéralisme continental — Allemagne et Suisse — car ces systèmes fédéraux connaissent une

---

[107] LAMOUREUX F., Démocratie et subsidiarité dans l'Union Européenne, Rapport du Colloque du Mouvement Européen, Paris, 6 février 1993. Proche collaborateur de Jacques Delors, François Lamoureux était, par ailleurs, surnommé « M. Subsidiarité ». Ce point sera tout particulièrement abordé dans le deuxième titre de la première partie de cette thèse consacré à la subsidiarité « instrument de fédéralisation ».

[108] C'est en effet ce qui ressort de l'actuel article 5.3 TUE issu du traité de Maastricht. En tant que principe de régulation des compétences concurrentes ou partagées, la subsidiarité ne peut être définie comme un principe général de répartition des compétences.

forme de subsidiarité. Les analogies entre la subsidiarité européenne, d'une part, et la « subsidiarité » américaine, allemande ou suisse, d'autre part, aussi pertinentes soient-elles, se heurtent toutefois à des limites. En effet, ces Fédérations revêtent une forme étatique, ce qui n'est bien sûr pas le cas de l'Union européenne. Cette différence bien que substantielle n'est cependant pas de nature à faire obstacle à une appréhension du principe de subsidiarité sous un angle fédéral ni même à exclure l'intégration européenne d'une possible fédéralisation.

93. Dans son acception territoriale, la subsidiarité est inhérente au fédéralisme précisément parce qu'il existe, au sein du territoire d'une Fédération, deux sortes de collectivités juridiques autonomes desquelles découlent deux ordres normatifs distincts. Si la subsidiarité a été introduite assez tardivement dans le droit primaire de l'Union européenne, et si le principe semblait quasiment inconnu avant le traité de Maastricht dans un État unitaire (et de tradition jacobine) comme la France, elle n'avait rien d'un nouveau concept puisqu'elle a toujours été la « pierre angulaire de tout fédéralisme, ancien ou nouveau »[109]. Les notions de subsidiarité et de fédéralisme sont consubstantielles l'une de l'autre[110] et vont généralement de concert[111] même lorsque le principe de subsidiarité ne figure pas expressément dans la Constitution fédérale[112]. En effet, dès lors que cette dernière dresse une liste de matières dans lesquelles l'État fédéral est limitativement habilité à intervenir de sorte que les domaines qui ne sont pas de la compétence de celui-ci relèvent de celle des États fédérés, l'on peut considérer qu'il s'agit là d'une expression de la subsidiarité. Notons d'ailleurs que, pas davantage que le substantif « subsidiarité », le terme « fédéral » n'apparait dans la Constitution des États-Unis alors que le fédéralisme constitutionnel est incontestablement un héritage de la Convention de Philadelphie[113]. Aussi en matière de fédéralisme comme en matière de subsidiarité, tout nominalisme doit être exclu afin de ne pas passer à coté de certains aspects que l'on peut rattacher au concept de subsidiarité. En effet, un principe non écrit peut être suffisamment reconnu et ancré dans l'ordre constitutionnel pour qu'il ne s'avère pas absolument nécessaire de le formaliser[114]. Il conviendra donc, dans le cadre de cette thèse, de privilégier une démarche empreinte d'empirisme et une conception volontairement large et souple du principe de subsidiarité. Si dans l'ordre juridique de l'Union européenne, le principe de

---

[109] JACQUÉ J.-P., WEILER J., On the road to European Union – a new judicial architecture : an agenda for the intergovernmental conference, *CMLR*, 1990, pp.185-207, spéc., p. 202.

[110] LAMOUREUX F., Démocratie et subsidiarité dans l'Union Européenne, précité.

[111] DELPEREE F., observations préliminaires, in : DELPEREE (F.)(dir.), Justice constitutionnelle et subsidiarité, Bruxelles, Bruylant, 2000, p.17

[112] LAMOUREUX F., Démocratie et subsidiarité, précité.

[113] On oppose classiquement le *fédéralisme constitutionnel* dit encore hamiltonien, politique, ou institutionnel au *fédéralisme intégral* qui a, pour ses partisans, pour vocation de régir tous les aspects de la vie sociétale.

[114] DUBEY B., Administration indirecte et fédéralisme d'exécution en Europe, CDE, I-2/2003, p. 114

subsidiarité a été expressément consacré[115], il ne faut pas oublier que le principe de l'article 5.3 TUE entendu comme un principe de régulation de l'exercice des compétences partagées ne constitue qu'une seule facette de la subsidiarité européenne. En effet, la subsidiarité est également mentionnée dans le préambule où elle semble revêtir un sens à la fois plus large et plus politisé dans la mesure où le principe exige que les décisions soient prises dans l'Union européenne « le plus près possible des citoyens ». C'est ce que la doctrine tend à nommer « subsidiarité-proximité ». Par ailleurs, la subsidiarité peut apparaitre, de façon tacite, dans d'autres dispositions sans qu'il soit nécessaire d'en mentionner ici toutes les manifestations.

94. Toujours est-il que la consécration textuelle du principe de subsidiarité dans les traités européens est remarquable dans la mesure où ce principe figure rarement *expressis verbis* dans les constitutions des États fédéraux ou la jurisprudence des juges fédéraux. Ainsi, si la subsidiarité apparait clairement dans la constitution suisse, elle est néanmoins exclue de la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse[116]. Inversement, si la subsidiarité est formellement absente des dispositions de la constitution canadienne, elle a pu faire son apparition dans la jurisprudence de la Cour Suprême du Canada. Quant aux États-Unis, le dixième amendement peut se lire comme une consécration implicite de la subsidiarité dans la mesure où il y est indiqué que « les pouvoirs qui ne sont pas délégués aux États-Unis par la Constitution ou qui ne sont pas refusés par elle aux États, sont réservés aux États respectivement ou au peuple »[117]. L'exemple du fédéralisme allemand est encore plus curieux car bien que la subsidiarité ne soit pas explicitement mentionnée par la Loi fondamentale, la formulation de l'article 5.3 TUE consacrant le principe de subsidiarité dans l'ordre juridique européen n'est pas sans rappeler l'article 72.2 de la constitution allemande relatif à la Clause de nécessité[118]. Consacrée ou non, la subsidiarité se présente comme un « instrument » dans la mesure où elle

---

[115] Sa consécration explicite date du traité de Maastricht mais le principe figurait déjà, sous une forme implicite et cantonné au domaine environnemental, dans l'Acte unique européen. Le paragraphe 4 de l'article 130 R était libellé comme suit : « La communauté agit en matière d'environnement dans la mesure où les objectifs visés au § 1 peuvent être mieux réalisés au niveau communautaire qu'au niveau des États membres pris isolément ».

[116] L'article 5 de la Constitution suisse, en vigueur depuis le 1e janvier 2008, prévoit que « l'attribution et l'accomplissement des tâches étatiques se fondent sur le principe de subsidiarité ».

[117] « The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people »

[118] L'article 72 § 2 indique ainsi qu'en matière de compétences législatives concurrentes, dans certains domaines, « la Fédération a le droit de légiférer lorsque et pour autant que l'établissement de conditions de vie équivalentes sur le territoire fédéral ou la sauvegarde de l'unité juridique ou économique rendent nécessaire une législation fédérale dans l'intérêt de l'ensemble de l'État ». L'article 5.3 TUE prévoit qu'en vertu du principe de subsidiarité « dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres (…) ». Nous soulignons. La formule « si et dans la mesure où » fait écho à « lorsque et pour autant que ». De plus, les deux dispositions traitent de l'exercice des compétences concurrentes ou partagées.

guide la répartition des compétences, ou leur exercice, entre les deux niveaux de gouvernement que sont l'État fédéral et les États fédérés. En préconisant à l'échelon supérieur de n'intervenir que dans les domaines dans lesquels l'échelon inférieur se révèle défaillant ou incompétent, selon des critères qui peuvent varier, le principe de subsidiarité constitue généralement un moyen de préserver l'autonomie des États fédérés tout en justifiant les ingérences de l'État fédéral lorsque celles-ci s'avèrent nécessaires ou plus appropriées. En cela, la subsidiarité s'inscrit parfaitement dans la dialectique du fédéralisme pris dans une tension permanente entre la double exigence d'unité et de diversité. La subsidiarité sert ainsi l'équilibre fédéral en tentant de trouver un compromis entre les forces centrifuges et les forces centripètes qui coexistent au sein de toute Fédération.

95. Appréhendée comme un *principe fédéral* (Titre I), la subsidiarité sera tout d'abord analysée de façon statique et descriptive, tout comme le fédéralisme (étatique) auquel il sera fait référence. Il s'agira, dans une optique comparatiste, de mettre en lumière les principales caractéristiques du principe, telles qu'elles se présentent dans les États fédéraux, d'une part, et dans l'Union européenne, d'autre part, en insistant davantage sur les convergences que les différences. Principe de répartition des compétences ou principe de régulation de leur exercice, la question du caractère politique de la subsidiarité et celle de sa justiciabilité seront abordées, tout particulièrement sous son aspect « principe de droit constitutionnel ». Nous verrons, par ailleurs, que la subsidiarité peut constituer un « principe de droit administratif » dans la mesure où elle se trouve, quoique de façon implicite, au fondement du principe de l'administration indirecte et de l'autonomie institutionnelle et procédurale dans l'Union européenne, à l'instar du fédéralisme d'exécution que l'on retrouve en Allemagne et en Suisse. Ainsi chercherons-nous à démontrer que la subsidiarité européenne peut se concevoir, jusqu'à un certain point, sous un angle fédéral « structurel ». Cette approche descriptive permettra de mettre en lumière les traits fédéraux de l'Union, certains évidents, d'autres plus étonnants, la subsidiarité offrant un prisme et une grille d'analyse relativement riches. Bien sûr, une telle démarche présente des limites, ne serait-ce que parce que l'Union européenne n'est pas un État fédéral. C'est pourquoi, la seconde étape de la perspective fédéraliste tend à dépasser ces limites en adoptant une démarche moins descriptive et plus spéculative tant en ce qui concerne la subsidiarité que le fédéralisme.

96. Appréhendé comme un *instrument de fédéralisation* (Titre II), le principe de subsidiarité doit se concevoir sous un angle plus dynamique, comme le fédéralisme auquel il se rattache. En ce qui concerne ce dernier, il s'agira d'en adopter une approche plus souple, non stato-centrée, en appréhendant le fédéralisme comme un processus, plus qu'une structure

ou un état (État). Le fait de détacher le fédéralisme de la matrice étatique permet d'inscrire le processus d'intégration de l'Union dans un cadre fédéralisant. Quant à la subsidiarité, son aspect dynamique résulte naturellement de sa réversibilité et de son caractère bi-directionnel. Ce principe comporte en effet des virtualités centrifuges et centripètes permettant, en fonction des domaines ou des époques, de favoriser la centralisation (subsidiarité ascendante) ou la décentralisation (subsidiarité descendante) dans l'Union. En cela, la subsidiarité présente des affinités avec le fédéralisme qui se caractérise toujours par une certaine dialectique et la recherche d'un équilibre constant entre l'unité et la diversité. C'est sur ce double *telos* (finalité) qu'il nous semble important d'insister, à savoir la poursuite de la fin commune (l'unité de la Fédération) et particulière (l'autonomie et la diversité des États membres)[119]. Ainsi pourrons-nous utilement envisager l'Union européenne comme une Fédération *en devenir*. Cette hypothétique fédéralisation de l'Union, à distinguer du processus d'étatisation ou de centralisation, devrait passer par une certaine application de la subsidiarité descendante. En effet, si fédéralisme européen il doit y avoir, celui-ci ne peut que revêtir la forme d'une Fédération « pluri-nationale » dans laquelle les États sont assurés de conserver leur existence politique et leur identité nationale constitutionnelle[120]. Malgré son fort potentiel fédéraliste, le principe de subsidiarité reste toutefois sous-exploité par les institutions européennes dans la mesure où les valeurs fédérales comme la proximité, l'autonomie, la diversité ou le pluralisme que ce principe est censé prendre en charge, ne sont pas, pour l'heure, suffisamment investies par l'Union européenne. Instrument fédéral encourageant, le principe de subsidiarité n'est pas, pour autant, un moyen suffisant pour fédéraliser l'Europe[121].

---

[119] BEAUD O., Théorie de la Fédération, Paris, PUF, 2009, 2 éd.

[120] BARBATO J.-C., PETIT Y., L'Union européenne, une Fédération plurinationale en devenir, Bruylant, 2015.

[121] Les raisons de ce constat sceptique seront expliquées dans la seconde partie de cette thèse traitant de l'instrumentalisation fonctionnelle du principe de subsidiarité.

Titre I. Un principe fédéral

97. Dans la mesure où la subsidiarité a été insérée, sous l'ère du traité de Maastricht, dans le premier titre du TCE, l'on peut légitimement la qualifier de « principe constitutionnel »[122] du droit de l'Union européenne, au même titre que ses corollaires, les principes d'attribution de compétence et de proportionnalité[123]. En effet, le législateur de l'Union est notamment tenu de respecter le principe de subsidiarité lorsqu'il adopte des actes visant à rapprocher les législations nationales dans les domaines de compétences partagées entre l'Union et les États membres. En outre, la Cour de justice de l'Union européenne s'assure du respect de ce principe puisqu'elle vérifie tant le respect des conditions de fond énoncées à l'article 5.3 TUE que le respect des garanties procédurales prévues par le protocole relatif à l'application de ce principe[124]. Si la subsidiarité semble bien avoir été érigée « au rang de principe constitutionnel de l'Union »[125], la question de savoir si elle peut aussi être qualifiée de « principe de droit administratif européen » est plus controversée[126]. En effet, il ressort de la lecture des traités et de l'analyse de la jurisprudence une certaine ambiguïté quant à l'application du principe de subsidiarité à l'activité d'exécution du droit de l'Union. Notre hypothèse consiste à concevoir la subsidiarité européenne à la fois comme un principe constitutionnel et un principe de droit administratif européen.

98. Dans les systèmes fédéraux, au sein desquels la question de la répartition des compétences revêt une importance fondamentale, le principe de subsidiarité trouve à s'appliquer, en premier lieu, à la répartition des domaines de compétences législatives. En effet, à la différence des États unitaires dans lesquels les collectivités territoriales ne disposent pas d'une réelle autonomie législative[127], les Fédérations se caractérisent par un partage des

---

[122] BLUMANN C. (dir.), « Libre circulation des personnes et des capitaux. Rapprochement des législations », Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, coll. « commentaire J. Mégret Marché intérieur », 2006, pp. 245-248.

[123] A l'heure actuelle, ces trois principes figurent dans les dispositions de l'article 5 TUE.

[124] Protocole (n° 2) sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, annexé au traité de Lisbonne.

[125] MARTUCCI F., « L'autonomie, entre efficacité et proximité, quelques réflexions sur la subsidiarité », in C. KESSEDJIAN (dir.), Autonomie en droit européen : Stratégie des entreprises, des citoyens et des Etats. Presses de l'université Paris 2, 2013, pp.21-40.

[126] ZILLER J., « Le principe de subsidiarité », in J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), Traité de droit administratif européen, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 527-542.

[127] A cet égard, les États régionaux (unitaires mais très fortement décentralisés) qui vont jusqu'à conférer une autonomie législative aux régions se rapprochent davantage des États fédéraux que des États unitaires (Italie, Espagne), même si un État unitaire comme la France qui fut, en outre, longtemps marqué par le jacobinisme centralisateur, peut admettre un certain degré de décentralisation dans son organisation.

compétences législatives entre l'État fédéral et les États fédérés. Les modalités de ce partage peuvent être régies, de façon plus ou moins évidente, par un principe dit de subsidiarité.

99. Cependant, même en cas de répartition constitutionnelle des compétences, des conflits entre la fédération et les États sont inévitables. C'est pourquoi, les systèmes fédéraux prévoient en général l'intervention d'un juge fédéral afin d'arbitrer de tels litiges. L'analyse des arrêts des Cours suprêmes ou des tribunaux constitutionnels fédéraux tend à montrer que des considérations relatives au respect de la subsidiarité guident bien souvent le raisonnement de ces juges. En effet, ces derniers sont chargés de s'assurer que les interventions du législateur fédéral n'empiètent pas de façon excessive sur le domaine de compétence des États fédérés. Aussi la subsidiarité peut-elle être qualifiée de principe de droit constitutionnel fédéral (Chapitre I). Cette affirmation ne nous semble pas tributaire d'une consécration *expressis verbis* du principe dans les Constitutions fédérales tant il est vrai qu'un principe ne requiert pas une inscription formelle dans un texte pour revêtir une valeur constitutionnelle. La jurisprudence « créatrice » des Cours suprêmes/constitutionnelles joue, en effet, un rôle essentiel sur ce point[128].

100. Au-delà de la répartition des compétences législatives, la question plus spécifique et souvent négligée de l'exécution du droit fédéral s'inscrit également dans la problématique générale de la répartition des compétences. En effet, la question de savoir si la législation adoptée par le législateur fédéral doit être mise en oeuvre par la fédération ou par les États fédérés relève aussi de la question de la répartition verticale — et donc fédérale — des compétences. À ce titre, elle peut être régie par la subsidiarité dans la mesure où certains États fédéraux ont fait le choix de confier l'administration du droit fédéral aux États fédérés. Il existe toutefois de grandes différences entre systèmes fédéraux en la matière. La subsidiarité européenne semble, sur ce point précis, davantage s'inscrire dans le fédéralisme continental (allemand et suisse) qu'américain, en raison du principe de l'administration indirecte sur lequel repose l'Union européenne. En vertu de ce principe, l'exécution du droit de l'Union revient prioritairement aux États. Aussi peut-on rattacher l'administration indirecte de l'Union au fédéralisme d'exécution de l'Allemagne et de la Suisse et y voir une expression de la subsidiarité dans le domaine administratif[129]. La subsidiarité peut donc raisonnablement être envisagée comme un principe de droit administratif fédéral (Chapitre II).

---

[128] En France par exemple, depuis les années 1970, la jurisprudence du Conseil constitutionnel est à l'origine d'une véritable mutation constitutionnelle de nature « informelle ». En effet, un juge constitutionnel peut « découvrir » des principes et des objectifs à valeur constitutionnelle et « créer » ainsi de nouvelles normes.

[129] DUBEY B., « Administration indirecte et fédéralisme d'exécution en Europe », *CDE,* n°1-2, 2003, p. 87-133.

Chapitre I. Un principe de droit constitutionnel fédéral

101. Si la subsidiarité ne peut être dissociée de l'idée « fédérative », c'est sans doute dans le droit constitutionnel de la Suisse et de l'Allemagne qu'elle trouve son expression juridique et politique la plus aboutie. Une partie de la doctrine, y compris francophone, a rapidement identifié la source d'inspiration *germanique* de la subsidiarité de Maastricht malgré les controverses qui ont agité les acteurs de la construction européenne et certains auteurs au sujet de la signification d'un principe qui demeure, aujourd'hui encore, profondément ambigu[130]. Si la filiation de la subsidiarité européenne avec le fédéralisme germanique ou continental peut être aisément établie, il n'en demeure pas moins que le fédéralisme américain[131] (États-Unis et Canada) n'est pas étranger à un tel principe[132]. Aussi l'introduction de la subsidiarité dans le Traité de Maastricht peut-elle s'analyser comme une tentative de rapprocher l'Union européenne d'un modèle fédéral, sinon dans sa structure, du moins dans son fonctionnement.

102. En tant que principe « constitutionnel », la subsidiarité revêt une dimension à la fois juridique et politique, à l'instar du droit constitutionnel dont la nature hybride ne fait pas de doute[133]. Malgré l'évidence de ce constat, cette précision a son importance dans la mesure où elle explique la réticence que l'on peut avoir à confier le contrôle du respect du principe de subsidiarité à un organe juridictionnel, qu'il s'agisse d'une Cour suprême comme aux États-Unis ou au Canada, d'une Cour constitutionnelle fédérale comme en Allemagne ou d'un Tribunal fédéral comme en Suisse. Pour autant, malgré les craintes que peut engendrer le spectre d'un « gouvernement des juges », la plupart des systèmes fédéraux connaissent un contrôle juridictionnel que l'on peut assimiler à un contrôle de subsidiarité. La réticence à confier un contrôle de nature « politique » à un juge fédéral s'est manifestée au sein de l'Union européenne puisque la doctrine n'a pas caché son scepticisme devant l'exercice d'un contrôle juridictionnel de subsidiarité par le juge européen. Aussi la Cour de justice a-t-elle hésité avant d'accepter de contrôler le respect de ce principe sur le fond.

---

130 BARROCHE J., « La subsidiarité. Le principe et l'application », Études 2008/6 (Tome 408), p. 777-788 ; MILLON-DELSOL C., L'Etat subsidiaire, Ingérence et non-ingérence de l'Etat : le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne, PUF, 1992 ; MILLON-DELSOL C., Le principe de subsidiarité, Que-sais-je ? 1993.

131 Bien que le principe de subsidiarité puisse jouer un rôle dans le fédéralisme d'Amérique latine, les constitutions fédérales latino-américaines ne seront pas envisagées dans le cadre de cette étude.

132 NOMOS L.V., Federalism and Subsidiarity, eds James E. Fleming and Jacob Levy, New York: NYU Press, 2014.

133 MAGNON X., VIDAL NAQUET A., Le droit constitutionnel est-il un droit politique ?. Les cahiers Portalis, Association de l'Institut Portalis (AIP), 2018.

103. Même appréhendée comme un principe constitutionnel fédéral, la subsidiarité reste difficile à définir de façon abstraite. En effet, il n'existe pas véritablement de définition générale du principe de subsidiarité mais « des applications à tel ou tel domaine particulier »[134]. Dans la mesure où le principe est rarement expressément nommé dans le texte, le contenu et la portée de la subsidiarité sont délicats à déterminer *a priori*. Il existe d'ailleurs autant d'applications du principe de subsidiarité que d'États fédéraux dans le monde. S'il est généralement défini comme un principe de répartition des compétences, son champ d'application est, le plus souvent, limité à un domaine particulier. Ainsi dans l'ordre juridique de l'Union le principe de subsidiarité ne s'applique qu'aux compétences dites partagées, à l'exclusion des compétences exclusive de l'Union[135]. Par conséquent, la subsidiarité ne saurait être définie comme un principe de répartition mais comme un principe de régulation de l'exercice des compétences. En effet, la délimitation des compétences est régie, en amont, par le principe d'attribution. Cette subtilité trouve sa racine dans la distinction que le droit de l'Union opère entre l'existence d'une compétence et son exercice. L'existence d'une compétence de l'Union, si elle est partagée avec les États membres, ne suffit donc plus, depuis le traité de Maastricht, à légitimer une intervention du législateur européen.

104. En outre, au-delà de la question du déclenchement de l'action — c'est-à-dire du choix de l'échelon pertinent pour intervenir dans un domaine donné[136] — la question de l'intensité normative de ladite action doit également se poser. Aussi peut-on distinguer une acception stricte du principe de subsidiarité ne commandant que le déclenchement d'une action (subsidiarité s*tricto sensu*) et une acception plus large de la subsidiarité qui engloberait la question de la forme et de l'intensité de l'action (subsidiarité *lato sensu*). En droit de l'Union, les deux conceptions sont possibles dans la mesure où la subsidiarité consacrée à l'article 5.3 TUE peut s'interpréter de façon ambivalente[137]. En raison néanmoins d'une consécration expresse du principe de proportionnalité à l'article 5.4 TUE[138], la tendance générale est de

---

[134] JOACHIM C., Le partage des compétences en matière de protection de la qualité des eaux douces au Canada et dans l'Union européenne, Th. Toulouse 1, 2014, p. 204.

[135] Article 5.3 TUE.

[136] En ce sens, la subsidiarité vise à répondre à la question « qui de l'Union ou des Etats est le mieux placé pour agir dans un domaine donné, eu égard aux objectifs de l'action envisagée » ou encore « l'intervention de l'Union est-elle justifiée au regard de l'insuffisance d'une action étatique ?».

[137] Aux termes de cet article « En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union ».

[138] Aux termes de cet article, « En vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'ex cèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités ».

distinguer conceptuellement ces deux principes, le principe d'une intervention relevant de la subsidiarité et la question de son intensité revenant davantage au principe de proportionnalité. Au-delà de cette distinction conceptuelle, la proportionnalité se distingue de la subsidiarité en ce que son régime juridique diffère de celui du principe de subsidiarité. En effet, la proportionnalité bénéficie d'un champ d'application beaucoup plus étendu que la subsidiarité et ne fait pas l'objet d'un contrôle politique[139].

105. Au-delà de l'Union européenne, la distinction entre les principes de subsidiarité et de proportionnalité n'est pas aussi tranchée, notamment parce que ces deux principes ne sont pas toujours expressément inscrits dans les dispositions constitutionnelles des États fédéraux[140]. C'est la raison pour laquelle nous privilégierons une acception large de la subsidiarité, à savoir la question du déclenchement de l'action et celle de son intensité. Cette démarche ne relève pas d'une confusion mais, tout au contraire, de la prise en compte des différentes acceptions de la subsidiarité qui peuvent prévaloir au sein des divers systèmes fédéraux dans le monde.

106. En tant que principe de droit constitutionnel fédéral, la subsidiarité peut être envisagée comme un principe politique — voire comme un principe de philosophie politique dont la positivité est discutable — mais aussi, et c'est cette dimension qui retiendra notre attention, comme un véritable principe juridique. À cet égard, il est intéressant de constater que les constitutions des États fédéraux ne mentionnent que rarement le principe. Ce constat ne préjuge toutefois pas de l'existence d'un principe de subsidiarité « tacite » soit dans le texte même de la constitution soit dans la jurisprudence du juge fédéral. Dans l'Union, la consécration expresse de la subsidiarité dans le droit primaire a incontestablement entrainé sa « juridicisation » voire sa « constitutionnalisation ». En tant que principe constitutionnel, la subsidiarité s'impose comme une contrainte supplémentaire pour le législateur de l'Union qui doit désormais motiver les actes qu'il adopte à la lumière de ce principe. Le caractère contraignant du principe de subsidiarité ressort également des dispositions des protocoles successifs, annexés aux traités européens, qui visent à encadrer le législateur de l'Union.

---

[139] Le protocole précité sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité ne confie aux Parlements nationaux que le contrôle du principe de subsidiarité, à l'exclusion du principe de proportionnalité. En raison, notamment, du champ d'application plus étendu de ce dernier qui pourrait conduire les chambres des Etats membres à contester l'exercice, par le législateur européen, de ses compétences exclusives.

[140] Par exemple, aux Etats-Unis, le principe de proportionnalité, et son contrôle par le juge, ne revêt pas la même forme qu'en Europe. A l'instar de la subsidiarité, la proportionnalité n'apparait pas telle quelle dans le fédéralisme constitutionnel américain. Aussi, certaines décisions de la Cour suprême, allant dans le sens d'une protection des compétences législatives des Etats fédérés, peuvent-elles s'analyser, en fonction des auteurs, soit comme un contrôle de subsidiarité soit comme un contrôle de proportionnalité des interventions du législateur fédéral.

107. La garantie du respect du principe de subsidiarité par les institutions de l'Union ne peut toutefois être effective qu'en présence d'un gardien de la subsidiarité. La question de l'effectivité du principe soulève celle du contrôle de son respect. Or, dans un système fédéral, les conflits (verticaux) de compétences — dans lesquels est inclus le contentieux de la violation de la subsidiarité — sont généralement tranchés par un organe juridictionnel. L'arbitre des conflits de compétences doit donc être une Cour suprême, comme en Amérique, ou un tribunal constitutionnel fédéral, comme en Allemagne. La subsidiarité s'inscrit indubitablement dans la dialectique — propre à sa dimension constitutionnelle et fédérale — de la *politisation* et de la *juridicisation* dans la mesure où, malgré sa nature politique, ce principe doit pouvoir faire l'objet d'un contrôle juridictionnel pour présenter une effectivité. Au regard de l'indépendance supposée d'un organe juridictionnel, et de sa prétendue neutralité vis-à-vis des conflits de compétences entre l'Union et les États, la *juridictionnalisation* de la subsidiarité semble la prémunir contre toute instrumentalisation de nature politique, bien que les juges fédéraux soient souvent accusés d'impartialité au profit de l'échelon fédéral[141]. On retrouve la même suspicion à l'égard de la Cour de justice à laquelle on reproche fréquemment de favoriser les intérêts de l'Union.

108. Appréhender la subsidiarité comme un principe de droit constitutionnel fédéral suppose de traiter deux phénomènes au coeur du droit constitutionnel classique, à savoir la *juridicisation* de principes foncièrement politiques et la *juridictionnalisation* des principes constitutionnels à travers l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité. Dans le cadre fédéral, l'importance constitutionnelle des conflits de compétences nécessite l'intervention d'un organe juridictionnel. Peut-on dès lors considérer que la subsidiarité, principe de philosophie politique, s'impose au juge fédéral chargé de contrôler la répartition des compétence entre les deux échelons ? La réponse à cette question dépend du caractère juridique, plus précisément constitutionnel, du principe de subsidiarité. Ainsi traiterons nous, dans un premier temps, la question de sa *juridicisation,* c'est-à-dire la consécration juridique de la subsidiarité dans le droit primaire de l'Union et le droit constitutionnel des États fédéraux (Section 1). Conséquemment, la question de sa *juridictionnalisation* devra être abordée, le contrôle juridictionnel de subsidiarité pouvant être comparé à un contrôle de constitutionnalité exercé par les Cours suprêmes et/ou constitutionnelles sur l'action du législateur fédéral (Section 2).

---

[141] Cette neutralité et cette indépendance (vis-à-vis notamment de l'échelon fédéral) peuvent être contestées lorsqu'il s'agit d'une Cour Suprême comme celle des Etats-Unis ou du Canada ou d'un Tribunal constitutionnel comme celui de l'Allemagne. On reproche souvent aux juges fédéraux de privilégier l'Etat fédéral, au détriment des Etats fédérés, et de favoriser ainsi une certaine centralisation de le Fédération. A noter que la Cour de justice essuie les mêmes critiques.

Section 1. La consécration juridique de la subsidiarité

109. Une brève analyse comparative des constitutions des principaux États fédéraux, tant en Europe qu'en Amérique, révèle que le principe de subsidiarité est rarement consacré de façon expresse par le pouvoir constituant. Aussi l'introduction du principe de subsidiarité dans le droit primaire de l'Union européenne constitue-t-elle une exception[142]. Pour autant, dans la mesure où le principe fédéral est consubstantiel à la subsidiarité, cette dernière ne requiert pas une reconnaissance textuelle pour être considérée comme un véritable principe juridique.

110. Une analyse approfondie des constitutions fédérales révèle que le principe de subsidiarité fait l'objet d'une consécration constitutionnelle sans que le terme y figure nécessairement (Paragraphe 1). Étant donné les diverses et nombreuses formes sous lesquelles le principe peut apparaitre dans les États fédéraux, une acception large de la subsidiarité européenne sera privilégiée afin de ne pas rester cantonné à un seul aspect du principe (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La consécration constitutionnelle de la subsidiarité

111. Eu égard à l'importance du principe de subsidiarité dans une Fédération, ce dernier doit être consacré constitutionnellement, que ce soit par le pouvoir constituant dans le texte constitutionnel (A) ou par le juge fédéral chargé d'interpréter la constitution, dans la jurisprudence de ce dernier (B).

A. La consécration textuelle

112. Dans l'hypothèse d'une reconnaissance par le texte constitutionnel du principe de subsidiarité, ce dernier peut faire l'objet d'une consécration explicite, comme en Suisse, ou implicite, comme en Allemagne. Dans le premier cas, le terme « subsidiarité » apparait tel quel dans le texte, à l'instar de la subsidiarité européenne introduite dans le droit primaire par le traité de Maastricht. Dans le second cas, si le terme est formellement absent de la Constitution, le concept y figure néanmoins de façon incontestable. Ainsi s'attachera-t-on à comparer le principe de subsidiarité consacré par le traité de Maastricht à la « subsidiarité suisse » expressément consacrée dans la constitution fédérale de 1999 (1) avant de comparer la subsidiarité européenne à la « subsidiarité allemande », implicitement consacrée dans la Loi Fondamentale de 1949 (2).

---

[142] Article 5.3 TUE.

1. La consécration explicite de la subsidiarité dans la Constitution suisse

113. La Suisse est un État fédéral au sein duquel le pouvoir est réparti entre la Confédération[143] et les Cantons[144]. La forme fédérale est particulièrement adaptée à un État comme la Suisse, même s'il s'agit d'une entité étatique de dimension réduite, au regard de la diversité linguistique, culturelle et géographique de ce pays[145]. Par ailleurs, les Cantons sont considérés comme souverains tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale. À ce titre, ils exercent, conformément à l'article 3 de la constitution actuelle, « tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération ». Dans la mesure où les Cantons disposent d'une compétence générale ou résiduelle[146], celle de la Confédération est d'attribution. Le fédéralisme suisse repose donc sur des transferts de compétence allant du bas vers le haut selon une dynamique centripète ou ascendante[147]. Dès lors, un principe comme la subsidiarité semble indissociable de l'organisation de la Suisse, tant dans sa structure que dans son fonctionnement. Il s'agira de présenter, tout d'abord, le contenu de la subsidiarité suisse (a) avant d'en montrer les spécificités par rapport à la subsidiarité européenne (b).

a. La subsidiarité suisse

114. Si le principe a fini par être expressément inscrit dans la Constitution fédérale de la Confédération suisse de 1999[148], à l'occasion d'une révision relativement récente[149], son influence a été grande dans l'histoire constitutionnelle de la Suisse. Ainsi, dans le fédéralisme suisse, la subsidiarité revêt une importance considérable dans la mesure où cette notion constitue à la fois un « précepte politique » et un « principe juridique ». Il conviendra d'en distinguer les deux aspects.

---

143 Là encore, il ne faut pas se fier à la terminologie. Malgré le maintien du terme de « Confédération », la Suisse est bien un Etat fédéral et non une Confédération.

144 On peut également mentionner l'importance, dans le fédéralisme suisse, de l'échelon inférieur aux Cantons, à savoir les Communes.

145 Aux termes de l'article 4 de la Constitution « les langues nationales sont l'allemand, le français, l'italien et le romanche ».

146 Les compétences dites résiduelles désignent les compétences qui ne sont pas expressément attribuées. DELPEREE F. et ALEN A., « Les compétences résiduelles », J.T., 1991, p.805.

147 A noter que dans les Etats fédéraux où les compétences résiduelles sont du ressort des collectivités fédérées et où les transferts de compétences s'opèrent vers la collectivité fédérale, ces derniers sont qualifiés d'Etats fédéraux « centripètes ». A l'inverse, dans les Etats fédéraux où les compétences résiduelles appartiennent à la collectivité fédérale, ces Etats sont sont qualifiés d'Etats fédéraux « centrifuges » . Voir : NEVEN D., *Le principe de subsidiarité dans les systèmes fédéraux de répartition des compétences*. Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, 2017.

148 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999.

149 L'article à l'origine de l'introduction du principe de subsidiarité dans la Constitution a été accepté en votation populaire du 28 novembre 2004. Celui-ci est en vigueur depuis le 1er janvier 2008.

115. En tant que précepte politique, la subsidiarité a fini par s'imposer à la pratique des autorités suisses, tant en ce qui concerne le partage des compétences qu'en ce qui concerne l'exercice des compétences, et ce « malgré l'existence durable d'un courant centralisateur »[150]. S'agissant de l'application de la subsidiarité au partage des compétences, il est permis de considérer que le pouvoir constituant n'a attribué à la Confédération que les compétences nécessaires à l'accomplissement des tâches indispensables au pays comme en matière de défense nationale, de politique extérieure, de nationalité, de droit civil et pénal ou encore de politique monétaire, de sécurité sociale et d'aménagement du territoire. Dans la mesure où l'attribution des compétences à la Confédération n'a été que partielle, « faite sous forme d'énumération plutôt que de clauses générales »[151], la subsidiarité semble bien avoir joué un rôle dans l'édiction de la Constitution. S'agissant de l'exercice des compétences, le précepte politique de la subsidiarité s'est, semble-t-il, imposé au législateur fédéral chaque fois que ce dernier n'a pas exercé les compétences que la Constitution lui reconnaissait[152] ou qu'il procédait à des rétrocessions et délégations de certaines tâches au profit des Cantons.

116. En tant que principe juridique, la subsidiarité semble surtout pouvoir jouer au stade de l'*exercice* des compétence et non de leur *répartition*. En effet, admettre l'existence d'un principe « juridique » de subsidiarité au stade de l'attribution reviendrait à considérer que le pouvoir constituant (à l'origine de la Constitution et de la répartition des compétences) est juridiquement « tenu » de respecter un tel principe alors même qu'il est souverain. Ce serait donc faire de la subsidiarité un principe « supra-constitutionnel » auquel le législateur « constitutionnel » ne saurait déroger. En revanche, il parait tout à fait envisageable de soumettre le législateur fédéral « ordinaire » au principe de subsidiarité en l'obligeant, par exemple, à n'agir, dans un domaine de compétence, que si son action s'avère nécessaire ou plus efficace qu'une intervention des Cantons.

117. Ces remarques étant faites, il convient à présent d'appréhender la subsidiarité suisse dans sa dimension « juridique » : le principe a-t-il vocation à produire ses effets au niveau de la répartition/attribution des compétences en tant que limite posée au pouvoir constituant

---

[150] AUBERT J. F., Le principe de subsidiarité dans la Constitution fédérale de 1999 in: Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach, Bâle ; Genève Helbing & Lichtenhahn, 2000, p. 3-27. L'auteur note que « le parti radical suisse, qui a contribué plus que tout autre à la création de la Confédération en 1848, a eu pendant longtemps une aile puissante qui souhaitait l'unification, voire la centralisation de la politique de l'ensemble du pays ».

[151] *Ibid*.

[152] En matière d'allocations familiales. L'actuel article 116 de la Constitution prévoit ainsi que « dans l'accomplissement de ses tâches, la Confédération prend en considération les besoins de la famille. Elle peut soutenir les mesures destinées à protéger la famille. (…) Elle peut légiférer sur les allocations familiales et gérer une caisse fédérale de compensation familiale ».

(approche supra-constitutionnelle) ou, plus modestement, au stade de l'exercice des compétence comme une limite imposée au législateur fédéral (approche constitutionnelle) ?

118. Après avoir longtemps servi de règle de conduite ou de précepte politique, la subsidiarité a fini par se « juridiciser » dans la mesure où elle figure expressément dans la Constitution suisse de 1999. Depuis la réforme de 2003 relative à la péréquation financière et la répartition des tâches entre la Confédération et les Cantons[153], le principe est mentionné en tant que tel car sa reconnaissance était, avant la révision constitutionnelle, seulement tacite[154]. Ainsi l'article 5. *a* de la Constitution fédérale suisse prévoit-il que « l'attribution et l'accomplissement des tâches étatiques se fondent sur le principe de subsidiarité »[155]. Il ressort de cette disposition, de façon relativement claire, que la subsidiarité s'applique tant à la répartition des compétences (attribution) qu'à leur exercice (accomplissement des tâches). Par ailleurs, l'article 43. a relatif aux « principes applicables lors de l'attribution et de l'accomplissement des tâches étatiques » indique, en son paragraphe 1, que « la Confédération n'assume que les tâches qui excèdent les possibilités des cantons ou qui nécessitent une réglementation uniforme par la Confédération ». L'article 43. a, paragraphe 5, ajoute que « les tâches de l'État doivent être accomplies de manière rationnelle et adéquate »[156]. L'idée-force de la subsidiarité y est ainsi exprimée sans que le principe soit formellement nommé[157], contrairement à l'article 5. a de la Constitution.

119. Combiné à l'article 5. a de la Constitution suisse, l'article 43. a est riche d'enseignement et appelle plusieurs remarques. Tout d'abord, il convient de relever qu'avant la révision de 2003, la formule était tournée dans un sens positif puisque l'ex-article 42 indiquait que la Confédération « assume les tâches qui doivent être réglées de manière uniforme »[158]. Si la nuance peut paraitre subtile, la modification n'est pas anodine car elle met l'accent sur le caractère strictement nécessaire des tâches qui doivent revenir à la Confédération. Cela est renforcé par l'expression « qui nécessitent une réglementation ». Ensuite, la subsidiarité semble s'imposer aussi bien au législateur fédéral (législateur

---

[153] Arrêté fédéral du 3 octobre 2003, accepté en votation populaire le 28 novembre 2004.

[154] Ainsi B. Dubey évoquait, à l'époque, dans sa thèse, une « reconnaissance constitutionnelle tacite » du principe : DUBEY B., La répartition des compétences au sein de l'Union européenne à la lumière du fédéralisme suisse : Systèmes, enjeux et conséquences., Bruylant, LGDJ, Paris, 2002, p. 370.

[155] Accepté en votation populaire du 28 nov. 2004, en vigueur depuis le 1er janv. 2008 (AF du 3 oct. 2003, ACF du 26 janv. 2005, ACF du 7 nov. 2007 – RO 2007 5765 5771; FF 2002 2155, 2003 6035, 2005 883).

[156] Accepté en votation populaire du 28 nov. 2004, en vigueur depuis le 1er janv. 2008 (AF du 3 oct. 2003, ACF du 26 janv. 2005, ACF du 7 nov. 2007 – RO 2007 5765 5771; FF 2002 2155, 2003 6035, 2005 883).

[157] DUBEY B., La répartition des compétences au sein de l'Union européenne à la lumière du fédéralisme suisse : Systèmes, enjeux et conséquences., Bruylant, LGDJ, Paris, 2002, p. 370.

[158] Abrogé par la votation populaire du 28 novembre 2004.

ordinaire) qu'au pouvoir constituant (législateur constitutionnel). Les limites de la seconde conception ont déjà été soulignées. On se bornera à indiquer que c'est davantage en tant que précepte politique que la subsidiarité peut régir la répartition des compétences qui relève du seul constituant, sauf à admettre une valeur supra-constitutionnelle au principe. Si l'on prend soin de distinguer la subsidiarité telle qu'appliquée par le pouvoir constituant — à l'occasion de la répartition constitutionnelle des compétences — de la subsidiarité telle qu'appliquée par le législateur — dans l'exercice des compétences qui lui ont été attribuées — la fonction proprement juridique du principe peut être aisément identifiée[159]. Aussi le législateur fédéral doit-il « veiller à ne pas assumer plus de fonctions et à ne pas épuiser sa compétence davantage qu'il ne semble nécessaire à un accomplissement adéquat de ladite tâche »[160]. Enfin, l'on relèvera que l'alinéa 5 de l'article 43 met l'accent sur la nécessité, pour l'État, d'accomplir ses tâches « de manière rationnelle et adéquate », ce qui peut relever de la proportionnalité ou d'un principe de subsidiarité *lato sensu*[161].

b. Les spécificités de la subsidiarité suisse par rapport à la subsidiarité européenne

120. À l'instar de la subsidiarité européenne, la subsidiarité suisse a fait l'objet d'une consécration expresse dans la norme suprême de l'ordre juridique considéré. L'on relèvera cependant que la reconnaissance formelle de la subsidiarité par la Constitution fédérale est postérieure à l'introduction du principe de subsidiarité dans le droit primaire de l'Union[162]. Dans les deux cas, néanmoins, on peut raisonnablement affirmer que la subsidiarité a été un précepte politique avant de constituer un principe juridique. Dans la mesure où la subsidiarité suisse a vocation à s'appliquer à l'action du législateur fédéral, elle est comparable à la subsidiarité consacrée par le traité de Maastricht, qui ne vise à réguler que l'exercice des compétences et non leur répartition. En effet, l'exercice des compétences revient au législateur, tandis que la répartition incombe au pouvoir constituant. Aussi la subsidiarité de l'article 5.3 TUE n'a-t-elle pas vocation à régir la délimitation des compétences entre l'Union et les États mais seulement à réguler leur exercice par le législateur européen. En cela, la subsidiarité européenne revêt un rôle plus modeste que la subsidiarité suisse qui vise aussi bien la répartition des compétences que leur exercice.

---

[159] THALMANN U, « Subsidiaritätsprinzip und Kompetenzverteilung », in Die neue schweizerische Bundesverfassung, Fleiner et al. (éd.), PIFF, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2000, pp. 149 à 169, spéc. p. 164.

[160] SALADIN P., Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874, Aubert/ Eichenberger/Müller/Rhinow (dir.), Helbing & Lichtenhahn / Schulthess / Stämpfli, Bâle / Zurich / Berne, ad art. 3, p. 22 et s., n56.

[161] Dans une acception large du principe, en plus de régir la question du déclenchement de l'action — en déterminant le niveau adéquat de la prise de décision — la subsidiarité régit celle de l'intensité de ladite action.

[162] La subsidiarité suisse a été inscrite dans la Constitution fédérale de 1999 à l'occasion d'une révision intervenue en 2003 tandis que la subsidiarité européenne date du traité de Maastricht (1992).

121. Dans les deux cas, le principe offre au législateur, fédéral et européen, un « fil conducteur dans l'aménagement de l'ordre juridique »[163]. Plus spécifiquement, il s'agit pour le législateur suisse de ne pas réglementer un domaine « dont il n'est pas absolument nécessaire d'unifier le régime », de se limiter « à l'adoption de dispositions de principe lorsqu'une réglementation fédérale détaillée n'est pas nécessaire » (ce qui implique de limiter l'intensité de l'action normative et d'adopter de préférence une législations-cadre) ou encore de « ne pas retenir la compétence exécutive lorsque les cantons sont aptes et disposés à l'exercer correctement »[164]. Ces règles de conduite se retrouvent dans le cadre de l'Union, notamment dans les protocoles d'Amsterdam et de Lisbonne et dans la littérature de la Commission[165].

122. La spécificité de la subsidiarité suisse apparait toutefois clairement : alors que la Confédération assume les tâches « qui excèdent les possibilités des cantons ou qui nécessitent une réglementation uniforme », l'Union intervient si « les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les Etats membres, (…) mais peuvent l'être mieux, (…) au niveau de l'Union »[166]. Par rapport à la subsidiarité européenne, la subsidiarité suisse se révèle plus souple car les conditions posées à l'intervention de la Confédération sont alternatives *(soit* les tâches excèdent la capacité d'action des Cantons, *soit* une réglementation uniforme est nécessaire). Dans l'Union, les critères se veulent, malgré l'ambiguïté de la formule que le traité de Lisbonne a tenté de rectifier[167], cumulatifs et donc plus stricts : l'Union ne peut intervenir que si l'insuffisance étatique est constatée (la capacité d'action des États membres est nulle ou insatisfaisante) *et* si son action se révèle, en outre, plus efficace (l'action européenne doit apporter une *valeur ajoutée* par rapport à l'action étatique). Ainsi, à inefficacité égale de l'action étatique et européenne, la première devrait être privilégiée.

123. Malgré le caractère restrictif de la subsidiarité de Maastricht, B. Dubey estime que l'on ne saurait transposer les conditions matérielles de la subsidiarité européenne en droit constitutionnel suisse dans la mesure où « une application sans retenue de ces critères

---

[163] DUBEY B., La répartition des compétences au sein de l'Union européenne à la lumière du fédéralisme suisse : Systèmes, enjeux et conséquences., Bruylant, LGDJ, Paris, 2002, p. 372.

[164] *Ibid*.

[165] Dans l'Union européenne, ces directives se rattachent à la subsidiarité aussi bien qu'à la proportionnalité.

[166] C'est nous qui soulignons.

[167] Le traité de Lisbonne a substitué à la formule « et donc » un « mais » afin de renforcer le caractère cumulatif des deux conditions. L'article 3 B TCE indiquait que la « Communauté n'intervient (…) 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 (…) être mieux réalisés au niveau communautaire ». Nous soulignons. En effet, une insuffisance étatique ne conduit pas nécessairement au constat d'une plus grande efficacité de l'Union.

risquerait de mettre le régime fédéral en péril »[168]. L'auteur affirme que si la Confédération pouvait agir, sur le fondement du principe de subsidiarité tel qu'il résulte du traité européen, chaque fois qu'elle se trouve *mieux à même* de remplir sa tâche que les Cantons, « une grande partie des compétences cantonales résiduaires devraient alors lui revenir »[169]. La dynamique ascendante de la subsidiarité conduirait à privilégier, sur un plan strictement *technique,* l'échelon supérieur *via* le critère de la plus grande efficacité de l'action. C'est pourquoi, dans la pratique suisse, les autorités n'appliqueraient pas la subsidiarité dans toute sa rigueur, de peur que celle-ci ne porte atteinte aux compétences des Cantons et, partant, à leur autonomie.

2. La consécration implicite de la subsidiarité dans la Constitution allemande

124. L'absence d'une consécration expresse de la subsidiarité dans la constitution allemande ne saurait faire obstacle à l'identification d'une clause très similaire au principe consacré à l'article 5.3 TUE. Encore faut-il préciser, pour éviter tout malentendu, qu'en tant qu'État membre de l'Union, l'Allemagne a inséré dans la Loi Fondamentale une disposition prévoyant que pour l'édification de l'Europe, la République fédérale « concourt au développement de l'Union européenne qui est attachée aux principes fédératifs, sociaux, d'État de droit et de démocratie ainsi qu'au <u>principe de subsidiarité</u> »[170]. Outre le texte constitutionnel, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale y fait expressément et abondamment référence lorsqu'il s'agit de rappeler à l'Union les limites de ses compétences. Dans la décision Lisbonne[171] où le terme subsidiarité apparait une cinquantaine de fois, la Cour de Karlsruhe indique qu'elle doit vérifier que « dans le respect du principe de subsidiarité, principe du droit communautaire comme du droit de l'Union, les actes juridiques des organes ou des institutions européens respectent les limites des droits de souveraineté attribués à ceux-ci dans le cadre du principe d'attribution. (…) En outre, la Cour constitutionnelle vérifie que le noyau dur intangible de l'identité constitutionnelle de la Loi fondamentale (…) n'est pas atteint »[172].

125. À la différence de certains États membres, tout particulièrement les États unitaires fortement centralisés comme la France, la subsidiarité était bien connue de l'Allemagne,

---

[168] DUBEY B., La répartition des compétences au sein de l'Union européenne, précité, p. 373.
[169] *Ibid.*
[170] Article 23 de la Loi fondamentale de l'Allemagne. C'est nous qui soulignons.
[171] *BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. (1 - 421).* L'importance que l'Allemagne accorde au respect du principe de subsidiarité, par l'Union, est confirmée au point 1.a de l'article qui indique, conformément au protocole n°2 du traité de Lisbonne, que le Parlement allemand a le droit de former un recours devant de la Cour de justice de l'Union européenne pour violation du principe de subsidiarité par un acte législatif de l'Union.
[172] *Ibid.,* pt 4 de l'arrêt.

avant même l'entrée en vigueur du traité de Maastricht[173]. Au XXe siècle, la subsidiarité a servi de référence dans certains pays d'Europe, comme la Suisse et l'Allemagne (excepté sous le régime hitlérien[174]), où elle a alimenté des débats importants[175]. La question de la constitutionnalisation de la subsidiarité a été évoquée. Si le principe n'apparait pas dans les dispositions de la Loi Fondamentale (en dehors de l'article 23), il a fortement inspiré la façon dont celle-ci a organisé le système fédéral de répartition et d'exercice des compétences du *Bund* (État fédéral) et des *Länder* (États fédérés). Si une approche formelle de la Loi fondamentale tend à montrer que le principe n'y est consacré qu'en ce qui concerne les rapports que l'Allemagne entretient avec l'Union européenne, une analyse plus approfondie des dispositions de la Constitution fédérale dévoile l'existence d'une subsidiarité tacite régissant les rapports entre le *Bund* et les *Länder*. Une fois présentée, la subsidiarité allemande (a) pourra être comparée à la subsidiarité européenne (b).

a. La subsidiarité allemande

126. Le Titre VII de la Loi fondamentale, consacré à la législation de la Fédération, comporte plusieurs articles visant la répartition des compétences législatives entre la Fédération et les *Länder.* L'on y trouve notamment l'affirmation selon laquelle « les Länder ont le droit de légiférer dans les cas où la présente Loi fondamentale ne confère pas à la Fédération des pouvoirs de légiférer »[176] ainsi que des précisions au regard de la nature exclusive ou concurrente de la compétence législative de la Fédération[177]. L'article 72 de la Constitution allemande, sur lequel il convient de s'arrêter, est relatif à la compétence législative « concurrente » de la Fédération. Aux termes de cet article « dans le domaine de la compétence législative concurrente, les Länder ont le pouvoir de légiférer aussi longtemps et pour autant que la Fédération n'a pas fait par une loi usage de sa compétence législative ». Surtout, le paragraphe 2 de l'article 72 énonce qu'en matière de compétences législatives concurrentes, « la Fédération a le droit de légiférer lorsque et pour autant que l'établissement de conditions de vie équivalentes sur le territoire fédéral ou la sauvegarde de l'unité juridique

---

[173] Ainsi en France le substantif subsidiarité a-t-il fait son entrée dans le dictionnaire à l'époque de Maastricht.

[174] MILLON-DELSOL C., Le principe de subsidiarité, Que-sais-je ? 1993., p.4.

[175] L'ordo-libéralisme de *W. Röpke* (représentant de l'Ecole de Fribourg) a ainsi inspiré la politique de l'Allemagne (avant et après le nazisme). L'on peut y voir le rejet des corporatismes et l'adaptation de la doctrine sociale de l'Eglise catholique expressément fondée sur le principe de subsidiarité.

[176] Article 70.1 LF.

[177] L'article 70.2 précise que « *la délimitation des compétences de la Fédération et des Länder s'effectue selon les dispositions de la présente Loi fondamentale relatives aux compétences législatives exclusives et concurrentes* ». Aux termes de l'article 71 « *dans le domaine de la compétence législative exclusive de la Fédération, les Länder n'ont le pouvoir de légiférer que si une loi fédérale les y autorise expressément et dans la mesure prévue par cette loi* ».

ou économique rendent nécessaire une législation fédérale dans l'intérêt de l'ensemble de l'État ». Cet article, désigné « Clause de besoin » (*Bedürfnisklausel)* ou de nécessité *(Erforderlichkeitsklausel)*[178], présente dans sa formulation de grandes similitudes avec le principe de subsidiarité consacré à l'article 5.3 TUE. Bien que l'Allemagne soit, à la différence de l'Union, un État fédéral, une comparaison est tout à fait envisageable entre ces deux dispositions dont il convient de démontrer les nombreux points communs[179]. En effet, dans les deux cas, il s'agit de réguler l'exercice de compétences partagées entre deux législateurs distincts, celui de l'Union ou du *Bund*, et celui des États membres ou des *Länder.*

127. Sur le plan textuel, la formulation de l'article 72.2 de la Loi fondamentale est similaire à celle de l'article 5.3 TUE. En effet, cette dernière disposition est formulée en ces termes : « 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 (…) ». L'article 72.2 de la Loi fondamentale prévoit que « dans les domaines de l'article 74, (…) la Fédération a le droit de légiférer lorsque et pour autant que (…) »[180]. Étant précisé que dans les deux cas, il s'agit bien de réguler l'exercice de compétences qui sont « partagées » entre l'Union/fédération et les États/Länder. En effet, le traité évoque les compétences non exclusives de l'Union et la Constitution, les compétences « concurrentes ». Par conséquent, la subsidiarité allemande, à l'instar de la subsidiarité européenne, se présente comme un principe de régulation de l'exercice des compétences partagées et s'impose au législateur fédéral.

128. Au-delà de l'aspect rédactionnel, la proximité entre ces deux dispositions réside dans les circonstances ayant présidé à leur introduction dans les textes. Comme l'a relevé L. Dechatre, on retrouve le même type d'ambiguïté dans le choix de l'inclusion de la Clause de besoin dans la Constitution fédérale comme dans celui de l'insertion de la subsidiarité dans le traité de l'Union[181]. En effet, les buts que poursuivaient les rédacteurs dans les deux cas sont difficiles à cerner. En outre, à l'instar des débats suscités par la question de l'effectivité de la subsidiarité européenne, la clause de besoin a fait l'objet d'une controverse à l'origine de sa révision en 1994[182]. La modification de cet article visait surtout à renforcer son effectivité dans la mesure où la Cour de Karlsruhe était réticente à contrôler le législateur sur ce point[183].

---

[178] L'article 72 § 2 de la Constitution était nommé « clause de besoin » avant sa révision, intervenue en 1994, puis « clause de nécessité » après sa modification.

[179] DEGENHART C., Artikel 72 GG, in : SACHS (M.), Grundgesetz : Kommentar, 4. Aufl., München, Beck, 2007, p.1458.

[180] C'est nous qui soulignons.

[181] DECHATRE L. Le pacte fédératif européen, précité, p. 515.

[182] Révision du 27 octobre 1994 ayant précisé les critères sur la base desquels le législateur pouvait intervenir.

[183] La question du contrôle juridictionnel du principe de subsidiarité sera traitée dans le paragraphe suivant.

b. Les spécificités de la subsidiarité allemande par rapport à la subsidiarité européenne

129. À la différence de la subsidiarité européenne, expressément consacrée dans le droit primaire de l'Union, la subsidiarité allemande n'est pas nommée, elle est donc implicite. Si, malgré son importance dans la pensée politique allemande, la subsidiarité n'apparait pas formellement, c'est parce que « l'intervention étatique est commandée en Allemagne par des impératifs précis à connotation juridique » comme la proportionnalité qui enjoint à l'État de ne pas intervenir s'il doit « utiliser des moyens qui mettront en cause la finalité visée »[184]. R. Ihering[185] a développé de façon déterminante les aspects juridiques de la proportionnalité en soulignant que « si l'action des pouvoirs publics est légitimée par les fins sociales, celle-ci doit être limitée par sa finalité et donc par sa proportionnalité aux intérêts poursuivis. Fin et moyen entretiennent donc un rapport de causalité et un rapport normatif »[186]. La proportionnalité suppose, selon une formule bien connue, que la police ne tire pas sur des moineaux avec un canon[187]. Ce principe, issu du droit constitutionnel et administratif germanique[188], a connu des développements importants dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle[189]. La proportionnalité contraint l'État à employer des moyens adaptés aux objectifs qu'il poursuit en exigeant, entre moyens et buts, un rapport adéquat.

130. Ainsi conçue, la proportionnalité pose la question du 'wie', i.e les modalités de l'action étatique (la question du « comment ») et se distingue en cela de la subsidiarité qui, subordonnant l'intervention des pouvoirs publics à une carence, « soulève la question de l''ob', soit de l'opportunité de l'activité étatique »[190]. C. Delsol-Millon estime que le principe de l'interdiction de l'excès qui introduit une norme juridique plus précise que le principe de subsidiarité signifie que l'intervention de l'État doit être « proportionnellement mesurée et

---

[184] MILLON-DELSOL C., L'Etat subsidiaire, Ingérence et non-ingérence de l'Etat : le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne, PUF, 1992, p. 207.

[185] JHERING R., Der Zweck im Recht;1877 Der Kampf um's Recht, 1872.

[186] SCHWARZE J., Droit administratif européen, Bruylant, 2e édition, 2009, p.723.

[187] Il s'agirait d'une formule de FLEINER « *die Polizei soll nicht mit Kanonen auf Spatzen schiessen* » (la police ne doit pas tirer à coups de canon sur les moineaux). Certains auteurs attribuent cette formule à JELLINEK, en ce sens : SIMON Denys, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes » in Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français, Les Petites Affiches n° spécial 5 mars 2009 n° 46, p. 17 à 25.

[188] En Allemagne ce principe a un *rang constitutionnel* et découle du principe de l'*Etat de droit*. Le droit administratif étant la concrétisation du droit constitutionnel, ce principe s'applique aussi bien à la législation qu'à l'application du droit. v. GRABITZ E., Der Grundsatz der Verhaltnismassigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 98 (1973), pp.568.

[189] BverfG, décision du 11/06/1958 arrêt *« Apothekenurteil »* dit des Pharmacies. La rigueur du contrôle de proportionnalité se manifeste à travers les trois étapes que sont l'adéquation *(Geeignetheit)*, la nécessité *(Erforderlichkeit)* et la *proportionnalité stricto sensu (Verhältnismässigkeit im engeren Sinne)*. Le rang constitutionnel conféré au principe de proportionnalité par la Cour constitutionnelle fait que son respect s'impose au législateur fédéral.

[190] GRISEL A., Traité de droit administratif suisse, Neuchâtel, Ides et Calendes,1984., p.348.

qualitativement appropriée à ses finalités »[191]. En droit allemand, les préoccupations relevant de la subsidiarité sont incluses dans le respect de la proportionnalité. L'importance de celle-ci, par rapport à la subsidiarité, réside dans le fait que les hypothèses extrêmes (les situations dans lesquelles l'État ne doit jamais intervenir) sont rares. À la différence des traités européens qui distinguent les principes de subsidiarité et de proportionnalité[192], le fédéralisme constitutionnel allemand tend à les assimiler.

131. Si la subsidiarité européenne consacrée à l'article 5.3 TUE et la subsidiarité allemande, figurant à l'article 72.2 de la Loi Fondamentale, constituent des instruments de régulation de l'exercice des compétences partagées, elles se distinguent quant à leur cadre, la seconde fixant un cadre plus détaillé que la première. Là où la subsidiarité allemande s'impose spécifiquement à l'activité législative, l'article 72 mentionnant expressément les compétences législatives, le champ d'application de l'article 5.3 TUE est plus difficile à saisir. En effet, une interrogation existe toujours quant à la possibilité d'appliquer le principe de subsidiarité au domaine de l'exécution du droit de l'Union. La doctrine est divisée sur la question puisque certains auteurs estiment que le principe de subsidiarité s'applique à la seule activité législative quand d'autres soutiennent sa vocation à régir l'activité d'exécution[193].

132. Cette incertitude résulte des termes généraux de la disposition comme ceux d'action ou d'intervention ne permettant pas de préciser la nature des actes — législative ou réglementaire[194] — même si le terme d'action signifie, dans l'Union européenne, « la mise en œuvre d'une compétence »[195]. En outre, la Clause de besoin est, surtout depuis la révision de 1994, plus détaillée que l'article 5.3 TUE qui se borne à mettre l'accent sur les critères d'insuffisance de l'action étatique et de valeur ajoutée de l'action européenne. La subsidiarité allemande repose sur des critères précis comme l'établissement de conditions de vie équivalentes ou la sauvegarde de l'unité juridique/économique qui doivent rendre « nécessaire une législation fédérale dans l'intérêt de l'État ». Ainsi convient-il de distinguer deux questions : l'admissibilité de la législation fédérale au regard des critères/objectifs de l'article 72.2 (conditions de vies, unité juridique/économique) et celle du caractère

---

[191] MILLON-DELSOL C., L'Etat subsidiaire…précité, p. 207.

[192] Si la subsidiarité est consacrée à l'article 5.3 TUE, la proportionnalité figure à l'article 5.4 TUE.

[193] Un auteur comme L. Dechatre estime par exemple que les arguments au soutien d'une restriction de la subsidiarité au domaine législatif l'emportent sur ceux en sa défaveur : DECHATRE L. Le pacte fédératif européen, précité, p. 529.

[194] Nous approfondirons cette question dans le chapitre suivant.

[195] ZILLER J., « Le principe de subsidiarité », in J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), Traité de droit administratif européen, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 527-542.

proportionné de l'action, la clause de nécessité posant implicitement la question de la proportionnalité.

B. La consécration prétorienne

133. En l'absence de consécration textuelle, expresse ou tacite, de la subsidiarité dans la constitution, une reconnaissance jurisprudentielle du principe peut intervenir. La consécration prétorienne de la subsidiarité peut être, là encore, explicite, comme dans la jurisprudence de la Cour Suprême du Canada, ou implicite, comme dans celle de la Cour Suprême des États-Unis. Le principe de subsidiarité ne figure ni dans la constitution du Canada ni dans la constitution des États-Unis, du moins en tant que principe de régulation de l'exercice des compétences. Aussi le fédéralisme outre-Atlantique présente-t-il une spécificité par rapport au fédéralisme continental, allemand ou suisse. Il semblerait que celle-ci réside dans le caractère dualiste du fédéralisme américain qui suppose une séparation rigide entre les sphères de compétences, là où le fédéralisme coopératif de l'Allemagne ou de la Suisse met davantage l'accent sur le caractère partagé des compétences entre l'État fédéral et les États fédérés[196]. Le fédéralisme dualiste (qui tend néanmoins en pratique à s'assouplir au fil des ans) permet de comprendre l'absence de consécration, dans la constitution originelle, d'un mécanisme dynamique tel que le principe de subsidiarité. En effet, en tant qu'instrument de régulation de l'exercice des compétences, la subsidiarité implique un partage souple et évolutif des domaines de compétences, en fonction du contexte, des périodes et des besoins.

134. Dans la mesure où l'héritage dualiste du fédéralisme anglo-saxon tend à perdre de son influence — la pratique ayant démontré qu'il ne peut exister de compartiments étanches et de séparation absolument stricte des domaines de compétences — les Cours Suprêmes d'Amérique ont été amenées, lors des conflits opposant l'État fédéral aux États fédérés, à forger de nouveaux mécanismes permettant de réguler les interventions du premier pour prendre en considération l'autonomie et la diversité des seconds. En effet, afin d'éviter une centralisation excessive et assurer un certain équilibre fédéral, la Cour suprême du Canada (1) comme celle des États-Unis (2) appliquent, à leur raisonnement, une logique de subsidiarité qu'il s'agira de mettre en lumière.

---

[196] C'est pourquoi, en tant que principe de régulation de l'exercice des compétences, la subsidiarité s'applique aux compétences partagées ou concurrentes.

1. La jurisprudence de la Cour suprême du Canada

135. Le fédéralisme canadien n'a reconnu que tardivement la subsidiarité. L'absence de consécration formelle du principe dans la constitution du Canada[197] — le terme n'apparaissant nulle part dans les dispositions de la Loi constitutionnelle de 1867[198] — n'a toutefois pas empêché la Cour suprême de mettre en lumière l'importance du rôle joué par le principe de subsidiarité. Initialement la subsidiarité, dans sa fonction juridique de régulation de l'exercice des compétences[199], n'apparaissait pas adaptée au fédéralisme canadien qui reposait sur un modèle dualiste dans lequel le partage des compétences était régi par le principe d'exclusivité. En vertu de ce principe, un seul ordre de gouvernement, fédéral ou local, est compétent pour légiférer dans un domaine donné. Ce fédéralisme dit dual ou dualiste, s'il est aujourd'hui dépassé, permet d'expliquer le partage rigide des compétences opéré par la Constitution et l'absence d'un mécanisme souple de régulation de l'exercice des compétences. Le fédéralisme dualiste postule l'autonomie des ordres juridiques de sorte que les pouvoirs de chaque échelon constituent des compartiments séparés et étanches. Cette conception classique de la distribution des pouvoirs entre chaque ordre de gouvernement cherche à éviter les zones de contacts et les chevauchements entre les interventions fédérales et provinciales[200]. Dans un tel système, un principe de subsidiarité visant à réguler l'exercice des compétence n'est donc pas pertinent. L'expérience a toutefois démontré que des chevauchements étaient inévitables. Une conception pragmatique, plus moderne, du partage des compétences s'est imposée : le fédéralisme dit coopératif s'est substitué au fédéralisme dual des origines.

136. La Cour suprême a ainsi admis que le droit constitutionnel canadien permettait des interactions entre les pouvoirs fédéraux et provinciaux[201]. À l'heure actuelle, « la plupart des grands problèmes économiques et sociaux à propos desquels intervient l'État nécessitent en effet une intervention des deux niveaux de gouvernement »[202]. Pour autant, des législations

---

[197] BROUILLET E., Canadian Federalism and the Principle of Subsidiarity: Should We Open Pandora's Box? Supreme Court Law Review 54 S. C. L. R. (2d), 2011, 601-32 : « *the principle of subsidiarity is completely absent from the Canadian Constitution* ».

[198] *Ibid.*, « *the Idea of Subsidiarity (…) every federally based system shares something of the principle of subsidiarity, in the sense of 'subsidiarity-proximity'. The Canadian Federation is no exception* ».

[199] On oppose la fonction politique de la subsidiarité à la fonction juridique, la première guide le pouvoir constituant dans l'attribution et la répartition des compétences (selon une logique de proximité), la seconde, le législateur fédéral lorsqu'il entend légiférer dans un domaine dans lequel il est compétent. Seule la fonction juridique de la subsidiarité peut faire l'objet d'un contrôle juridictionnel.

[200] RYDER B., « The demise and rise of the Canadian federalism : Promoting Autonomy for the Provinces and first Nations» , Mc Gill Law Journal, 1991 vol 36 p. 308.

[201] *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, 1989, 1 RCS. 641, §59.

[202] AGUILON C., p.131.

qui se chevauchent, si elles ne sont pas complémentaires, peuvent rapidement entrer en conflit. En effet, une loi provinciale peut menacer les objectifs d'une loi fédérale. Dans cette dernière hypothèse, en application de la clause de l'article 91 de la Constitution, la loi fédérale doit avoir prépondérance sur la loi provinciale. L'application de la théorie de la prépondérance fédérale conduit ainsi à mettre en cause la législation provinciale. La question s'est donc posée de savoir « dans quelle mesure un conflit entre deux lois peut être interprété de façon restrictive afin de préserver la loi provinciale lors de l'application de la théorie de la prépondérance fédérale, conformément à l'esprit de la subsidiarité »[203]. En effet, la prépondérance qui justifie l'extension des compétences fédérales se présente comme un instrument de centralisation du fédéralisme canadien, là où le fédéralisme dualiste préservait les compétences provinciales, en limitant les chevauchements, les conflits de lois et, par conséquent, l'application de la théorie de la prépondérance. Aussi, l'évolution du fédéralisme dualiste vers un fédéralisme coopératif n'est-il pas étranger à l'avènement du principe de subsidiarité dans la jurisprudence[204] (a). Encore faut-il en préciser les spécificités par rapport à la subsidiarité européenne (b).

a. La consécration récente du principe de subsidiarité par la Cour Suprême

137. Si la reconnaissance de la subsidiarité par la Cour Suprême a été tardive, elle n'en est pas moins remarquable en l'absence de mention d'un tel principe dans la Constitution. D'autant plus qu'il s'agit d'une consécration explicite, le principe apparaissant en tant que tel dans la jurisprudence[205]. La décision *Spraytech*[206], rendue en 2001, peut être considérée comme la première consécration de ce principe. Dans ce jugement, la Cour affirme solennellement que nous sommes à une époque « où les questions de gestion des affaires publiques sont souvent examinées selon le principe de la subsidiarité. Ce principe veut que le niveau de gouvernement le mieux placé pour adopter et mettre en œuvre des législations soit celui qui est le plus apte à le faire, non seulement sur le plan de l'efficacité mais également parce qu'il est le plus proche des citoyens touchés et, par conséquent, le plus sensible à leurs besoins, aux particularités locales et à la diversité de la population »[207]. Cette phrase mérite d'être commentée car elle se révèle particulièrement riche en enseignements. Tout d'abord,

---

[203] *Ibid.*, p. 132.

[204] BROUILLET E., Canadian Federalism and the Principle of Subsidiarity: Should We Open Pandora's Box? Supreme Court Law Review 54 S. C. L. R. (2d), 2011, 601-32 : « *In the wake of this gradual transformation of dualist Canadian federalism into so-called cooperative federalism, the principle of subsidiarity has quietly appeared in the jurisprudence of the Supreme Court* ».

[205] BROUILLET E., Canadian Federalism, précité :« *the Supreme Court of Canada has referred explicitly to the principle of subsidiarity even though it is not found in the federation's formal constitutional structure* ».

[206] *Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] CSC 40.

[207] *Ibid.*, § 3.

l'on y trouve l'affirmation selon laquelle le principe de subsidiarité régit aussi bien l'édiction des législations (« adopter (…) des législations ») que leur mise en oeuvre (« mettre en oeuvre des législations »). La subsidiarité dépasserait, par conséquent, la sphère des compétences législatives pour embrasser celle de l'exécution. Cet élément est important car il fait appel au fédéralisme d'exécution qui sera étudié plus loin[208]. D'ailleurs, et c'est le deuxième élément, la Cour suprême fait référence aux deux dimensions traditionnelles de la subsidiarité, à savoir la subsidiarité-efficacité et la subsidiarité-proximité[209]. Enfin, le juge canadien n'hésite pas à faire référence aux concepts d'autonomie (« particularités locales ») et de diversité (« diversité de la population »). La mention des notions d'autonomie, de diversité et de proximité est remarquable car la Cour de justice, lorsqu'elle contrôle le respect du principe de subsidiarité, n'y fait jamais référence. En effet, le juge de l'Union privilégie l'efficacité et occulte les considérations relatives à l'autonomie, la diversité et la proximité.

138. La jurisprudence ultérieure a confirmé l'importance de la subsidiarité. Dans deux décisions de 2010, *Copa*[210] et *Reference re Assisted Human Reproduction Act*[211] la Cour Suprême a fait une référence expresse à la subsidiarité. Dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*[212], le juge canadien a déclaré que l'effet asymétrique de la doctrine de l'exclusivité des compétences peut aussi être considéré comme une menace au principe de subsidiarité selon lequel « le niveau de gouvernement le mieux placé pour [prendre des décisions est] celui qui est le plus apte à le faire, non seulement sur le plan de l'efficacité mais également parce qu'il est le plus proche des citoyens touchés ». En l'espèce, la Cour entendait mettre l'accent sur les dangers d'une tendance centralisatrice de l'interprétation constitutionnelle qui risquait « d'émerger involontairement d'une utilisation large de la doctrine de l'exclusivité des compétences ». En effet, cette doctrine qui a pour objet de « protéger les chefs de compétence fédérale contre les empiétements accessoires des législatures provinciales » comporte une asymétrie dans son application de sorte qu'elle « demeure inconciliable avec les besoins de flexibilité et de coordination du fédéralisme canadien contemporain ». C'est pourquoi, « une application extensive de la doctrine afin de protéger les chefs de compétence

---

[208] En vertu du fédéralisme d'exécution, ce sont les entités fédérées qui sont chargées d'exécuter le droit fédéral, ces dernières étant souvent plus efficaces que l'échelon fédéral (qui ne dispose pas toujours d'une administration fédérale très développée). De plus, les administrations locales étant plus proches des administrés, le fédéralisme d'exécution s'inscrit bien dans une logique de subsidiarité-proximité.

[209] Dans l'Union européenne, la subsidiarité-proximité est un principe plus symbolique que juridique puisqu'elle ressort du préambule. La subsidiarité-efficacité est en revanche consacrée à l'article 5.3 TUE. Si la première peut être considérée comme un principe politique, seule la seconde revêt un caractère juridique et contraignant.

[210] *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 2 RCS 536.

[211] *Reference re Assisted Human Reproduction Act,* 2010, S.C.J. No. 61, 3 S.C.R. 457 (S.C.C.).

[212] *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22.

fédéraux et les entreprises fédérales n'est ni nécessaire ni souhaitable dans une fédération où les provinces sont chargées d'adopter et d'appliquer un aussi grand nombre de lois visant à protéger les travailleurs, les consommateurs et l'environnement ». L'on peut également mentionner l'opinion dissidente du Juge Deschamps, dans la décision *Lacombe*, qui fait de ce principe constitutionnel non-écrit « une composante de notre fédéralisme, et de plus en plus de fédéralismes modernes ailleurs dans le monde »[213]. Encore faut-il préciser les spécificités de la subsidiarité canadienne par rapport à celle de l'Union.

b. Les spécificités de la subsidiarité canadienne

139. Selon C. Aguilon, la Cour Suprême a reconnu la subsidiarité comme « principe d'interprétation du partage des compétences en droit canadien »[214]. En tant que composante du fédéralisme canadien, la subsidiarité irrigue désormais les arrêts de la Cour suprême. Sans qu'il soit nécessaire de référencer toutes les occurrences de la subsidiarité dans la jurisprudence, l'on peut relever les principaux domaines dans lesquels ce principe est amené à jouer un rôle. À cet égard, la Clause « Paix Ordre et Bon Gouvernement » et la Clause de Commerce offrent au principe un champ d'application particulièrement pertinent.

La clause « Paix, Ordre et Bon gouvernement »

140. Le fédéralisme canadien semble dès l'origine avantager l'échelon fédéral, notamment sur le plan économique, car la compétence attachée au pouvoir de légiférer pour « la paix, l'ordre et le bon gouvernement » est confiée au niveau fédéral[215]. En matière économique, les Provinces devaient donc jouer un rôle purement local. Aux termes de l'article 91 de la Constitution, il est loisible « à la Reine (…) de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par la présente loi exclusivement assignés aux législatures des provinces ». L'autorité législative exclusive du législateur canadien s'étend aux matières tombant dans la liste des catégories énumérées au même article[216] tandis que les « pouvoirs exclusifs des législatures provinciales » — permettant aux législatures de chaque province de

---

[213] Québec (Procureur général) c. Lacombe, 2010 CSC 38.

[214] AGUILON C., p. 27. L'auteure estime qu'un usage comparable de la subsidiarité a été fait dans l'Union par l'Allemagne dans *Allemagne c. Conseil*, où l'Allemagne invoquait la subsidiarité en tant que principe d'interprétation et non à titre de moyen autonome : *Allemagne/Parlement* et Conseil, Affaire C-376/98, 5 octobre 2000.

[215] AGUILON C., Justice constitutionnelle et subsidiarité, l'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne, L'Harmattan, 2019,p. 25.

[216] La liste comporte 29 catégories comme la dette et la propriété publiques, la réglementation du trafic et du commerce, l'assurance-chômage, le service postal, le recensement et les statistique, la défense du pays, la navigation, le cours monétaire, les banques, les caisses d'épargne, les lettres de change, les brevets d'invention, les droits d'auteur, le mariage et le divorce, la loi criminelle etc….

faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories énoncées à l'article 92 — se bornent à une dimension locale[217]. Malgré l'absence de compétences concurrentes, la subsidiarité ascendante peut se déployer car la compétence du Parlement canadien peut s'étendre — via la théorie « Paix, ordre et bon gouvernement » — aux domaines de compétence relevant en principe des Provinces. C. Aguilon estime ainsi que « la comparaison de la doctrine 'paix, ordre et bon gouvernement' et du principe de subsidiarité demeure (…) valide dans la mesure où le juge exerce son pouvoir lors du contrôle de l'interprétation et de l'application de ces règles, dont l'indétermination a, en quelque sorte, pour effet d'ériger le juge au rang de véritable créateur du droit »[218]. Les différences entre le fédéralisme canadien et la système de l'Union ne sont donc pas des obstacles à une étude comparative. L'auteure voit ainsi dans la clause « Paix, Ordre et Bon Gouvernement » un mécanisme de subsidiarité proche du principe de subsidiarité consacré à l'article 5.3 TUE[219].

141. La comparaison entre la subsidiarité du traité de Maastricht et la Clause Paix, Ordre et Bon Gouvernement est pertinente car les deux mécanismes reposent sur une dynamique ascendante permettant de ne pas figer le partage des compétences grâce à une interprétation évolutive. En effet, l'échelon fédéral peut intervenir pour assurer la paix, l'ordre ou le bon gouvernement grâce aux compétence résiduelles qu'il détient. Il peut également le faire grâce à la théorie dite de « l'intérêt national » — en vertu de laquelle une matière relevant de la compétence des Provinces qui dépasserait une dimension locale autorise une intervention fédérale — et la théorie de « l'urgence » qui permet, dans des hypothèses exceptionnelles et de façon temporaire, de suspendre la répartition habituelle.

142. Selon la théorie dite de l'intérêt national ou des dimensions nationales, le législateur fédéral devrait intervenir dans les domaines présentant un intérêt pour la Fédération. En outre, en cas de conflit entre une loi fédérale et provinciale, la première doit primer même lorsque l'intervention de la Province est valide. La Cour Suprême a dégagé cette théorie très tôt car elle était présente, dès 1896, dans l'affaire des prohibitions locales[220]. Elle a cependant reçu sa formulation actuelle en 1946[221]. Dans l'affaire des prohibitions locales, il était déjà souligné que « certaines matières à l'origine locales et provinciales » peuvent « atteindre des proportions telles qu'elles affecteraient le corps politique du Dominion, permettant ainsi au Parlement canadien d'adopter des lois en vue de leur réglementation ou abolition dans l'intérêt

---

[217] L'article 92 énumère ainsi 16 matières revêtant un aspect purement local ou privé de la Province.

[218] AGUILON C., Justice constitutionnelle et subsidiarité, précité,…p. 29.

[219] *Ibid.,* p. 42.

[220] *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348.

[221] *Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193.

du Dominion ». La théorie de l'intérêt national justifie, aux yeux de la Cour, l'exercice de la compétence fédérale en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement car elle se fonde sur une interprétation « fonctionnelle » du partage des compétences. La compétence législative est en fonction de la dimension du problème local ou national. Dans l'arrêt Crown Zellerbach Canada Ltd[222], la Cour a estimé que des matières locales pouvaient présenter un intérêt national lorsque les Provinces se montraient incapables à les régir. Il s'agit bien d'une logique de subsidiarité ascendante telle qu'elle se déploie dans le cadre de l'Union européenne où l'action de l'Union est justifiée lorsque la capacité d'action des États est défaillante.

142. La deuxième théorie qui peut justifier l'intervention du législateur fédéral est celle de l'urgence. La Cour a présenté cette théorie dans un arrêt de 1923[223]. L'urgence permet une intervention fédérale dans les domaines de compétence relevant des Provinces pour prévenir ou résoudre une crise grave (guerre, épidémie ou insurrection). Cette théorie peut s'appliquer également en temps de paix en cas de crise économique grave. Dans ces situations d'urgence, si l'échelon fédéral bénéficie de larges pouvoirs, ces derniers sont transitoires. À la différence de l'intérêt national, la théorie de l'urgence a vocation à s'appliquer temporairement. Ces théories présentent néanmoins toutes deux un caractère dynamique qui les fait se rapprocher du mécanisme de subsidiarité tel que le connait l'Union. Selon C. Aguilon, « la théorie de l'urgence se rapproche du principe de subsidiarité en ce qu'elle est d'application limitée dans le temps. C'est un principe dynamique dont la justification doit sans cesse être réexaminée au regard du contexte nouveau »[224]. Dans le contexte européen, la subsidiarité est un principe réversible qui permet à l'Union de se retirer dès lors que son action n'est pas nécessaire.

143. Quant à la théorie de l'intérêt national, son caractère dynamique réside non pas dans son caractère temporaire mais dans le fait qu'elle permet à la Cour de constater de nouvelles compétences fédérales. Aussi présente-t-elle également un caractère évolutif. Sous l'angle de la subsidiarité, la théorie de l'intérêt national présente toutefois une limite : sa dynamique est orientée dans un sens strictement ascendant, contrairement à la subsidiarité européenne. En effet, l'intérêt national n'a « jamais permis la restitution de domaines de dimension nationale aux provinces et il reste peu probable qu'il le puisse un jour. (…)Dans la mesure où elle permet une attribution définitive de compétence au pouvoir fédéral, la théorie de l'intérêt national est parfois considérée comme un accroc sérieux au fédéralisme ». Aussi, la Cour

---

[222] *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.,* [1988] 1 S.C.R. 401.

[223] *Fort Frances Pulp and Paper Co. v Manitoba Free Press Company,* [1923] A.C. 695

[224] AGUILON C., Justice constitutionnelle, précité,…p. 80.

suprême doit-elle appliquer cette doctrine avec prudence afin de tenir compte de l'autonomie des Provinces et éviter un accroissement injustifié des compétences du législateur fédéral.

La clause de Commerce

144. La même logique de subsidiarité imprègne la Clause de commerce qui autorise le législateur fédéral à agir dans un domaine ne relevant pas de sa compétence exclusive. Encore peut-il seulement intervenir si l'intervention est indispensable à la réalisation de l'objectif. À l'instar de l'Union européenne et des États-Unis, le fédéralisme canadien connait un marché commun[225]. Il a déjà été indiqué que la Constitution qui confère au législateur fédéral, dans le domaine économique, des compétences spécifiques n'attribue que des compétences limitées aux Provinces. En vertu de l'article 91.2 de la Loi constitutionnelle, le législateur fédéral dispose d'une compétence exclusive en matière de « réglementation du trafic et du commerce ». En matière de clause de commerce, la Cour Suprême canadienne a semblé, un temps, s'inspirer de la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis — qui avait interprété la clause de commerce dans un sens favorable au pouvoir fédéral — avant de conférer un sens plus étroit à cette dernière. La question de l'intégration économique pose un véritable problème au fédéralisme dans la mesure où la poursuite de ce processus peut porter atteinte aux compétences législatives des États fédérés et remettre en cause leur autonomie. De son coté, bien qu'elle ne soit pas un État fédéral, l'Union est confrontée à une problématique identique. À cet égard, la subsidiarité apparait comme un instrument de régulation indispensable dans la mesure où ce principe justifie l'intervention de l'échelon supérieur seulement si celle-ci s'avère nécessaire à la réalisation de l'objectif poursuivi.

145. Dans un arrêt de 1989[226], la Cour Suprême est revenue sur la distinction selon laquelle les Provinces ont une compétence en matière de commerce local et le législateur fédéral en matière de commerce national et d'échanges en estimant que « le fait qu'une loi fédérale puisse avoir des ramifications sur le commerce dans une seule province ne sera pas fatal à la validité de cette loi. Toute loi générale aura forcément des répercussions locales et il serait absurde d'invalider des lois pour cette seule raison ». En l'espèce, le Québec avait pourtant fait valoir un point de vue différent. Tout en admettant que « la compétence en matière d'échanges et de commerce confère au gouvernement fédéral le pouvoir de réglementer la concurrence au sein de l'économie nationale », il prétendait que « seuls les aspects internationaux ou interprovinciaux de la concurrence devraient relever de la compétence fédérale alors que les aspects intraprovinciaux ou locaux de la concurrence

---

[225] Voir le titre VIII de la Constitution : Revenus, dettes, actifs, taxe.

[226] *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing,* [1989] 1 R.C.S. 641.

devraient relever de la compétence provinciale ». Plus récemment[227], amenée à se prononcer sur l'existence d'une compétence législative de l'État fédéral en matière de règlementation des valeurs mobilières, la Cour a déclaré que « le rôle historique des gouvernements provinciaux dans le champ de la réglementation des valeurs mobilières ne fait pas obstacle à la prétention du gouvernement fédéral selon laquelle il est compétent pour réglementer ce secteur d'activités ». Le juge fédéral a toutefois ajouté que le Canada devait « démontrer que la Loi, considérée dans son ensemble, aborde des matières qui transcendent les intérêts de nature locale et provinciale ». L'État fédéral soutenait qu'en ce domaine, l'évolution de l'activité économique avait « évolué au point qu'il doive dorénavant être réglementé en vertu d'un autre chef de compétence ». Le Canada avait démontré que certains aspects du marché des valeurs mobilières avaient une portée nationale en ce qu'ils touchaient l'ensemble du pays. Pour autant, la Cour a estimé que « considérée dans son ensemble, la loi proposée vise principalement à protéger les investisseurs et à assurer l'équité des marchés des capitaux en réglementant la conduite au quotidien des émetteurs et des autres participants au marché des valeurs mobilières. Or, ces matières sont considérées depuis longtemps comme des questions locales qui relèvent du pouvoir législatif des provinces en matière de propriété et de droits civils sur leur territoire ». Aussi, après avoir constaté que le Canada n'avait pas démontré que « le marché des valeurs mobilières a changé au point que la réglementation de tous les aspects du commerce des valeurs mobilières relève désormais du volet général du pouvoir du Parlement en matière de trafic et de commerce », la Cour a conclu que la loi ne relevait pas du pouvoir général en matière de trafic et de commerce. Cette affaire montre le souci du respect de l'autonomie et des compétences des Provinces. À cet égard, le jugement Renvoi relatif à la loi sur les valeurs mobilières mérite d'être salué car il démontre la capacité du juge fédéral à activer la subsidiarité descendante. Pour autant, cet arrêt ne saurait occulter le fait que l'application de la clause de commerce s'est faite, le plus souvent, dans un sens favorable au législateur fédéral au détriment des compétences des Provinces.

2. La jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis

146. Le principe de subsidiarité n'a jamais figuré dans la Constitution des États-Unis, faute d'avoir été introduit par les Pères fondateurs dans la Constitution fédérale de 1787 ou ses amendements successifs[228]. Par ailleurs, contrairement à la Cour suprême du Canada, la

---

[227] *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, [2011] 3 R.C.S. 837.

[228] Le professeur V. Constantinsco rappelle toutefois que la constitution des États-Unis d'Amérique ne prononce pas davantage le mot « fédéral ». Aussi peut-on se demander si la peur du « F-Word » n'animait pas déjà les rédacteurs de celle-ci. Constantinesco, V., Le fédéralisme : d'un anti-étatisme à un a-étatisme ?. *L'Europe en Formation*, 355(1), 41-52.

Cour suprême des États-Unis n'a jamais fait expressément référence à la subsidiarité dans ses arrêts. Pour autant, étant donné que ce principe est inhérent au fédéralisme et que le fédéralisme est né aux États-Unis, la subsidiarité imprègne la jurisprudence, tant dans son aspect ascendant que descendant. Dans la mesure où la question de l'intégration économique est essentielle pour les États fédéraux[229], comme pour l'Union européenne[230], c'est sous cet angle que la présente étude abordera l'application de la subsidiarité par le juge fédéral. À cet égard, et pour reprendre une distinction désormais classique[231], la dynamique de la subsidiarité se déploie aussi bien dans l'intégration négative (a) que l'intégration positive (b).

a. La subsidiarité dans l'intégration négative

147. À l'instar des libertés de circulation qui, dans l'Union, ont pour objet d'abolir les entraves au fonctionnement du marché intérieur — entendu comme un espace économique intégré[232] — la Clause de Commerce vise à interdire les entraves étatiques aux échanges. Ces interdictions sont susceptibles de restreindre l'autonomie législative des États fédérés. Aussi l'application de la Clause de Commerce appelle-t-elle un raisonnement fondé sur une logique de subsidiarité. La Clause de commerce que l'on retrouve aussi bien dans la Constitution des États-Unis que dans celle du Canada a joué, dans la jurisprudence du juge américain, un rôle considérable dans l'intégration économique de la fédération. Alors que le caractère ascendant de la Clause de commerce semblait moins marqué dans la Constitution américaine que dans la Loi constitutionnelle canadienne, en raison de sa formulation plus restrictive[233], la Cour Suprême des États-Unis lui a conféré une portée extensive et une interprétation beaucoup plus large que celle qui fut donnée à son équivalent canadien. Si l'on devait comparer le rôle joué

---

229 GELY M.-L., Le rôle de la Cour suprême dans la répartition des compétences au Canada, Montpellier, 1998, 1238. p.

230 L'Union poursuit un processus d'intégration très poussé car au marché commun s'ajoute l'Union économique et monétaire.

231 TINBERGEN J., International Economic Integration, Elsevien, 1954 ; PINDER J., « Positive Integration and Negative Integration: Some Problems of Economic Union in the EEC », World Today, n° 24, 1968, p. 90. En résumé, la construction d'un marché économique (commun, unique, intérieur selon les terminologies) repose sur un *double processus,* négatif et positif : l'intégration dite « négative » vise à abolir les entraves aux échanges inter-étatiques (*via* la promotion des libertés de circulation des biens et des personnes) en *interdisant* aux Etats d'ériger des obstacles aux libertés fondamentales du marché et de fausser la concurrence. L'intégration « positive » a pour objet l'*harmonisation* des réglementations étatiques - afin de dépasser la persistance des obstacles au commerce et aux échanges - en ce qu'elle vise à définir des *standards communs* à tous les Etats. L'on retrouve ces deux types d'intégration dans l'Union européenne.

232 ORTINO F., Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: a Comparative Analysis of EC and WTO Law, Hart, 2004, p. 17.

233 On peut comparer l'article 91 de la Constitution canadienne à la 3e clause de l'article I, section 8, de la Constitution américaine qui confère une compétence au Congrès pour « réglementer le commerce avec les nations étrangères, entre les divers États, et avec les tribus indiennes ».

par la Clause de commerce dans l'intégration du marché américain, c'est aux libertés de circulation des traités européens qu'il faudrait faire appel.

148. Si la Constitution interdit les droits de douane entre les États fédérés, elle ne comporte pas de dispositions prévoyant l'élimination des entraves aux échanges comparables aux libertés fondamentales du marché européen[234]. Malgré le mutisme de la constitution, la Cour Suprême a interprété la Clause de commerce de façon extensive afin d'interdire aux États d'entraver le commerce, les échanges inter-étatiques et les libertés de circulation sur le marché. Alors même que la Clause de commerce se borne à affirmer la compétence (positive) du Congrès pour réglementer le commerce inter-étatique[235], la Cour a tiré de cette disposition, *via* une interprétation *a contrario*, un aspect négatif visant à limiter la capacité des États à porter atteinte au commerce dans l'exercice de leurs pouvoirs réglementaires. L'interdiction des entraves aux échanges est une doctrine prétorienne désignée par l'expression *dormant commerce clause* ou *negative commerce clause*. À la différence de l'Union, les règles constitutionnelles relatives à l'intervention des États fédérés sur le commerce inter-étatique ne sont pas fondées sur un texte mais ont été « inférées par le pouvoir judiciaire de l'existence d'une compétence fédérale en matière commerciale »[236]. Contrairement aux libertés fondamentales du marché européen, la *Dormant commerce clause* n'est « qu'un sous-produit de l'attribution au Congrès du pouvoir de réglementer le commerce »[237]. Cette doctrine trouve sa source dans la volonté de la Cour de préserver le droit fédéral, plus que dans celle des Pères fondateurs, ces derniers n'ayant jamais mentionné de telles interdictions. L'interprétation extensive à laquelle la Cour s'est livrée a été critiquée pour son biais centralisateur. On a reproché au juge américain de se montrer favorable à davantage de centralisation et de fragiliser ainsi le fédéralisme et l'autonomie des États fédérés[238].

149. Le premier arrêt a avoir évoqué la D*ormant commerce clause* date de 1824[239]. Si cette doctrine concerne essentiellement les obstacles au commerce des biens[240] elle peut aussi

---

[234] Il s'agit des libertés de circulation des marchandises, des services, des capitaux et des personnes.

[235] Aux termes de l' article I, section 8, clause 3 de la Constitution *: « The Congress shall have power to (…) regulate commerce with foreign nations, and among the several states, and with the Indian tribes »*.

[236] POIARES MADURO M., « La Cour de justice de l'Union européenne et la Cour Suprême des Etats-Unis face à l'entrave », in L'entrave dans le droit du marché intérieur, L. AZOULAI (dir.), Bruylant, 2011, p. 261.

[237] *Ibid,* p. 280.

[238] PORTUESE A., Le Principe d'efficience économique dans la jurisprudence européenne, précité, p. 149 ; Kramer, L. (2000). Putting the Politics Back Into the Political Safeguards of Federalism. *Columbia Law Review*. Vol.100, pp.215-293.

[239] *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. (9. Wheat.)1824. Voir aussi : 27 U.S. 245 (1829).140. 53 U.S. 299 (1852).

[240] *Welton v. Missouri*, 91 U.S. (1 Otto) 275 1875 ; *Pike v. Bruce Church, Inc.,* 397 U.S. 137 1970.

être mobilisée en matière de services[241], d'établissement[242] et de mobilité des personnes[243]. L'élaboration de la *Dormant commerce clause* s'inscrit dans une logique de subsidiarité ascendante. L'indétermination de la clause initiale, telle qu'elle figure dans les dispositions lacunaires de la Constitution, laisse une marge d'interprétation au juge chargé d'en assurer le respect. Dans la mesure où la fédération américaine était dans ses premières années d'existence menacée par les velléités des États fédérés, la Cour, consciente du risque que présentaient les compétences législatives de ces derniers, a étendu, par l'intermédiaire de son *Chief justice* J. Marshall, la portée de la clause au-delà de sa lettre. Si l'intégration négative repose, aux États-Unis comme en Europe, sur des textes plus ou moins élaborés, ce sont les juges qui ont permis à ces dispositions de prospérer en adoptant une approche *extensive* des instruments textuels. L'interprétation de ces dispositions n'est jamais neutre car elle implique « des choix relatifs à la répartition des compétences » entre les États et l'Union[244].

151. Une partie de la doctrine américaine considère que la *Dormant commerce clause* incarne la subsidiarité à l'américaine[245]. Ces auteurs mettent l'accent sur l'aspect descendant du principe lorsque le juge refuse d'invalider une législation locale en considérant qu'elle ne porte pas atteinte à la Clause de commerce. Pour autant, le caractère ascendant de la subsidiarité ne doit pas être occulté car en interdisant aux États de faire indûment obstacle aux échanges, la Cour est amenée à examiner la constitutionnalité des lois étatiques. L'application (matérielle) de la *Dormant commerce clause* a fatalement une incidence sur la répartition (institutionnelle) des compétences car en contrôlant les mesures susceptibles de porter atteinte au commerce, la Cour s'immisce dans l'exercice des compétences législatives. Il existe donc une tension entre le principe fédéral de répartition des compétences et la *Dormant commerce clause* car si la prohibition a l'apparence d'une règle « matérielle », à l'instar des libertés de

---

241 *Eli Lilly & Co. v. Sav-On-Drug*s, Inc., 366 U.S. 276 1961.

242 *Exxon Corp. v. Governor of Maryland,* 437 U.S. 117 1978.

243 *White v. Massachusetts Council of Construction Employers, Inc.,* 460 U.S. 204, 103 S. Ct. 1042 1983. La jurisprudence en ce domaine est toutefois beaucoup plus rare qu'en matière de libre circulation des marchandises.

244 POIARES MADURO M., « La Cour de justice de l'Union européenne et la Cour Suprême des Etats-Unis face à l'entrave », in L'entrave dans le droit du marché intérieur, L. AZOULAI (dir.), Bruylant, 2011, p.259.

245 CALABRESI S. G.; BICKFORD L. D. Federalism and Subsidiarity: Perspectives From U.S. Constitutional Law. In: FLEMING, James E. & LEVY, Jacob T. (Eds.). Nomos LV: Federalism and Subsidiarity. New York University Press, 2014 : « *The four areas of current Supreme Court case law that enforce subsidiarity include Congress's enumerated lawmaking powers; the dormant Commerce Clause; intergovernmental immunities and preemption; and federal jurisdiction case law. In each area, fleshing out the subsidiarity idea with an open consideration of the Economics of Federalism could help to clarify the law* » ; *«U.S. Supreme Court's case law involving (…)the dormant Commerce Clause(…) suggests that there is judicial enforcement of subsidiarity in present-day U.S. constitutional law.* »

circulation, elle possède en réalité « une double dimension, matérielle et institutionnelle »[246]. L'empiètement sur les compétences étatiques peut être tel qu'il peut conduire à une *harmonisation* prétorienne des législations étatiques.

152. Une application rigoureuse de la *Dormant commerce clause* peut remettre en cause l'autonomie législative des États ainsi que la diversité sur le marché. Si, comme l'affirme la Cour, l'application de celle-ci doit assurer le maintien d'une union nationale économique et l'autonomie de chaque État dans son domaine de compétences[247], sa jurisprudence a surtout été marquée par le premier objectif. Du moins était-ce le cas au début. La *Dormant commerce clause* n'a pas fait l'unanimité parmi les juges[248]. Les juges C. Thomas, A. Scalia[249] et R. Taney[250] ont estimé que cette doctrine violait la répartition des compétences et qu'aucune théorie ne permettait de légitimer l'approche extensive de la Cour qui s'était octroyée un pouvoir politique[251]. Ni la théorie des compétences exclusives ni celle de la préemption, favorables à l'extension des pouvoirs du législateur fédéral, ne semblent en effet justifier cette doctrine. Néanmoins, selon une interprétation téléologique, il est loisible de considérer que l'attribution d'une compétence au Congrès — réglementation du commerce — résulte de la volonté des Pères fondateurs de cesser la guerre économique entre les États de sorte que l'on peut voir dans la clause de commerce « une interdiction implicite adressée aux États »[252]. Le juge fédéral est ainsi porté à faire usage d'une interprétation téléologique des compétences

---

[246] MARZAL YETANO A., La dynamique du principe de proportionnalité, Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne, Institut Universitaire Varenne, 2014, p.383.

[247] *Healy v. Beer Institute, Inc*., 491 U.S. 324, 335-336 (1989) : *« the Constitution's special concern both with the maintenance of a national economic union unfettered by state-imposed limitations on interstate commerce and with the autonomy of the individual States within their respective spheres »*.

[248] Les juges Scalia et Thomas se sont montrés très critiques à l'égard de la dormant commerce clause. V. par ex : opinions dans Jefferson Lines, Inc., 514 U.S., Bendix Autolite Corp., 486 U.S. ; United Haulers Assn, 550 U.S. 330, Camps Newfound, 520 U.S. 564, Pharmaceutical Research, 538 U.S.; Hillside Dairy, Inc., 539 U.S. ; American Trucking Assns., Inc. 545 U.S. ; G.W. Davies, 553 U.S. Pour une étude plus approfondie : JEANNE A, L'intégration négative des marchés aux Etats-Unis et dans l'Union Européenne, p.449.

[249] Tyler Pipe Industries v. Department of Revenue, 483 U.S. 232 (1987) ; Itel Containers Int'l Corp. v. Huddleston, 507 U.S. 60(1993).

[250] Thurlow v. Massachusetts; Fletcher v. Rhode Island; Peirce v. New Hampshire, 46 U.S. 504 (1847).

[251] Camps newfound/Owatonna, Thomas, J., dissenting : « *The majority's interpretation of the letter is anachronistic. There is nothing in the letter to suggest that Madison had in mind the "negative" Commerce Clause we have created which supposedly operates of its own force to allow courts to invalidate state laws that affect commerce. Rather, Madison's reference to the Clause as granting a "power" strongly suggests that he was merely asserting that the Convention designed the Clause more to enable "the General Government," namely, Congress, to negate state laws impeding commerce "rather than as a power to be used for the positive purposes of the General Government.* »

[252] JEANNE Aimé, L'intégration négative des marchés aux Etats-Unis et dans l'Union, précité,… p.516.

fédérales afin d'asseoir l'autorité et favoriser l'efficacité du droit fédéral[253]. On retrouve une approche similaire dans la jurisprudence de la Cour de justice[254].

b. La subsidiarité dans l'intégration positive

153. À l'instar du parallélisme, en matière d'intégration négative, entre les libertés de circulation et la *Dormant commerce clause,* on retrouve en matière d'intégration positive une logique similaire entre les dispositions des traités permettant au législateur européen d'harmoniser les dispositions nationales afin de favoriser le bon fonctionnement du marché intérieur et la *Commerce clause* (positive) qui octroie une compétence au Congrès pour réglementer le commerce inter-étatique. Bien que la subsidiarité ne figure pas dans la constitution, la Cour Suprême veille au respect des compétences législatives des États fédérés en contrôlant les interventions du Congrès sur la base de la Clause de commerce. À cet égard, il est intéressant de relever qu'après la parenthèse du *New Deal,* la jurisprudence de la Cour Suprême a été régulièrement dénoncée comme portant atteinte à l'autonomie des États fédérés. En validant les interventions du législateur fédéral, sur le fondement de la Clause de commerce, la Cour favorise la remise en cause des compétences législatives des États fédérés et encourage la centralisation du fédéralisme américain. Par deux décisions relativement récentes, l'arrêt *Lopez* de 1995 et l'arrêt *Morrisson* de 2000, la Cour Suprême a toutefois surpris les commentateurs en démontrant sa capacité à réactiver la subsidiarité descendante.

154. L'arrêt *United States v. Lopez*[255] de 1995, abondamment commenté par la doctrine américaine, constitue un tournant majeur dans la jurisprudence. Par cette décision, rendue en 1995, la Cour a déclaré inconstitutionnelle la législation fédérale qui prohibait le port d'armes dans les zones situées à proximité des écoles. Célébré par certains auteurs et critiqué par une autre partie de la doctrine, l'arrêt fut interprété comme une résurgence du fédéralisme dualiste[256]. En jugeant que le Congrès avait outrepassé ses pouvoirs en vertu de la Clause de commerce et, partant, en invalidant son intervention, la Cour Suprême a, semble-t-il, cherché à assurer une répartition des compétences entre la fédération et les États fédérés conforme à celle que la Constitution avait consacrée.

---

[253] DUBEY B., La répartition des compétences au sein de l'Union européenne à la lumière du fédéralisme suisse : systèmes, enjeux et conséquences, Paris, LGDJ, 2002, p.430-432.

[254] PESCATORE P., «Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la cour de justice – Contribution à la doctrine de l'interprétation téléologique des traités internationaux », in Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch, tome III, Bruylant, LGDJ, 1972, p. 325

[255] *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549, 583 (1995).

[256] YOUNG E.A., *The Puzzling Persistence of Dual Federalism*, *in* Federalism and Subsidiarity 34, 66 (James E. Fleming & Jacob T. Levy eds., 2014

155. L'on peut également voir dans cette décision, une application de la subsidiarité (descendante)[257]. Cette dernière approche présente l'avantage d'offrir une grille de lecture plus souple que la doctrine du *fédéralisme dual* qui semble largement dépassée en raison des inévitables chevauchement de compétences. De plus, des arrêts ultérieurs ont démenti le retour du fédéralisme dual[258]. La subsidiarité, en revanche, par son aspect dynamique permet d'expliquer les évolutions de la jurisprudence, dans un sens ascendant ou descendant, en fonction du contexte et des enjeux. Répondant à un article de G. Bermann de 1994, certains auteurs ont affirmé que le « judicial review » de la Cour Suprême dans l'affaire *Lopez* pouvait être assimilé à une forme de contrôle juridictionnel de la subsidiarité[259]. Dans l'article en question, G. Bermann soutenait que l'idée de subsidiarité était totalement étrangère au droit constitutionnel américain puisque la Cour suprême semble traiter les questions de fédéralisme comme des questions politiques et non comme des questions juridiques. Les auteurs américains ont ainsi estimé que la Cour suprême avait, par son arrêt *Lopez,* démenti l'analyse de G. Bermann et prouvé qu'elle était en mesure de contrôler le respect de la subsidiarité[260].

156. L'arrêt *Lopez* est remarquable dans la mesure où la Cour a consenti à annuler une loi du Congrès (*Gun-Free School Zone Act*) prise en vertu de la clause de commerce, après une longue période *post-New Deal* largement complaisante à l'égard du législateur fédéral. La Cour Suprême, sous la présidence du juge Rehnquist, entendait ainsi mettre fin au fédéralisme *marshallien,* jugé trop favorable à l'État fédéral, en posant des limites claires au Congrès. Considérant que le laxisme de la jurisprudence antérieure n'avait pas permis de limiter le pouvoir fédéral, même dans les domaines dans lesquels les États sont souverains, la Cour s'est attachée à remédier à cette lacune afin de remplir la mission qui est la sienne : assurer l'équilibre fédéral entre les deux niveaux de gouvernement[261]. Le juge fédéral a ainsi invalidé une législation qui constituait comme délit fédéral le port d'une arme à feu, à proximité des

---

[257] CALABRESI S. G.; BICKFORD L. D. *Federalism and Subsidiarity: Perspectives From U.S. Constitutional Law* in Federalism and Subsidiarity 34, 66 (James E. Fleming & Jacob T. Levy eds., 2014).

[258] *Gonzales v.Raich* ,545 U.S. 1(2005).

[259] CALABRESI S. G.; BICKFORD L. D. *Federalism and Subsidiarity, précité.*

[260] Ibid. *« the correct legal response to the demands of subsidiarity is constitutional federalism enforced through substantive judicial review. Thus, federalism and subsidiarity are interrelated themes. Our argument builds on an important 1994 law review article by George A. Bermann titled 'Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States' Professor Bermann argued, as we do, for taking subsidiarity very seriously, but we strongly disagree with two of his claims. First, Bermann argues that the European Court of Justice should mainly enforce subsidiarity in the EU by forcing policy makers to establish the need for EU-wide laws. We think Bermann's approach is too deferential and that the EU would benefit from more vigorous substantive enforcement of subsidiarity. Second, Bermann argues that the subsidiarity idea is totally foreign to U.S. constitutional law and that the U.S. Supreme Court treats federalism issues as if they raise political questions. (…) The Supreme Court proved Bermann wrong only a year later with United States v. Lopez ».*

[261] Voir notamment les opinions des juges O'Connor et Kennedy.

écoles, considérant que le lien avec la Clause de commerce sur laquelle le législateur fédéral s'était fondé pour exercer sa compétence n'était pas avéré. Si certains juges ont critiqué dans des opinions dissidentes l'approche de la Cour qui consistait, selon à eux, à se substituer au législateur fédéral en s'attachant à vérifier la « nécessité » de son intervention[262], la Cour Suprême a confirmé, par un second arrêt, sa nouvelle approche plus soucieuse du respect de l'autonomie des États fédérés.

157. L'arrêt *Morrison*[263], rendu cinq ans *Lopez*, conforte la thèse selon laquelle la Cour entend désormais encadrer plus strictement le législateur fédéral lorsqu'il intervient sur le fondement de la Clause de commerce. Dans cette décision, le juge fédéral a déclaré invalide une loi prévoyant, pour les femmes violées ou battues, des recours en justice devant les tribunaux fédéraux *(Violence Against Women Act)*. En annulant une législation fédérale ayant pour objet la protection des *civil rights,* le juge entendait faire savoir que le Congrès avait outrepassé ses compétences en intervenant sur la base de la Clause de commerce dans un domaine qui présentait, à ses yeux, un lien insuffisant avec le commerce. La doctrine a dans son ensemble critiqué la décision, estimant que la loi sur les droits civils entrait dans les compétences de l'État fédéral et que le Congrès aurait dû pouvoir adopter cette mesure[264].

158. L'arrêt *Morrison* illustre donc, de façon peu louable, la mise en oeuvre de la subsidiarité descendante. Des auteurs ont pu regretter la nouvelle tendance de la Cour à faire prévaloir la nécessité de protéger la souveraineté des États sur les considérations liées à la protection des droits des individus[265]. De toute évidence, dans l'affaire *Morrison,* le juge était davantage préoccupé par le sort de l'autonomie des États fédérés que celui des particuliers[266]. En invalidant une législation fédérale dont l'objet était précisément de protéger les droits

---

[262] Dans un système fédéral, l'argument du respect du législateur est relativisé et concurrencé par celui du respect des compétences des Etats fédérés. Un contrôle juridictionnel marginal du législateur fédéral revient à valider des empiètements d'un niveau de gouvernement sur la sphère de compétences de l'autre niveau.

[263] *United States v. Morrison,* 529 U.S. 598, 626 (2000).

[264] CALABRESI S. G.; BICKFORD L. D. *Federalism and Subsidiarity: Perspectives From U.S. Constitutional Law* in Federalism and Subsidiarity 34, 66 (James E. Fleming & Jacob T. Levy eds., 2014).

[265] ZOLLER E. (2003) "Congruence and Proportionality for Congressional Enforcement Powers: Cosmetic Change or Velvet Revolution?," Indiana Law Journal: Vol. 78: Iss. 1, Article 14.

[266] *Ibid* : Selon l'auteure « *Curiously, in none of the cases previously mentioned did the Court apply the balancing test of proportionality for the benefit of individuals. Clearly (…) the Court was not concerned with the impact of congressional action on individual rights. The real and sole concern of the Court was the negative impact of congressional enactments on States rights. What apparently was under threat for the majority was the fate of the seminal 'doctrine of coordinate sovereignty that ..place[s] limits on even the enumerated powers of the National Government in favor of protecting States prerogatives'. The Court had long looked for a principled way to rescue this doctrine that still is, for better or for worse, the genius of American federalism* ».

individuels, la Cour s'est attachée à promouvoir les « droits fondamentaux » des États[267] au détriment des droits fondamentaux des particuliers. La subsidiarité descendante peut donc avoir pour effet de privilégier les États au détriment des individus, ce qui démontre, si besoin est, que l'échelon étatique n'est pas toujours le plus apte à défendre les intérêts des citoyens.

159. Il est intéressant de noter qu'un auteur comme G. Bermann refuse de voir dans cette jurisprudence une application, même tacite, de la subsidiarité. Il y voit en revanche l'exercice d'un contrôle de proportionnalité[268], ce dernier principe étant moins politique que la subsidiarité, et donc plus efficace, pour protéger l'autonomie des États. Cet auteur affirme que si la Cour semble mettre en oeuvre un raisonnement fondé sur la subsidiarité dans la mesure où elle remet en cause la nécessité d'une législation fédérale, il s'agit, en réalité, d'une application de la proportionnalité, la méthode *means-end* qui ressort de son raisonnement étant caractéristique d'un test de proportionnalité. La Cour augmenterait l'intensité de son contrôle de proportionnalité chaque fois que la législation fédérale porterait atteinte aux domaines relevant de la sphère de compétences des États. Cette attitude reflète les préoccupations relatives à la nécessité de sauvegarder les prérogatives étatiques[269]. Dans cette optique, le principe de proportionnalité est un puissant instrument de protection du fédéralisme. Or, la proportionnalité est souvent rapprochée, sinon confondue, avec le principe de subsidiarité, à condition de retenir une acception large de ce dernier principe.

Paragraphe 2. L'acception large de la subsidiarité

160. Aussi brève soit-elle, l'analyse comparative du principe de subsidiarité, sous l'angle du fédéralisme constitutionnel, justifie une approche large de la subsidiarité européenne. Il ressort tout d'abord que la subsidiarité peut faire l'objet d'une reconnaissance expresse, qu'il s'agisse comme en Suisse d'une consécration dans le texte constitutionnel ou, comme au Canada, d'une reconnaissance dans la jurisprudence. D'ailleurs, on remarquera que la reconnaissance fédérale du principe de subsidiarité, qu'elle soit textuelle ou prétorienne, est toujours relativement tardive puisqu'elle est postérieure, dans les deux cas mentionnés, à l'insertion du principe de subsidiarité dans le droit primaire de l'Union. Pour autant, l'absence

---

[267] *Ibid*. L'auteure relève que la Cour Suprême semble *« discover that states too had rights just like individuals, that they could be abused just like the latter, and that their "fundamental rights" ought to be guaranteed by the same principle »*.

[268] Là encore, le principe n'apparait pas expressément. L'analyse doit donc dépasser l'approche formelle.

[269] BERMANN G., '*Proportionality and subsidiarity*' in Barnard C. and J. Scott (eds) The Law of the Single European Market Unpacking the Premises (Hart Publishing 2002), pp.75-99.*« the Supreme Court thus appears to have reserved its sharpest proportionality critiques for federal legislation when and insofar as that legislation addresses legal domains traditionally reserved to the States.(…) This of course reflects the current Supreme Court majority's constitutional preoccupation with safeguarding the autonomy and prerogatives of the States.* »

du terme subsidiarité dans les dispositions d'une constitution ou dans les arrêts du juge fédéral ne fait pas obstacle à l'existence du principe dans le droit constitutionnel fédéral. En effet, qu'il s'agisse de l'exemple des États-Unis ou du cas allemand, une analyse plus approfondie de la question révèle que le principe de subsidiarité sous-tend certaines dispositions de la constitution et tend, dès lors, à s'exprimer au contentieux[270]. Il ressort, ensuite, que la subsidiarité fédérale est un principe difficile à définir puisqu'il peut revêtir plusieurs aspects et poursuivre différentes fonctions. La complexité du principe donne lieu à une controverse doctrinale car beaucoup d'auteurs classent la subsidiarité comme un principe plus politique que juridique.

161. L'on peut cependant considérer, comme la majorité des auteurs, qu'en tant que principe intervenant au stade de l'attribution des compétences et servant de ligne de conduite ou de source d'inspiration au pouvoir constituant, la subsidiarité est un principe de nature politique ou « pré-juridique »[271]. Lorsque le principe de subsidiarité intervient au stade de l'exercice des compétences, il revêt une nature juridique. Cette distinction peut toutefois être nuancée dans la mesure où la subsidiarité peut aussi servir de source d'inspiration dans l'exercice des compétences et revêtir, à l'égard du législateur fédéral, une nature politique. De la même façon, l'hypothèse plus rare d'un principe de subsidiarité comme règle de droit régulatrice de l'attribution des compétences peut également être envisagée[272].

162. Dans le cadre de cette thèse, la fonction de la subsidiarité « principe régulateur de l'exercice des compétences » sera privilégiée. À cet égard, tant la subsidiarité que la proportionnalité sont, aux termes de l'article 5 TUE, des principes de régulation de l'exercice des compétences de l'Union. L'analyse comparative montre que dans le droit constitutionnel fédéral, ces deux principes sont difficiles à dissocier, la proportionnalité pouvant servir à limiter les interventions du législateur fédéral, dans une logique de subsidiarité. C'est pourquoi, il conviendra de s'arrêter tout particulièrement sur les dispositions de l'article 5 TUE qui consacrent les principes de subsidiarité et de proportionnalité (A). Par ailleurs, l'approche comparative ayant montré que la subsidiarité peut être implicitement présente dans le fédéralisme constitutionnel, nous nous attacherons à mettre en lumière les autres manifestations de la subsidiarité européenne, tant dans les traités que la jurisprudence (B°).

---

[270] La question du contentieux de la violation de la subsidiarité sera traitée dans la deuxième section relative au contrôle juridictionnel de la subsidiarité.

[271] NEVEN D., *Le principe de subsidiarité dans les systèmes fédéraux de répartition des compétences,* précité.

[272] AUBERT J.-F., « Le partage fédératif des compétences: comparaison entre le système suisse et le système européen », in Histoire constitutionnelle suisse, source d'inspiration pour l'avenir de l'Europe?, Lenzburg, Netzwerk Müllerhaus, 2002, p. 98.

A. La subsidiarité de l'article 5 TUE

163. Une approche large de la subsidiarité, entendue comme un principe régissant le déclenchement de l'action ainsi que son intensité normative, nous conduit à examiner, en plus de l'article 5.3 TUE qui consacre formellement le principe de subsidiarité (1), les dispositions de l'article 5.4 TUE relatives au principe de proportionnalité (2).

1. La subsidiarité de l'article 5.3 TUE

164. Le principe de subsidiarité qui figure à l'article 5.3 TUE peut recevoir une acception stricte (a) ou large dans la mesure où il semble englober de façon tacite un critère de « proportionnalité » (b).

a. La subsidiarité stricto sensu

165. La subsidiarité consacrée à l'article 5.3 TUE est généralement interprétée dans un sens étroit, ce principe étant le plus souvent cantonné à la question du déclenchement de l'action législative de l'Union. En ce sens, le principe de subsidiarité indique le niveau de l'intervention le plus adéquat en déterminant qui de l'Union ou de l'État est l'échelon le plus apte pour atteindre les objectifs de l'action envisagée. Cette lecture restrictive est due à l'économie générale de l'article 5 TUE dont les dispositions s'inscrivent dans une logique d'entonnoir. La formulation des paragraphes 2, 3 et 4 implique *a priori* un enchainement formel de l'examen des principes d'attribution[273], de subsidiarité[274] et de proportionnalité[275].

166. Si le principe d'attribution détermine la question de savoir si l'Union dispose d'une compétence, c'est-à-dire d'une base juridique pour agir, les principes de subsidiarité et de proportionnalité ont pour objet de réguler l'exercice des compétences attribuées à l'Union[276]. Dans cette optique, la subsidiarité pose la question de l'opportunité pour l'Union d'exercer ladite compétence, ou de sa nécessité au regard des objectifs de l'action envisagée, tandis que la proportionnalité vise, le cas échéant, à s'assurer que l'exercice de cette compétence

---

[273] Aux termes de l'article 5.2 TUE « en vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres ».

[274] Aux termes de l'article 5.3 TUE « en vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union ».

[275] Aux termes de l'article 5.4 TUE, « en vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'ex cèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités ».

[276] Cette remarque est de nature à confirmer le fait que la subsidiarité de Maastricht n'est pas un principe de répartition des compétences, celles-ci étant déjà attribuées à l'Union par les auteurs des traités.

n'excède pas la mesure du nécessaire. En d'autres termes, si la subsidiarité concerne le déclenchement de l'exercice d'une compétence, la proportionnalité doit, dans un second temps, déterminer les limites de l'exercice de celle-ci. Ainsi la subsidiarité vient-elle limiter le pouvoir discrétionnaire du législateur de l'Union relatif au choix d'une action tandis que la proportionnalité a pour fonction de préciser le choix des modalités de cette action.

167. Une telle présentation est satisfaisante car elle semble assez logique. Limiter la subsidiarité à la question du déclenchement de l'action en laissant à la proportionnalité le soin de régir son intensité peut en effet sembler rigoureux sur le plan conceptuel. Pour autant, il convient de ne pas occulter l'ambivalence des dispositions de l'article 5.3 TUE en vertu duquel « l'Union intervient seulement si, <u>et dans la mesure où</u> »[277]. La formule « seulement si, et dans la mesure où » comporte, d'une part, la question du déclenchement de l'exercice de la compétence (« seulement si ») et, d'autre part, la question des limites de l'action de l'Union quant à son ampleur et son intensité (« dans la mesure où »). Cette formulation autorise par conséquent à retenir une conception plus large de la subsidiarité.

b. La subsidiarité lato sensu : la proportionnalité, composante de la subsidiarité

168. Traditionnellement, la prise en compte de l'intensité d'une action relève du principe de proportionnalité[278]. Par conséquent, en précisant — fût-ce implicitement — que l'action de l'Union doit être limitée quant à son ampleur, la subsidiarité de l'article 5.3 TUE semble bien imposer « le respect du caractère proportionnel d'une proposition par rapport à l'insuffisance de l'action des États membres »[279]. En d'autres termes, la proportionnalité est une composante tacite du principe de subsidiarité. L'ambiguïté des dispositions de l'article 5.3 TUE autorise, par conséquent, à concevoir la subsidiarité dans un sens extensif. Comme l'a constaté A. Bouveresse, la subsidiarité limite le pouvoir discrétionnaire de l'Union relatif au « choix d'agir » ainsi qu'au « choix des modalités de l'action »[280]. La subsidiarité *lato sensu* ne se borne donc pas à déterminer l'échelon le plus adéquat pour agir dans un domaine donné, encore faut-il s'assurer que l'action entreprise par l'Union, si c'est le niveau européen qui est le plus apte à intervenir, respecte, dans ses modalités, le principe de proportionnalité.

169. Cette analyse rejoint les enseignements du fédéralisme constitutionnel allemand pour lequel le principe de subsidiarité intervient à deux niveaux, « dans la question du *ob* pour

---

[277] Nous soulignons.

[278] AGUILON C., Justice constitutionnelle et subsidiarité, l'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne, L'Harmattan, 2019, p.125.

[279] GENNART M., Le contrôle parlementaire du principe de subsidiarité : droit belge, néerlandais et luxembourgeois, Larcier, 2013, p. 227.

[280] BOUVERESSE A., Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire, Bruylant, 2010, p. 81.

savoir *si* telle responsabilité peut incomber à l'instance inférieur ou doit relever de la Fédération ; et si elle relève de la Fédération dans la question du *wie*, pour savoir de quelle manière la Fédération fera appliquer les mesures nécessaires »[281]. Ainsi, la proportionnalité représente bien « une des expressions du principe de subsidiarité »[282]. Surtout, distinguer les principes de subsidiarité et de proportionnalité est une tâche délicate en pratique. Le principe de l'interdiction de l'excès qui s'impose à l'Etat fédéral répond à la fois à des exigences tirées de la subsidiarité et de la proportionnalité, les deux questions étant liées dans le fédéralisme germanique. Comme l'a relevé C. Millon-Delsol, la pensée allemande tend à montrer que la réponse à la question du « si » est largement déterminée par celle du « comment »[283]. Une approche large du principe de subsidiarité semble d'autant plus justifiée qu'une distinction entre les principes de subsidiarité et de proportionnalité n'est valable que sur un plan théorique. En effet, les deux principes impliquent tous deux un test de nécessité : si la subsidiarité a pour objet de limiter l'action de l'Union en prévoyant qu'elle n'intervient que lorsque cela est nécessaire pour réaliser les objectifs du traité, la proportionnalité impose de ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs fixés. Pour B. Bertand, à supposer qu'il soit possible de distinguer les deux types de nécessité, « une nécessité de la compétence et de son déclenchement dans le cas de la subsidiarité, et une nécessité de l'acte et de l'intensité de l'exercice de la compétence dans le cas de la proportionnalité, une telle distinction apparaît fragile et ne permet pas de distinguer conceptuellement les exigences inhérentes à ces deux principes »[284].

170. Ces considérations trouvent un écho dans les comptes rendus du contrôle de subsidiarité chez les Parlements nationaux, ces derniers étant habilités, conformément à l'article 5.3 TUE, à contrôler le respect du principe de subsidiarité[285]. Il ressort d'une enquête que la plupart des Parlements estiment que la proportionnalité doit être considérée comme une composante indissociable du principe de subsidiarité »[286]. Le *Vouli ton Antiprosopon*

---

[281] MILLON DELSOL C., Le principe de subsidiarité, Que sais-je, p.39.

[282] *Ibid.*, p. 110.

[283] MILLON-DELSOL C., L'État subsidiaire, Ingérence et non ingérence de l'État : le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne, Presses Universitaires de France, coll. Léviathan, Paris, 1993, p.207.

[284] BERTRAND B., « Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne », *RTDE*, 2012, n° 2, pp. 329-354, spéc. p. 343.

[285] Aux termes de cet article « 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 ».

[286] Dix-huitième rapport semestriel: *Évolution des procédures et pratiques de l'Union européenne relatives au contrôle* parlementaire rédigé par le Secrétariat de la COSAC, septembre 2012, présenté à la XLVIIIe Conférence des organes parlementaires spécialisés dans les affaires de l'Union des parlements de l'Union européenne, 14-16 octobre 2012 Nicosie.

chypriote affirme par exemple qu'un « contrôle de subsidiarité devrait également comprendre un contrôle de proportionnalité. *Le Nationalrat* et le *Bundesrat* autrichiens considèrent que « le respect du principe de subsidiarité implique (…) nécessairement un contrôle de proportionnalité ». De même, *L'Eerste Kamer* néerlandaise appréhende la proportionnalité « comme une composante du test de subsidiarité »[287]. Il importe toutefois de préciser que si les Parlements nationaux peuvent contrôler le respect du principe de subsidiarité de l'article 5.3 TUE, le contrôle de proportionnalité de l'article 5.4 TUE leur échappe car ces deux principes ont un champ d'application différent et un régime juridique distinct.

2. La proportionnalité de l'article 5.4 TUE

171. Si aux termes de l'article 5.3 TUE la proportionnalité est bien une *composante* de la subsidiarité *lato sensu* et s'impose implicitement au législateur de l'Union dans le champ des compétences partagées, ce principe se retrouve expressément consacré et « individualisé » à l'article 5.4 TUE. À ce titre, le principe de proportionnalité s'impose au législateur européen dans l'exercice des compétences de l'Union même exclusives. En plus d'être une *composante* de la subsidiarité, la proportionnalité apparait comme un *complément* de celle-ci en ce qu'elle s'impose au législateur dans des domaines de compétences où le principe de subsidiarité ne s'applique pas (a). Enfin, l'on peut s'interroger sur le point de savoir si le principe de proportionnalité n'apparait pas aussi comme un principe *concurrent* de la subsidiarité dans la mesure où le premier est jugé, sur le plan juridique et juridictionnel, plus opérant que la seconde. À cet égard, le concept de « proportionnalité fédérale » mérite d'être mentionné (b).

a. La proportionnalité, complément de la subsidiarité

172. Plus qu'une composante ou un critère de la subsidiarité, la proportionnalité apparait comme son complément car elle dépasse son champ d'application. La proportionnalité peut donc constituer un instrument indirect du principe de subsidiarité. Le champ d'application plus large de la proportionnalité s'entend sur le plan temporel et matériel.

Ratione temporis

173. Bien avant Maastricht, la proportionnalité apparaissait déjà comme un principe général du droit communautaire et irradiait la jurisprudence. Avant de figurer dans le traité, au titre de principe de régulation de l'exercice des compétences, la proportionnalité avait été consacrée dans les années 1950 de façon prétorienne. Déjà à l'époque du traité CECA, dans

---

[287] *Ibid.*

l'affaire *Fédération charbonnière de Belgique / Haute Autorité*[288], la Cour affirmait que « la réaction de la Haute Autorité à un acte illicite des entreprises devrait être proportionnée à l'envergure de celui-ci ». La proportionnalité exige depuis toujours que la mesure soit appropriée à la réalisation de l'objectif, qu'elle soit nécessaire et impose une absence de disproportion au sens d'une limitation au strict nécessaire. La proportionnalité a ainsi pu être invoquée très tôt par les requérants, à la différence de la subsidiarité qui ne constituait pas un principe général du droit communautaire avant l'entrée en vigueur du traité de Maastricht.

174. Cela a été précisé par le juge communautaire, à partir des années 1990, dans plusieurs affaires portées devant la Cour ou le Tribunal dans lesquelles les requérants, le plus souvent des entreprises, invoquaient une violation du principe de subsidiarité. Dans l'arrêt *SPO c./ Commission*[289], rendu en 1995, le Tribunal a déclaré que « contrairement à ce qu'affirment les requérantes, le principe de subsidiarité 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 »[290]. Les requérantes invoquaient une violation, par la Commission, des principes de subsidiarité et de proportionnalité en ce que celle-ci n'avait pas accordé d'exemption. À la différence du principe de subsidiarité, l'applicabilité du principe de proportionnalité ne faisait aucun doute en l'espèce. La Cour a suivi la même approche. Dans l'arrêt *Ketelsen,* de 1998[291], la juridiction de renvoi cherchait à savoir si le *règlement (CEE) n° 1765/92* était valide. Il était demandé à la Cour de constater une violation, par le Conseil, des règles supérieures du droit communautaire, en particulier le principe de proportionnalité inscrit à l'article 3 B alinéa 3 TCE et le principe de subsidiarité inscrit à l'article 3 B alinéa 2 TCE. Si la Cour a accepté d'examiner le respect de la proportionnalité, elle a constaté que « s'agissant de la violation du principe de subsidiarité (…) l'article 3 B, deuxième alinéa, du traité n'était pas en vigueur au moment de l'adoption des règlements » et déclaré que cette disposition ne pouvait « se voir conférer une portée rétroactive »[292].

175. La nature prétorienne du principe de proportionnalité et son ancienneté ne sont pas sans conséquence sur la jurisprudence de la Cour de justice et l'attitude des requérants. Si les affaires concernant le contentieux de la subsidiarité sont relativement rares, la

---

[288] CJCE, 29 novembre 1956, *Fédération Charbonnière de Belgique c. Haute Autorité de la CECA, aff.* 8-55., Rec.1955 291.

[289] TPI, 21 février 1995, *SPO c./ Commission,* aff. T-29/92.

[290] *Ibid.,* pt 331.

[291] CJCE, 22 octobre 1998, *Ketelsen*, aff. C-37/97.

[292] *Ibid.*

proportionnalité est « l'un des principes généraux du droit de l'Union européenne auxquels la jurisprudence de l'Union se réfère le plus souvent »[293].

Ratione materiae

176. Au titre de l'article 5.4 TUE, la proportionnalité dépasse le champ d'application de la subsidiarité de l'article 5.3 TUE en ce qu'elle ne se limite pas aux compétences partagées mais s'applique, plus généralement, à l'action normative de l'Union. Ainsi, si le principe de subsidiarité trouve à s'appliquer dans les domaines du marché intérieur et de l'espace de liberté, de sécurité et de justice dans la mesure où il s'agit de compétences partagées, les matières relevant de l'Union économique et monétaire échappent à son emprise. L'instrument de la proportionnalité permet donc de s'assurer que les interventions de l'Union européenne ne soient pas disproportionnées, même lorsque celle-ci exerce des compétences exclusives.

177. On a pu par ailleurs s'interroger sur le point de savoir si la subsidiarité de l'article 5.3 TUE s'appliquait à l'activité d'exécution des législations européennes, ou si le principe avait exclusivement vocation à régir l'action législative de l'Union. La réponse à cette question semble *a priori* négative[294]. En effet, le Protocole n°2 annexé au traité de Lisbonne limite l'application de la subsidiarité à l'exercice de la seule fonction législative dans la mesure où ses dispositions concernent l'adoption des actes législatifs par les institutions européennes. Comme le souligne J. Ziller, cette conception restrictive de la subsidiarité peut aussi être déduite de la jurisprudence[295]. En effet, la Cour se montre réticente à contrôler le respect de la subsidiarité par les institutions de l'Union dans le domaine de l'exécution du droit européen. La proportionnalité bénéficie donc d'un champ d'application matériel plus étendu car ce principe a aussi vocation à réguler l'action administrative des institutions. Au-delà du législateur, la proportionnalité s'applique à l'activité de toutes les institutions, comme la Commission, notamment en sa qualité d'autorité de la concurrence[296] mais également la BCE.

178. Enfin, précisons qu'en tant que principe général du droit, le respect de la proportionnalité s'impose tant aux institutions européennes qu'aux États lorsqu'ils mettent en oeuvre le droit de l'Union, par exemple les libertés de circulation. Cela vaut aussi en matière d'environnement en matière d'exécution d'exigences minimales prévues par les directives : le

---

[293] GALETTA D.-U., Le Principe de proportionnalité, in J.B. Auby/J. Dutheil de la Rochère, Traité de droit Administratif Européen, Bruylant, Bruxelles, 2007, spéc. p.501.

[294] Nous verrons plus loin que malgré tout le principe de subsidiarité concerne également la question de la répartition des compétences d'exécution entre les institutions de l'Union et les autorités nationales (V.chapitre II)

[295] ZILLER J., « Le principe de subsidiarité », in J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), Traité de droit administratif européen, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 2013, pp.527-542.

[296] TUE, 8 avr. 2014, *ABN Amro Group c/ Commission*, aff. T-319/11,

principe de proportionnalité exige que les mesures nationales soient appropriées par rapport aux objectifs poursuivis[297]. Dans l'affaire *Industria Lavorazione,* la Cour a indiqué que la proportionnalité s'imposait tant au législateur de l'Union qu'aux législateurs nationaux qui appliquent le droit de l'Union[298]. En revanche, la subsidiarité ne s'applique pas à l'action étatique. La Cour a précisé cela dans l'arrêt *TLL* en rappelant que le respect du principe ne vise pas les législations nationales mais les seuls actes législatifs de l'Union[299].

179. La plus grande richesse du principe de proportionnalité par rapport à la subsidiarité a encouragé certains auteurs à mettre en avant l'instrument de la proportionnalité fédérale pour contrôler et limiter les interventions de l'Union, au détriment du principe de subsidiarité.

b. La proportionnalité, concurrente de la subsidiarité : la proportionnalité fédérale

180. En dehors de la constitution suisse, ni la Constitution des États-Unis, ni la Loi constitutionnelle du Canada, ni la Loi fondamentale allemande ne mentionnent la subsidiarité. Aussi le principe de subsidiarité est-il le plus souvent absent de la jurisprudence des juges fédéraux. Cette circonstance s'explique apparemment par le caractère plus politique que juridique du principe. Le principe de proportionnalité est en revanche omniprésent dans la jurisprudence de ces juges, bien que la « proportionnalité » prenne des désignations diverses. Qu'il s'agisse des Cours suprêmes des États-Unis et du Canada, de la Cour constitutionnelle allemande ou encore de la Cour de justice, le principe de proportionnalité irrigue la jurisprudence de ces juges. Si la subsidiarité est bien un principe fédéral, son appréhension reste néanmoins difficile sur le plan juridique et juridictionnel.

181. Le respect du principe de proportionnalité s'avère, en revanche, plus aisé à contrôler pour un organe juridictionnel en raison de son caractère politique moins marqué et des appréciations moins subjectives qu'il implique[300]. Dans une optique fédérale, il convient de distinguer deux types de proportionnalité : la proportionnalité visant à préserver les droits des particuliers contre les ingérences des pouvoirs publics, quels qu'ils soient, et la proportionnalité ayant pour objet la protection de l'autonomie des entités fédérés contre les ingérences de l'Union. Autonomie que l'on peut assimiler à un véritable droit étatique *(States' rights)* sur le modèle des droits des individus. Dans une fédération, ces deux aspects sont en

---

[297] CJCE,14 avril 2005, *Deponiezweckverband Eiterköpfe,* aff. C-6/03, : Rec. CJCE 2005, I, p. 2753.

[298] CJCE, 5 juin 2008, *Industria Lavorazione Carni Ovine,* aff. C-534/06, : Rec. CJCE 2008, I, p. 4129.

[299] CJUE, 25 juillet 2008, *TLL*, C-533/16.

[300] Soulignons que si la proportionnalité fait également appel à la subjectivité de l'institution chargée d'en contrôler le respect, son appréciation est toutefois moins controversée que celle de la subsidiarité.

principe assurés[301]. R. Schütze a proposé de conceptualiser ces deux types de proportionnalité en opposant à la « proportionnalité fédérale » une « proportionnalité libérale »[302]. Si la première vise à protéger la sphère des compétences étatique, la seconde a pour objet de préserver les libertés des individus[303].

182. À titre d'exemple, la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis— fin 1990/ début 2000 — semble mettre en oeuvre un test de proportionnalité fédérale qui s'avère nettement favorable aux États fédérés et « protecteur du fédéralisme américain »[304]. Dans un arrêt 2001[305], la Cour a estimé que le Congrès avait outrepassé ses pouvoirs, au regard du *XIV Amendement*, en accordant aux employés d'un État une action en dommages et intérêt*s* et estimé que cette mesure était disproportionnée. Pour G. Bermann, cette jurisprudence confirme le constat que le principe de proportionnalité jouit d'une plus grande effectivité que le principe de subsidiarité[306]. Cet auteur estime ainsi que la Cour de justice de l'Union devrait privilégier le contrôle de proportionnalité et délaisser l'examen de la subsidiarité jugé trop politique. La proportionnalité fédérale ne fait pourtant pas l'unanimité parmi la doctrine. Certains auteurs s'agacent du renforcement du contrôle de proportionnalité lorsque sont en cause l'autonomie des États, estimant que cette hypothèse devait être réservée aux seules restrictions des droits fondamentaux. E. Zoller s'est ainsi étonnée de voir la Cour suprême découvrir, dans un contexte de diffusion du test de proportionnalité, que les États fédérés ont

---

[301] La garantie des droits fondamentaux revêt une grande importance dans la plupart des Etats fédéraux dans le monde. Aux Etats-Unis, où le fédéralisme est né, les droits des individus et le respect des compétences étatiques sont intimement liés, le Xe Amendement prévoit : *« The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people »*.

[302] SCHUTZE R., 'Subsidiarity after Lisbon : reinforcing the safeguards of federalism?', Cambridge law journal., 68, 2009. pp. 525-536 : *« Subsidiarity must be understood in terms of federal proportionality. Why? There are two reasons – one theoretical and one conceptual. Theoretically, a subsidiarity principle that concentrates on the "whether" of Community action operates within a philosophy of dual federalism. It is based on the either-or logic in which certain objectives should not involve the European Community or the Member States at all. By excluding the Community from the scene, subsidiarity sensu stricto protects a sphere in which the Member States can exclus- ively exercise their competences. And by insisting that certain objectives are "Community objectives" as they can only be achieved by the Community, the Court equally constructs a sphere in which only the European Union can operate. But more importantly: on a conceptual level, it is impossible to reduce subsidiarity to "whether" the Community should exercise one of its competences »*.

[303] *Ibid.* : *« The (liberal) proportionality principle was historically designed to safeguard liberal values. Proportionality would protect private rights against excessive public interference. The idea of excessive government interference can be extended into a federal con- text. But here it is not the individual autonomy of a person, but the collective autonomy of a people that is protected »*.

[304] BERMANN G., '*Proportionality and subsidiarity*' in Barnard C. and J. Scott (eds) The Law of the Single European Market Unpacking the Premises (Hart Publishing 2002), pp.75-99.

[305] *Board of Trustees v. Garrett*, 121 S. Ct. 955 (2001).

[306] BERMANN G., 'Proportionality and subsidiarity' in Barnard C. and J. Scott (eds) The Law of the Single European Market Unpacking the Premises (Hart Publishing 2002), pp.75-99.*« the American cases tend to reinforce the impression from European Court of Justice case law, as between proportionality and subsidiarity, the former is potentially by far the more potent instrument of judicial intervention »*.

eux aussi des droits, à l'instar des individus, et qu'ils méritent, comme ces derniers, un contrôle aussi exigeant qu'en matière de protection des droits fondamentaux[307]. Cette assimilation de la proportionnalité fédérale à la proportionnalité libérale est remarquable car elle ne se retrouve pas, pour l'instant, dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union.

183. Ajoutons néanmoins que proportionnalité fédérale et libérale ne s'excluent pas toujours puisqu'elles peuvent aussi coïncider. Par exemple, dans *State of Washington c. Donald Trump,* une Cour d'appel américaine avait procédé à une mise en balance entre les atteintes portées aux droits individuels et aux droits d'un État fédéral, d'une part, et l'intérêt général à maintenir le décret litigieux en vigueur, d'autre part. En l'espèce, l'État de Washington faisait valoir que le décret fédéral relatif à l'immigration violait ses droits en même temps que ceux de ses résidents[308].

B. Les autres manifestations de la subsidiarité

184. Une approche large du principe de subsidiarité implique de dépasser l'examen des seules disposions de l'article 5 TUE pour embrasser d'autres instruments normatifs. Le caractère tacite (1) ainsi que la nature dynamique de la subsidiarité européenne (2) seront ainsi mis en lumière.

1. Le caractère tacite de la subsidiarité

185. L'analyse comparative révèle que la subsidiarité revêt fréquemment un caractère implicite dans les constitutions fédérales. Cette circonstance permet de mettre en lumière, dans le cadre de l'Union, l'existence du principe dans les traités pré-Maastricht (a) mais également la présence implicite de la subsidiarité dans les dispositions actuelles du traité (b).

a. La pré-existence du principe de subsidiarité dans les traités

186. Si l'on présente généralement la subsidiarité comme un principe consacré pour la première fois par le traité de Maastricht, à l'article 3 B du TUE, ce principe a été introduit

---

[307] ZOLLER E. (2003) "Congruence and Proportionality for Congressional Enforcement Powers: Cosmetic Change or Velvet Revolution?," Indiana Law Journal: Vol. 78: Iss. 1, Article 14. « (…) *the German background previously explained, it looks, indeed, as if the Court discovered that states too had rights just like individuals, that they could be abused just like the latter, and that their "fundamental rights" ought to be guaranteed by the same principle of congruence and proportionality that protects human rights* ».

[308] *State of Washington v. Donald Trumpets Complaint For Declaratory and Injunctive Relief Case 2:17-cv-00141 « The State of Washington ("State") brings this action to protect the State— including its residents, its employers, and its educational institutions—against illegal actions of the President and the federal government. The President's Executive Order of January 27, 2017 ("the Executive Order"), is separating Washington families, harming thousands of Washington residents, damaging Washington's economy, hurting Washington-based companies, and undermining Washington's sovereign interest in remaining a welcoming place for immigrants and refugees.*

dans le droit primaire de l'Union dès l'Acte unique européen en matière environnemental. Néanmoins, la subsidiarité de l'Acte unique, contrairement à la subsidiarité de Maastricht, n'était pas expressément nommée. De plus, son champ d'application était limité à un domaine très précis, celui de l'environnement. Aux termes de l'ex-article 130 R, paragraphe 4, « la Communauté agit en matière d'environnement dans la mesure où les objectifs visés au paragraphe 1 peuvent être mieux réalisés au niveau communautaire qu'au niveau des États membres pris isolément »[309]. Cette formulation rappelle, mot pour mot, les dispositions de l'ex-article 3 B TUE, inséré par le traité de Maastricht, aux termes duquel « 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 ».

187. Cette dernière disposition n'a été que légèrement modifiée par le traité de Lisbonne, notamment pour prendre en compte la dimension locale du principe de subsidiarité. Désormais, l'article 5.3 TUE précise qu'en vertu du principe de subsidiarité, « l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union »[310].

188. Si, depuis Maastricht, le principe de subsidiarité se présente comme un principe général du droit, voire un principe constitutionnel du droit de l'Union, son champ d'application reste, dans son acception *stricto sensu*, limité aux compétences non exclusives.

b. La présence implicite de la subsidiarité dans les dispositions du traité actuel

189. Les concrétisations implicites du principe de subsidiarité dans le traité actuel sont nombreuses[311]. Sans qu'il soit utile de mentionner toutes les dispositions pouvant, de près ou de loin, se rattacher à une prise en compte de la subsidiarité, l'on relèvera que le traité de Maastricht a consacré, en plus du principe de subsidiarité, le principe du respect de l'identité nationale. Dans la même veine, l'on peut souligner que l'ex-article 151 TCE disposait que la

---

[309] Nous soulignons.

[310] Nous soulignons. Par ailleurs, la formule de début de phrase a également changé puisque la tournure négative « la Communauté n'intervient (…) que si et dans la mesure où » a été remplacée par l'expression, moins restrictive, « l'Union intervient seulement si et dans la mesure où ». De même que le dernier membre de la phrase puisque l'on a remplacé « et peuvent donc (…) être mieux réalisés au niveau communautaire » par « mais peuvent l'être mieux (…) au niveau de l'Union ».

[311] Nous avons relevé, dans le cadre de l'introduction, une liste non exhaustive des manifestations implicites de la subsidiarité dans le traité actuel.

Communauté devait contribuer « à l'épanouissement des cultures des États membres dans le respect de leur diversité nationale et régionale ». Ces dispositions ne sont pas anodines car elles reflètent, à partir de l'ère Maastricht, les préoccupations étatiques à l'égard de l'approfondissement du processus d'intégration. Le traité de Lisbonne semble avoir accentué le souci du respect par l'Union de l'autonomie et de la diversité des États membres.

190. Si l'ex-article F TUE indiquait sobrement que « l'Union respecte l'identité nationale de ses États membres », l'actuel article 4.2 TUE précise aujourd'hui que « l'Union respecte l'égalité des États 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'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauve garder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre »[312]. Le traité de Lisbonne a donc considérablement renforcé le principe du respect de l'identité nationale introduit par le traité de Maastricht, en lui ajoutant plusieurs éléments comme l'autonomie locale et régionale. Ce dernier ajout se retrouve d'ailleurs dans la nouvelle rédaction de l'article 5.3 TUE, issue du traité de Lisbonne, relatif au principe de subsidiarité.

191. Le caractère opposable ou non du principe du respect de l'identité nationale a été longtemps débattu par la doctrine. Quoi qu'il en soit, cet article peut servir d'argument aux États membres lors de l'interprétation d'autres dispositions opposables qui, comme le principe de subsidiarité ou le principe de proportionnalité, limitent l'exercice des compétences de l'Union[313]. Ces remarques ne doivent toutefois pas conduire à occulter un autre aspect de la subsidiarité, celui de son caractère réversible et bi-directionnel, à la fois descendant et ascendant.

2. La dynamique de la subsidiarité

192. L'approche large du principe de subsidiarité permet d'insister sur un aspect important mais souvent négligé, à savoir la dynamique inhérente au principe. Si l'accent est fréquemment mis sur la subsidiarité descendante, cette dernière pouvant se réclamer du principe de proximité consacré dans le préambule (a), la subsidiarité ascendante transparait également dans les dispositions du traité, notamment à travers la clause de flexibilité (b).

---

[312] Le principe du respect de l'identité nationale fera l'objet de développements ultérieurs.

[313] PUTTLER A., *Le renforcement de la notion d'identité nationale dans l'Union européenne* In : *Quel avenir pour l'intégration européenne ?* [en ligne]. Tours : Presses universitaires François-Rabelais, 2010 (généré le 28 août 2018). <http:// books.openedition.org/pufr/1555>. ISBN : 9782869063396. DOI : 10.4000/books.pufr.1555.

Cette ambivalence du principe est précisément à l'origine de son instrumentalisation par les divers acteurs de la construction européenne, faute d'une vision commune de la subsidiarité.

a. La subsidiarité descendante : le principe de proximité

193. Le principe de subsidiarité est souvent interprété, à tort, comme un principe de décentralisation. De même est-il erroné d'en faire un principe souverainiste dans la mesure où ce principe s'inscrit dans une vision territoriale en vertu de laquelle l'État n'est qu'un échelon, parmi d'autres, pour exercer une compétence. Rappelons que la subsidiarité territoriale s'inscrit pleinement dans une logique fédérale de répartition des compétences entre deux voire plusieurs niveaux de gouvernement. Dans l'Union européenne, la subsidiarité trouve à s'exprimer plus spécifiquement dans le cadre de la « gouvernance multi-niveau ». De plus, depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne et la valorisation de l'autonomie locale, la subsidiarité peut désormais se concevoir comme un principe régionaliste, dans le sens souhaité par les Länder allemands[314]. Dès lors, la subsidiarité descendante n'est plus l'apanage des seuls États, les entités infra-étatiques pouvant se réclamer elles aussi de ce principe. Néanmoins, l'autonomie locale dont peuvent bénéficier les régions des États membres de l'Union dépendra de l'organisation interne de chaque État, ces derniers bénéficiant d'une parfaite autonomie constitutionnelle en ce domaine. Il va sans dire que les *Länder* allemands, du fait de la structure fédérale de l'Allemagne, bénéficieront d'une plus grande autonomie que les collectivités territoriales en France.

194. Dans son aspect descendant, la subsidiarité européenne peut s'appuyer sur le principe de proximité qui figure dans le préambule et l'article 1 du TUE. En vertu de ce principe, les décisions doivent être prises « le plus près possible des citoyens, conformément au principe de subsidiarité »[315]. La subsidiarité-proximité favorise par définition l'échelon étatique par rapport à l'échelon européen dans la prise de décision, le premier étant nécessairement plus proche des citoyens que le second. Le principe de subsidiarité apparait ainsi comme une arme de protection des échelons de proximité dans la mesure où la subsidiarité-proximité pose une présomption en faveur des États (et des collectivités infra-étatiques), présomption néanmoins réfragable en raison du caractère bi-directionnel du principe de subsidiarité.

195. Le principe de proximité qui semble lier, dans une perspective démocratique, les États aux citoyens, et donc au peuple, se retrouve dans le fédéralisme constitutionnel des États-

---

[314] Les Länder allemands ont eu une influence sur l'inscription de la subsidiarité dans le traité de Maastricht.

[315] Cette phrase figure dans le préambule du TUE. L'article 1 rappelle, sans mentionner la subsidiarité, « 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 ».

Unis. L'amendement X prévoit ainsi que « les pouvoirs qui ne sont pas délégués aux États-Unis par la Constitution, ni refusés par elle aux États, sont conservés par les États respectivement ou par le peuple »[316]. Pour autant, malgré ces fondements solides, la subsidiarité-proximité se révèle insuffisante. Il serait inexact voire erroné de réduire le principe de subsidiarité à la seule dimension de la proximité démocratique. En effet, la subsidiarité européenne est prise dans une tension entre proximité démocratique et efficacité politique[317]. En d'autres termes, on tend à opposer à la subsidiarité-proximité du préambule une subsidiarité-efficacité en vertu de laquelle une extension des compétences de l'Union est justifiée en cas d'inefficacité de l'action étatique et lorsque les objectifs peuvent être *mieux* réalisés au niveau de l'Union. Ce second élément de la subsidiarité est de nature à justifier l'exercice d'une compétence par l'Union et donc une centralisation, au détriment du principe selon lequel les décisions doivent être prises le plus près possible des citoyens. La subsidiarité ascendante qui tend à légitimer l'intervention de l'Union se retrouve dans la logique qui sous-tend la célèbre clause de flexibilité qui figure, depuis toujours, dans les traités.

b. La subsidiarité ascendante : une logique similaire à la clause de flexibilité

196. Bien avant l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, l'ex-article 235 du traité de Rome prévoyait un mécanisme permettant à l'Union d'agir chaque fois que son action était jugée nécessaire pour atteindre un objectif du traité, sans que ce dernier ait prévu de compétences afférentes[318]. Le Conseil devait cependant se prononcer à l'unanimité[319]. On retrouve dans les dispositions de l'article 5.3 TUE et de l'article 352 TFUE — qui a remplacé l'ancien article 235 CEE — la même approche fondée sur la poursuite des objectifs, l'Union ne pouvant agir que si son action est jugée « nécessaire ». On peut donc voir dans la clause de flexibilité une expression tacite de la subsidiarité, antérieure au traité de Maastricht[320]. On notera cependant que les termes de l'article 5.3 TUE induisent une appréciation plus rigide

---

[316] *« The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people ».*

[317] BARROCHE J., « La subsidiarité. Le principe et l'application », Études 2008/6 (Tome 408), p. 777-788.

[318] Ex-article 235 CEE ; ex-article 308 CE ; actuel article 352 TFUE. Aux termes de ce dernier, « si une action de l'Union paraît nécessaire, dans le cadre des politiques définies par les traités, pour atteindre l'un des objectifs visés par les traités, sans que ceux-ci n'aient prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen, adopte les dispositions appropriées ». Le traité de Lisbonne a étendu l'objet de cette clause à l'ensemble des objectifs de l'Union et remplacé la référence au cadre de « fonctionnement du marché commun » par le cadre des « politiques définies par les traités ». Le paragraphe de l'article 352 précise que les mesures fondées sur cet article ne peuvent pas comporter d'harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres dans les cas où les traités excluent une telle harmonisation.

[319] Depuis le traité de Lisbonne, l'approbation du Parlement européen est requise.

[320] BLUMANN C., DUBOUIS L., « Droit institutionnel de l'Union européenne », Litec, 4ème éd., 2010, p. 457.

que celle du pouvoir d'adaptation de l'article 352 TFUE dans la mesure où les conditions d'application de la clause de flexibilité emportent la nécessité d'établir qu'une action de l'Union est nécessaire dans le cadre des politiques définies par les traités, pour atteindre un des objectifs visés par les traités[321]. En effet l'article 5.3 TUE mentionne les seuls objectifs de l'action envisagée, et non les objectifs d'une politique de l'Union[322].

197. Ces compétences subsidiaires de l'Union ne sont pas sans rappeler le mécanisme des pouvoirs implicites[323], que l'on retrouve dans le fédéralisme constitutionnel des États-Unis — où la doctrine des pouvoirs implicites est née — mais également, dans une moindre mesure, en Allemagne. La théorie des compétences fédérales implicites peut ressortir d'une clause expresse de la constitution[324] ou de la jurisprudence du juge fédéral[325]. De façon générale, cette doctrine tend à étendre, dans une dynamique clairement ascendante, les compétences fédérales au détriment de celles des États. Le large recours à la clause de flexibilité, dans les premiers temps de la construction communautaire, a été analysé comme un moyen, parfois discutable, d'étendre les compétences de l'Union européenne[326]. Cette dynamique ascendante préfigure la façon dont les institutions européennes ont interprété et appliqué le principe de subsidiarité tel qu'il sera par la suite consacré par le traité de Maastricht. Si le législateur européen, et plus particulièrement la Commission, semble surtout retenir la dimension ascendante de la subsidiarité (afin de justifier les interventions de l'Union dans les domaines relevant des compétences partagées), la question du contrôle du respect de ce principe doit se poser. Le caractère dynamique du principe de subsidiarité, qui se retrouve dans la formulation de l'article 5.3 TUE, embrasse deux visions opposées de la subsidiarité puisque ce principe peut aussi bien freiner l'intégration européenne que la favoriser. Dès lors, on voit mal comment la formule ambivalente de l'article 5 TUE pourrait constituer à elle seule une « garantie constitutionnelle »[327]. Cette remarque nous amène naturellement à aborder la question du contrôle du principe de subsidiarité et celle du gardien de la subsidiarité.

---

[321] LE SOUDEER M., Le contrôle du principe de subsidiarité par le Parlement français, Institut de droit comparé de Paris, Mémoire de Master, 2011, p. 103.

[322] Pour cette raison, le libellé de l'article 5.3 révélerait, selon certains auteurs, une acception limitative de la subsidiarité qui devrait jouer dans un sens « descendant ». En ce sens : LE SOUDEER M., précité. Nous ne souscrivons pas à cette analyse.

[323] LENAERTS K., Le juge et la constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen, Bruylant, 1988, p.648.

[324] La constitution américaine prévoit par exemple la *« Necessary and proper clause »*.

[325] La Cour constitutionnelle allemande se montre prudente dans l'utilisation de la doctrine des pouvoirs implicites.

[326] JACQUE J.-P., La subsidiarité en droit communautaire, in ONORIO J.-B. (dir.), *La subsidiarité : de la théorie à la pratique*, Téqui, Paris, 1995, p.103.

[327] DECHATRE L., Le pacte fédératif, précité, p. 522. Voir aussi : M. Shore, Chambre des Communes : http://www.publications.parliament.uk/pa/cm199293/cmhansrd/1992-07-02/Debate- 5.html.

Section II. Le contrôle juridictionnel de la subsidiarité

198. En tant que principe constitutionnel « fédéral » la subsidiarité consacrée à l'article 5.3 TUE[328] doit nécessairement faire l'objet d'un contrôle afin que l'effectivité du principe soit assurée. En effet, la prise en compte du principe de subsidiarité par le seul législateur de l'Union, sans un contrôle extérieur, ne semble pas offrir les garanties suffisantes quant au respect de son application et ne saurait dès lors suffire à rassurer les États membres. De plus, l'absence de définition précise du principe est également problématique puisque les acteurs de la construction européenne peuvent être tentés d'instrumentaliser la subsidiarité dans le sens qui les arrange[329]. Si les institutions européennes privilégient sa dimension ascendante, à des fins intégratives, les États membres tendent logiquement à retenir son aspect descendant.

199. Au regard de la nature hybride de la subsidiarité du traité de Maastricht, principe à la fois politique et juridique, la question du gardien de la subsidiarité se pose nécessairement (paragraphe 1). Le fédéralisme constitutionnel nous enseigne néanmoins que le contrôle d'un principe comme la subsidiarité doit, au sein d'une véritable fédération, revêtir une nature juridictionnelle. En effet, c'est traditionnellement au juge fédéral de se prononcer sur les conflits de compétences qui peuvent opposer l'État fédéral aux États fédérés. Pour autant, la question de l'impartialité d'une Cour suprême ou d'une Cour constitutionnelle fédérale mérite d'être posée, les juges fédéraux ayant tendance à privilégier l'extension des compétences au profit de la fédération (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La question du gardien de la subsidiarité

200. La volonté de faire de la subsidiarité un « principe fondamental de l'Union en matière de compétences »[330] suppose nécessairement de prévoir le régime de son contrôle. Si les rédacteurs du traité de Maastricht se sont montrés évasifs sur ce point, c'est en raison de l'ambiguïté fondamentale du principe et de la controverse suscitée par sa consécration dans le droit primaire. En effet, la question du gardien de la subsidiarité a divisé les commentateurs dans la mesure où certains préconisaient uniquement des garanties politiques tandis que d'autres insistaient sur la justiciabilité d'un tel principe[331].

---

[328] Pour des raisons de clarté, nous nous concentrerons, dans cette section, sur la seule subsidiarité de l'article 5.3 TUE. C'est à dire la subsidiarité telle que consacrée par le traité de Maastricht.

[329] On a ainsi fréquemment souligné le caractère confus et inintelligible de la subsidiarité de Maastricht. Ce principe a notamment pu être qualifié de « gobbledegook » : DECHATRE L., Le pacte fédératif, précité, p. 522.

[330] BLUMANN C., Démocratie et subsidiarité, in COHEN-JONATHAN G., DUTHEIL DE LA ROCHERE J. Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme, Bruylant, 2003, p.141.

[331] TOTH A., Is subsidiarity justiciable?, ELRev, 1994, vol.19, n°3, p.269.

201. Si le caractère politique du principe de subsidiarité appelle un contrôle de même nature, un contrôle juridictionnel n'a pour autant pas été exclu. C'est la raison pour laquelle le principe de subsidiarité bénéficie de nombreux gardiens. Parmi ces derniers, on peut citer les institutions et organes de l'Union européenne, au premier chef desquels la Commission et le législateur (Conseil et Parlement européen) mais également la Cour de justice ainsi que le Comité des régions. De façon plus originale, il nous faut mentionner les Parlements nationaux. Il va de soi que ces différents acteurs, plus ou moins politisés, ne poursuivent pas toujours les mêmes intérêts dans la mesure où ils incarnent des légitimités distinctes : intégrative pour la Commission européenne, démocratique pour les Parlements européen et nationaux mais également le Comité des régions (avec une dimension locale), intergouvernementale pour le Conseil.

202. À une telle disparité s'ajoute le clivage « eurosceptique/pro-européen » ou, pour le formuler autrement et de façon quelque peu caricaturale « plus d'Europe ou moins d'Europe »[332]. Clivage dans lequel le principe de subsidiarité semble, de par son ambiguïté fondatrice, parfaitement s'inscrire. Si l'on replace le débat dans une perspective fédéraliste, il convient de souligner qu'un contrôle de nature politique, comme celui confié aux Parlements nationaux, situerait l'Union européenne dans une dimension « confédérale » (A) tandis qu'un contrôle juridictionnel du principe de subsidiarité semble inscrire celle-ci dans une perspective « fédérale » (B).

A. Le contrôle politique de la subsidiarité : une dimension confédérale

203. La nature éminemment politique du principe de subsidiarité n'est pas propre à l'Union européenne. En effet, on retrouve dans le fédéralisme constitutionnel allemand une problématique similaire en ce qui concerne la clause de nécessité consacrée à l'article 72.2 de la Loi Fondamentale. À l'instar du principe de subsidiarité de l'article 5.3 TUE, cet article prévoit l'exercice par la fédération de ses compétences législatives lorsque son action s'avère nécessaire au regard de certaines conditions[333]. La révision constitutionnelle, intervenue en 1994, qui a permis une clarification des conditions assez vagues posées à l'intervention du *Bund* avait pour objet de renforcer le contrôle de la subsidiarité allemande. Lors de cette réforme, certaines propositions visaient à faire du *Bundesrat*[334] l'instance arbitrale du contrôle

---

[332] Cette opposition traditionnelle est en réalité un faux dilemme. La vraie question étant de savoir quelle forme doit revêtir l'Union : fédérale ou autre. Etant précisé que faire de l'Union une fédération n'aboutirait pas nécessairement à « plus d'Europe ».

[333] Comme l'établissement de conditions de vie équivalentes sur le territoire fédéral ou la sauvegarde de l'unité juridique ou économique.

[334] Le Bundesrat est la chambre haute du Parlement allemand qui a pour fonction de représenter les Länder.

à la place de la Cour constitutionnelle fédérale[335]. Cette proposition fut, pour ses implications politiques, rejetée. En revanche, dans l'Union européenne, un contrôle politique existe.

204. Dans le cadre de l'Union, les chambres législatives des États membres sont habilitées à exercer un contrôle sur le respect du principe de subsidiarité par le législateur européen (1). Cet élément qui semble inscrire l'Union européenne dans une logique plus confédérale que fédérale n'est pas sans évoquer la théorie de la « nullification » de John Calhoun (2).

1. Le contrôle des Parlements nationaux

205. Le traité de Lisbonne prévoit que les institutions de l'Union appliquent le principe de subsidiarité conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité. En vertu de ce dernier, les parlements nationaux veillent au respect du principe de subsidiarité en suivant une procédure particulière[336]. Faire des chambres législatives les gardiennes du principe de subsidiarité revient à instaurer un contrôle de nature politique du principe (a) mais également à inscrire l'Union européenne dans une dimension confédérale (b).

a. Un contrôle politique

206. En vertu du protocole n°2 annexé au traité de Lisbonne, la Commission doit transmettre ses projets d'actes législatifs aux Parlements nationaux en même temps qu'au législateur de l'Union[337]. Le traité de Lisbonne institue donc un « mécanisme d'alerte précoce » permettant aux assemblées nationales de contrôler si les initiatives de l'Union respectent, dans les matières relevant des compétences partagées, le principe de subsidiarité conformément aux règles définies dans ledit protocole.

207. Tout parlement peut, dans un délai de huit semaines, adresser un avis motivé exposant les raisons pour lesquelles il estime qu'un projet viole le principe de subsidiarité[338]. Le législateur de l'Union doit tenir compte des avis motivés adressés par les parlements, étant précisé que chaque parlement dispose de deux voix[339]. Si les avis motivés représentent un tiers des voix attribuées aux Parlements, le projet doit être réexaminé[340]. À l'issue du

---

335 DECHATRE L., Le pacte fédératif européen, précité, p. 538.

336 Article 5.3 TUE.

337 Article 4 dudit protocole. Etant précisé que le Parlement européen et le Conseil doivent également transmettre leurs projets d'actes législatifs, ainsi que les projets émanant d'un groupe d'États, de la Cour de justice, de la Banque centrale européenne ou de la Banque européenne d'investissement.

338 Article 6 dudit protocole. Il y est précisé qu'il appartient à chaque parlement national de consulter, le cas échéant, les parlements régionaux possédant des pouvoirs législatifs.

339 Article 7. Ces voix sont ensuite réparties en fonction du système parlementaire (monocaméral ou bicaméral) de chaque Etat. Dans un système bicaméral, les deux chambres disposent d'une voix chacune.

340 *Ibid*. Ce seuil est fixé à un quart lorsqu'il s'agit d'un projet relatif à l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

réexamen, la Commission peut décider de retirer le projet, de le maintenir ou de le modifier, à condition de motiver sa décision. Dans le cadre de la procédure législative ordinaire, lorsque les avis représentent une majorité simple des voix attribuées aux parlements, la proposition doit être réexaminée. À l'issue de l'examen, la Commission peut décider de maintenir la proposition, de la modifier ou de la retirer. Si elle choisit de la maintenir, elle devra néanmoins justifier la raison pour laquelle elle estime que la proposition est conforme à la subsidiarité. L'avis motivé de la Commission ainsi que ceux des parlements nationaux devront être soumis au législateur de l'Union qui devra examiner si l'acte est compatible avec le principe de subsidiarité. Si en vertu d'une majorité de 55 % des membres du Conseil ou d'une majorité des suffrages exprimés au Parlement européen, le législateur estime que la proposition ne respecte par le principe de subsidiarité, la proposition législative doit être retirée.

208. En confiant aux Parlements des États membres le soin de s'assurer que le législateur de l'Union a bien respecté le principe de subsidiarité dans l'exercice de ses compétences, les rédacteurs des traités ont conféré au contrôle du principe une dimension indéniablement politique. En effet, les parlementaires nationaux demeurent « prioritairement des élus politiques et non des techniciens du droit »[341]. C'est pourquoi, certains auteurs ont pu estimer que le traité de Lisbonne procédait à une « resubjectivisation » ou une « repolitisation » du principe de subsidiarité[342].

209. Cette « déjuridisation »[343]du principe de subsdiarité n'est cependant que partielle puisque la surveillance des chambres législatives est cantonnée à la procédure pré-législative, le contrôle politique étant seulement *ex-ante*. En effet, la Cour de justice de l'Union demeure compétente pour se prononcer *ex post* sur les recours pour violation de la subsidiarité formés par un État membre ou transmis par celui-ci au nom de son parlement national[344]. Pour autant, l'importance de cette première phase de la procédure législative ne saurait être occultée.

210. En effet, l'insistance par le traité de Lisbonne sur le rôle des Parlements nationaux dans le contrôle du principe de subsidiarité semble traduire une certaine méfiance à l'égard de l'intégration européenne[345]. Cette méfiance est caractéristique de l'approche confédérale qu'il convient d'aborder à présent.

---

[341] LE SOUDEER M., Le contrôle du principe de subsidiarité, précité, p. 32.

[342] BLUMANN C, DUBOUIS L., « Droit institutionnel de l'Union européenne », Litec, 4ème éd., 2010, p. 452 .

[343] *Ibid*.

[344] Article 8 du protocole précité.

[345] CHOPIN T., MACEK L., "Après Lisbonne, le défi de la politisation de l'Union européenne", in Les Etudes du CERI, n°165, Centre d'Etude et de Recherches Internationales, Sciences Po, 2010.

b. La dimension confédérale

211. Dans une perspective fédéraliste, il convient de distinguer l'État fédéral et la Fédération, d'une part, de la Confédération, d'autre part[346]. Contrairement aux premiers qui se fondent sur une constitution fédérale, du moins un pacte « fédératif » ou « constitutionnel »[347], la seconde repose sur un simple traité international — conclu entre des États indépendants ne limitant leur souveraineté que dans un nombre limité de domaines — et instaure des institutions communes. À l'inverse d'une Fédération, la Confédération ne possède pas elle-même une existence propre distincte de celle de ses membres[348].

212. En termes d'intégration, notamment politique, la Confédération est une forme plus lâche et moins ambitieuse d'union entre les États. Le système confédéral connait un faible degré d'institutionnalisation des institutions centrales dans la mesure où il cherche à préserver la souveraineté des États membres. En ce sens la Confédération suisse, malgré sa dénomination, n'en est pas une puisqu'il s'agit bien d'une Fédération, et, plus exactement d'un État fédéral. Le cas des États-Unis est particulièrement intéressant dans la mesure où l'on a pu les qualifier, de 1787 jusqu'à la guerre de sécession, de Confédération[349], puis d'État fédéral voire de Fédération[350]. La question qui se pose est de savoir si l'Union européenne, qui n'est pas un État fédéral, peut néanmoins être qualifiée de Fédération. L'analyse d'un principe comme la subsidiarité peut apporter quelques éléments de réponse.

213. Il a pu être soutenu que le fait de confier le contrôle de subsidiarité aux Parlements nationaux faisait entrer l'Union dans un système plus confédéral que fédéral[351]. En effet, dans une Confédération, les États « confédérés » restent souverains, ce qui leur permet de poser

---

[346] Nous nous inscrivons dans l'approche renouvelée du fédéralisme selon laquelle il est plus pertinent d'opposer « confédération » et « fédération » plutôt que de reprendre la distinction canonique « Etat fédéral/ Confédération ». En substituant la « fédération » à l'« Etat fédéral », les auteurs entendent émanciper l'analyse de l'Union européenne et, plus largement le fédéralisme, du paradigme étatique. En effet, la fédération est une forme politique à part entière distincte de la forme étatique. En ce sens : BEAUD, O. *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF (Léviathan), 1993. CONSTANTINESCO V., « Le fédéralisme : d'un anti-étatisme à un a-étatisme ? », *L'Europe en Formation* 2010/1 (n° 355), p. 41-52.

[347] Le pacte fédératif ou constitutionnel (*Bundesvertrag*) que les États membres d'une Fédération concluent se distingue d'un traité ordinaire en raison de la modification du statut des États contractants. Si ces derniers ne disparaissent pas en tant qu'entités politiques distinctes, leur préservation étant une condition nécessaire à l'existence de la Fédération, la Fédération constitue une unité politique à part entière.

[348] BEAUD O., Théorie de la Fédération, p. 49.

[349] JELLINEK G., Die Lehre von den Staatenverbindungen, Goldbach, éd. Keip, 1996, 413 p., spéc, p. 185.

[350] ZOLLER E., Aspects internationaux, précité p.109. Selon cette auteure, les États-Unis ne revêtent pas, sauf dans leurs relations internationales, la forme étatique, même après la guerre de Sécession car ils demeurent une Union américaine. Les États-Unis ne seraient pas tant un État qu'une Fédération.

[351] CONSTANTINESCO V., « Brève note sur la répartition des compétences comme clé de la future constitution européenne ? », *in Cinquante ans de droit communautaire. Mélanges en hommage à Guy Isaac*, T. 1 ? Toulouse, Presses de l'Université de sciences sociales de Toulouse, 2004, p. 163.

des limites au processus d'intégration en s'opposant, par exemple, à l'adoption d'une mesure qu'ils jugeraient *ultra vires*. Dans le contexte de l'Union, les Parlements nationaux peuvent, en tant que gardiens du principe de subsidiarité, alerter la Commission s'ils estiment qu'un projet d'acte législatif ne respecte pas ce principe. Selon V. Constantinesco, un tel mécanisme risque d'alourdir le processus décisionnel et d'aboutir à une forme de « nullification »[352]. Encore faut-il définir ce concept issu du fédéralisme constitutionnel des États-Unis.

2. *La théorie de la nullification de J. Calhoun*

214. Même si elle a été systématiquement rejetée par la Cour suprême des États-Unis, la doctrine de la *state nullification* présente un intérêt dans le cadre d'une étude consacrée à la subsidiarité européenne et au fédéralisme constitutionnel. En effet, le mécanisme d'alerte précoce en vertu duquel les assemblées nationales sont habilitées à s'opposer à des projets d'actes législatifs de l'Union, peut s'analyser comme une version européenne de la théorie de la nullication élaborée par John Calhoun (1782-1850) dans les années 1830 aux États-Unis[353]. Selon J. Calhoun, les États membres de l'Union américaine sont simplement « confédérés » et non « fédérés ». Aussi restent-ils souverains[354]. Cela a des conséquences sur le contrôle des lois fédérales puisque les États membres doivent pouvoir juger, en dernier ressort, de la constitutionnalité de celles-ci. Il en résulte un droit de veto ou d'annulation, sur leur territoire, de toute législation « inconstitutionnelle » adoptée par le Congrès.

215. Cette doctrine s'inscrit dans un contexte, historique et politique, particulier qui est celui de la prétention des États du Sud de n'autoriser, sur leur territoire, l'entrée en vigueur d'une loi fédérale qu'après avoir contrôlé sa compatibilité avec la constitution locale. La théorie de la nullification fait des États les interprètes ultimes de l'étendue des pouvoirs de la Fédération, ces derniers pouvant s'opposer à l'adoption et à l'application d'une mesure fédérale qui porterait atteinte à un principe consacré dans une constitution locale. Selon J. Calhoun, la constitution des États-Unis n'était qu'un contrat conclu entre des États souverains. Une telle théorie s'inscrivait dans une approche plus confédérale que fédérale. Si cette doctrine controversée a bien été élaborée dans le cadre du droit constitutionnel des États-Unis, elle a systématiquement été rejetée par la Cour suprême, les États-Unis n'étant

---

[352] CONSTANTINESCO V., « Conclusions générales : fédéralisme économique et fédéralisme politique » in L'Union européenne et le fédéralisme économique: discours et réalités. Stéphane de La Rosa, Francesco Martucci, Edouard Dubout. Bruylant 2015, p. 445.

[353] FELDMAN J.-P., *La bataille du fédéralisme, John C. Calhoun et l'annulation (1828-1833)*, Paris, PUF, 2004, 294 p.

[354] Pour J. Calhoun, si c'est l'État fédéral qui est souverain, la Fédération ne se distingue pas d'un État unitaire. En revanche, si ce sont les États fédérés qui sont souverains, l'État fédératif doit être considéré comme une Confédération d'États. Voir : CONSTANTINESCO V, « Le fédéralisme : d'un anti-étatisme », précité.

pas une Confédération mais bien une Fédération. En effet, J. Calhoun a mésestimé « la dimension constitutionnelle du pacte fédératif » qui conduit nécessairement « à dénier tout droit de nullification aux États »[355]. Par conséquent, aux États-Unis, c'est bien la Cour suprême qui est l'interprète en dernier ressort de la constitution fédérale.

216. Dans le contexte européen, le traité de Lisbonne indique que la Cour de justice est compétente pour se prononcer sur les recours pour violation, par un acte législatif, du principe de subsidiarité formés par un État membre ou transmis par celui-ci au nom de son parlement national ou d'une chambre de celui-ci[356]. À l'instar d'une Cour suprême chargée d'interpréter la constitution fédérale et de trancher les litiges fédéraux, la Cour de justice est, dans l'Union européenne, l'instance chargée de se prononcer, en dernier ressort, sur le respect du principe de subsidiarité. Si le mécanisme d'alerte précoce inscrit l'Union européenne dans une dimension confédérale, le contrôle juridictionnel du principe de subsidiarité tend, à l'inverse, à faire basculer celle-ci dans un paradigme résolument fédéral.

B. Le contrôle juridictionnel du principe de subsidiarité : une dimension fédérale

217. Le partage des compétences entre l'instance fédérale et l'instance fédérée qui est fixé dans la constitution d'un État fédéral n'implique pas, en pratique, l'absence des « conflits fédéraux »[357]. Au contraire, ces derniers sont courants, même dans les États fédéraux dit « dualistes »[358]. Les litiges constitutionnels relatifs à des conflits de partage de compétences relèvent traditionnellement de la compétence du juge fédéral. Après avoir montré l'importance du rôle, dans un système fédéral, d'un organe juridictionnel pour la résolution des litiges fédéraux (1) il s'agira de démontrer que l'existence d'un contrôle juridictionnel de subsidiarité tend à ériger la Cour de justice en arbitre fédéral des conflits de compétences (2).

---

[355] MARTI G., Le pouvoir constituant européen, précité, p. 635.

[356] Article 8 du protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

[357] Par « conflits fédéraux » il faut entendre les litiges constitutionnels relatifs au partage des compétences qui opposent l'échelon fédéral aux Etats fédérés. En ce sens : LE GOAS S., Le rôle de Cour de justice in l'Union in L'Union européenne, une Fédération plurinationale en devenir ? Sous la direction de Jean-Christophe Barbato, Yves Petit, Bruylant, 2015, p. 278. Voir aussi : BZDERA A, « L'enjeu politique de la réforme institutionnelle de la Cour de justice de la Communauté européenne », *RMCUE*, n° 356, 1992, p. 240 ; PESCATORE P., « La Cour en tant que juridiction fédérale et constitutionnelle », Rapport général, *in Dix ans de jurispru- dence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Congrès européen de Cologne du 24 au 26 avril 1963, Berlin, C. HEYMAN, p. 522 ; BEAUD O., « De quelques particularités de la justice constitutionnelle dans un système fédéral », *IN C. GREWE, O. JOUANJAN, E. MAULIN, P. WACHSMANN* (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 63 et s.

[358] Sur le fédéralisme dual ou dualiste et son dépassement dans la pratique : voir Section 1 du présent Chapitre. On oppose classiquement le fédéralisme dualiste (Etats-Unis, Canada) au fédéralisme coopératif (Allemagne, Suisse).

1. L'importance d'un contrôle juridictionnel dans le règlement des litiges fédéraux

218. En règle générale, dans les systèmes fédéraux, c'est un organe juridictionnel qui est chargé de trancher les conflits fédéraux. L'arbitrage des litiges en matière de répartition des compétences entre l'instance fédérale et les instances fédérées est donc assuré par une juridiction. Qu'il s'agisse des États-Unis, du Canada ou de l'Allemagne, les Cours suprêmes et constitutionnelles ont notamment vocation à s'assurer que le législateur fédéral n'empiète pas sur les compétences des États fédérés.

219. Encore faut-il se prononcer sur la nature de cette juridiction : est-ce à une juridiction centrale de se prononcer sur les questions mettant en jeu l'équilibre fédéral — tel qu'il ressort de la Constitution — ou aux juridictions des États membres ?[359] Le rejet de la doctrine de Calhoun, aux États-Unis, s'explique par le danger que représente, pour la survie et la viabilité de la Fédération, l'octroi du pouvoir d'interprétation aux États membres. Aussi l'histoire constitutionnelle américaine atteste-t-elle de la nécessité de remettre un tel pouvoir au niveau central et, corrélativement, de le soustraire à la compétence des États[360].

220. La question de la répartition des compétences entre l'État fédéral et les États fédérés revêt une importance fondamentale pour la justice constitutionnelle, celle-ci pouvant être considérée comme le « noyau politique de l'idée fédéraliste »[361]. Si, aux États-Unis, il ne ressort pas clairement du texte constitutionnel que les juges fédéraux ont le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois fédérales, ainsi que des lois étatiques, la jurisprudence de la Cour suprême a joué un rôle majeur dans la reconnaissance d'une telle compétence[362]. Il est d'ailleurs remarquable que la justice constitutionnelle soit née, en premier lieu, dans les États fédéraux dont la structure particulière rendait nécessaire un règlement pacifique des conflits de compétences entre l'État fédéral et l'un des États membres[363].

221. L'importance de la justice constitutionnelle se retrouve dans le fédéralisme canadien où la Cour suprême, lorsqu'elle contrôle le partage des compétences, interprète la loi mais également la constitution fédérale, même si cette seconde fonction est moins reconnue[364].

---

[359] LE GOAS S., Le rôle de la Cour de justice, précité, p. 279.

[360] MARTI G., Le pouvoir constituant européen, précité, p. 662.

[361] KELSEN H., « La garantie juridictionnelle de la Constitution. La justice constitutionnelle », *RDP*, 1928, pp. 197-257, spéc. p. 254. La Cour suprême s'est notamment fondée sur la Supremacy clause.

[362] LENAERTS K., Le juge et la Constitution aux Etats-*Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique* européen, Bruylant, Bruxelles, 1988, spéc. p. 598.

[363] Voir M. FROMONT, *Cahiers du Conseil Constitutionnel* n°15, Présentation de la Cour Constitutionnelle d'Allemagne, disponible sur le site du Conseil Constitutionnel.

[364] AGUILON C., justice constitutionnelle et subsidiarité, précité, p. 27.

D'ailleurs, comme le remarque la doctrine, si le partage des compétences prévu par la constitution n'a que très peu changé, l'interprétation de la Cour suprême canadienne a suivi différentes tendances, celle-ci ayant « progressivement reconnu la subsidiarité comme principe d'interprétation du partage des compétences en droit canadien »[365]. L'importance de la justice constitutionnelle dans la résolution des conflits de compétences entre l'échelon fédéral et les échelons fédérés se retrouve également dans le fédéralisme allemand. En effet, dès 1919, la Cour d'État, qui n'avait que des compétences limitées, était compétente pour juger les litiges fédéraux[366]. Dans le contexte de l'Union européenne, le contrôle juridictionnel du respect de la subsidiarité peut être assimilé à la question constitutionnelle de la résolution des litiges fédéraux relatifs au partage des compétences. Le cas suisse constitue à cet égard une exception sur laquelle il convient de s'arrêter.

222. La doctrine suisse s'accorde pour nier la justiciabilité du principe de subsidiarité alors même, et là réside un paradoxe, que le principe est expressément consacré dans la constitution suisse. Même dans sa fonction juridique, en tant que régulateur de l'exercice des compétences, la subsidiarité a vocation à être un précepte politique plus qu'une règle juridique. En réalité, cela n'est pas si surprenant puisque le Tribunal fédéral n'est pas compétent pour contrôler la constitutionnalité des lois fédérales. En droit de l'Union, le principe de subsidiarité dans sa fonction « juridique » de régulateur de l'exercice des compétences fait l'objet d'un contrôle juridictionnel, à la différence de la subsidiarité « politique » qui peut guider les auteurs des traités lorsque ces derniers répartissent les compétences entre l'Union et les États membres. Si la première s'impose au législateur de l'Union, la seconde peut inspirer le « pouvoir constituant » incarnés par les États membres[367]. En droit constitutionnel suisse, même si la distinction entre la fonction politique et juridique de la subsidiarité existe[368], la fonction juridique du principe « ne revêt, à l'instar de la fonction politique, qu'une valeur de précepte politique générale »[369]. Aucune voie de recours n'existe pour faire valoir, devant un juge, une violation de l'article 43.a par le législateur fédéral. Aussi, la subsidiarité ne peut-elle être utilement invoquée devant une instance judiciaire, quelle qu'elle soit. Le refus de conférer une justiciabilité au principe de subsidiarité

---

[365] *Ibid*.

[366] *Cahiers du Conseil Constitutionnel* n°15, précité.

[367] Le pouvoir fondateur des Etats membres de l'Union européenne étant l'équivalent fonctionnel d'un « pouvoir constituant ».

[368] La doctrine évoque aussi la subsidiarité au « premier niveau » qui visent les obligations du constituant et la subsidiaire « au second niveau » qui s'impose au législateur fédéral : SALADIN P., Commentaire de la Constitution, précité, p.22.

[369] DUBEY B., précité, p. 373.

a été confirmé par le Conseil fédéral qui, à l'occasion de la révision de la Constitution suisse, a indiqué que l'on ne saurait confier l'interprétation de la subsidiarité à une juridiction dans la mesure où « son application représente plutôt une question politique fondamentale que doivent résoudre le constituant et le législateur dans chaque cas concret, en prenant en considération les conditions du moment »[370]. Au regard de la spécificité de la tradition constitutionnelle suisse, la non-justiciabilité du principe de subsidiarité est une conséquence logique de l'absence de contrôle de constitutionnalité des actes législatifs adoptés par le législateur fédéral.

223. Au regard de l'expérience constitutionnelle des autres Fédérations, comme les États-Unis, le Canada et l'Allemagne, le cas suisse constitue néanmoins une exception. En ce sens, l'Union européenne est plus proche, malgré sa singularité, de ces dernières dans la mesure où la Cour de justice joue un rôle comparable à celui des Cours suprêmes ou constitutionnelles.

2. La Cour de justice en tant qu'arbitre fédéral des conflits de compétence

224. La jurisprudence a largement contribué à la « constitutionnalisation matérielle des traités »[371]. À l'instar de la consécration des droits fondamentaux ou de l'affirmation du principe démocratique, la préservation de la répartition des compétences au sein de l'ordre juridique de l'Union a permis à la Cour de justice d'appréhender les traités originaires sous un « angle matériellement constitutionnel »[372]. Si les premiers traités ne mettaient pas l'accent sur la question du partage des compétences entre la Communauté et les États, le traité de Maastricht qui a expressément consacré les principes de subsidiarité et d'attribution des compétences[373], et le traité de Lisbonne qui a introduit une clause générale de répartition des compétences, aux articles 3 à 6 TFUE, ont considérablement renforcé la fonction « juge fédéral » de la Cour de justice.

225. Dans les premiers temps de la construction communautaire, l'absence d'allocation constitutionnelle des compétences ou de clause de répartition des compétences analogue à celles qui figurent dans les constitutions fédérales, a encouragé la Cour de justice à « élargir le champ des compétences communautaires, notamment par le recours à la théorie des compétences implicites »[374]. Ce processus d'extension des compétences au profit de l'Union et d'accroissement des domaines de son intervention, y compris dans les matières relevant des

---

[370] Conseil fédéral, Message du 14 novembre 2001, in FF 2002, p. 2319.

[371] MARTI G., Le pouvoir constituant, précité, p. 279.

[372] *Ibid*.

[373] Avant Maastricht, le principe d'attribution des compétence ressortait implicitement de l'article 4 du traité CEE en vertu duquel les institutions devaient agir dans les limites des attributions conférées par le traité.

[374] MARTI G., Le pouvoir constituant, précité, p. 281.

compétences étatiques, a pu aboutir à un certain déséquilibre dans la répartition des compétences. Une telle « européanisation »[375], si elle a contribué à la constitutionnalisation matérielle des traités, s'est néanmoins heurtée à la volonté des États telle qu'elle ressortait des traités. La consécration des principes de subsidiarité et de proportionnalité dans le traité de Maastricht traduisait une préoccupation étatique quant à l'extension des interventions de l'Union et visait à inciter la Cour de justice à adopter une lecture plus stricte du champ des compétences de celle-ci.

226. Ce constat est renforcé par la circonstance que les dispositions du traité font la part belle aux compétences partagées de nature à déclencher le contrôle juridictionnel du principe de subsidiarité[376]. Certes, la subsidiarité de l'article 5.3 TUE n'a pas vocation à répartir les compétences entre l'Union et les États mais seulement à réguler l'exercice des compétences que l'Union partage avec ces derniers[377]. Néanmoins, cet élément s'inscrit bien dans une logique fédérale et constitutionnelle qui tend à faire de la Cour de justice un juge répartiteur des compétences. À l'instar du contrôle exercé par la Cour sur le choix de la base juridique, l'examen du respect du principe de subsidiarité constitue une garantie de la répartition des compétences et fait de la Cour « la gardienne des équilibres voulus par les fondateurs »[378]. En cela, sa mission n'est pas si éloignée de celle d'un arbitre fédéral des conflits de compétences opposant les autorités centrales à celles des États fédérés. L'impartialité des juges fédéraux a néanmoins souvent été remise en question par le passé, l'expérience constitutionnelle de la plupart des États fédéraux ayant montré que ces derniers tendaient à favoriser l'échelon fédéral au détriment des compétences des États fédérés.

Paragraphe 2. La question de l'impartialité du juge fédéral

227. Si un contrôle juridictionnel existe, la nature éminemment politique du principe de subsidiarité ne doit pas être négligée. Cette caractéristique implique de la part des Cours un *self-restraint* afin de respecter la séparation des pouvoirs en évitant que le juge ne substitue son appréciation à celle du législateur (A). Pour autant, si dans une optique de séparation « horizontale » des pouvoirs, la déférence du juge à l'égard du législateur parait justifiée, voire nécessaire, la séparation « verticale » des pouvoirs exige, à l'inverse, un contrôle juridictionnel approfondi afin de garantir l'équilibre fédéral. En effet, dans un contexte fédéraliste, la retenue judiciaire peut être perçue comme une complaisance du juge fédéral

---

[375] MADURO M. P., "Where to Look for Legitimacy?" in E.O. Eriksen, J.E. Fossum and A. J. Menendez (eds) Constitution Making and Democracy Arena Report No, 5(2002) (Oslo: Arena) 81, 91.

[376] LE GOAS S., Le rôle de la Cour de justice, précité, p 285.

[377] C'est-à-dire les domaines mentionnés par l'article 4 TFUE.

[378] MARTI G., Le pouvoir constituant, précité, p. 288.

envers le législateur fédéral, le premier légitimant constitutionnellement les interventions du second dans les domaines relevant des compétences étatiques. Il s'agira, dès lors, de préciser les rapports qu'entretiennent la subsidiarité ascendante et le *self-restraint* judiciaire (B)

A. La nature politique de la subsidiarité à l'origine d'un *self restraint* judiciaire

228. Si dans le cadre de l'Union, la justiciabilité du principe de subsidiarité est acquise, il convient néanmoins d'insister sur les limites du contrôle juridictionnel exercé sur ce principe. Dans la mesure où la subsidiarité interroge l'opportunité d'une intervention des autorités centrales, c'est-à-dire le caractère souhaitable de la mesure pour la société, le principe revêt un caractère foncièrement politique. Seul le législateur semble en effet en mesure d'apprécier l'opportunité ou non d'une action eu égard à ses effets et aux objectifs poursuivis. Le spectre d'un « gouvernement des juges » incite, en général, les juges fédéraux à se montrer prudents lorsqu'ils contrôlent les interventions du législateur fédéral (1). La même réserve se retrouve dans la jurisprudence de la Cour de justice relative au contrôle du principe de subsidiarité (2).

1. Le self restraint des juges fédéraux

229. La théorie du « *judicial self restraint* », développée dans le contexte du fédéralisme constitutionnel américain, constitue une réponse aux critiques adressées à la Cour suprême des États-Unis dont l'attitude a souvent été empreinte d'un activisme judiciaire[379]. La doctrine de l'auto-limitation judiciaire peut se définir comme la volonté des juges « de ne pas indisposer le pouvoir politique en place »[380]. En effet, la Cour suprême a parfois eu tendance, à l'occasion du contrôle de constitutionnalité des lois, de rendre des décisions perçues comme illégitimes car « bafouant » la volonté des représentants du peuple.

230. Le *self-restraint* a ainsi été présenté comme un remède à ce qui fut qualifié de « judicial supremacy » ou encore de « gouvernement des juges »[381]. Cette dernière expression renvoie tout particulièrement à l'épisode durant lequel la Cour suprême s'était opposée, de façon répétée et persistante, aux grandes mesures sociales prises par le Président Roosevelt lors du *New Deal*, en faisant prévaloir les préférences économiques personnelles des juges. La période *post-New Deal* a montré une plus grande déférence des juges à l'égard du législateur

---

[379] PECH L., "Le remède au gouvernement des juges: le judicial self-restraint?" in S. Brondel, N. Foulquier, L. Heuschling (dir), Gouvernement des juges et démocratie, Paris, Presses universitaires de la Sorbonne, 2001, p. 63-113.

[380] MODERNE F., « Les principes : permanence et nouveauté », *RFDA*, 1999, p. 733.

[381] *BOUDIN L. D., Government by Judiciary,* New York: William Goodwin, Inc.1932. Two vol. Pp. xii, 583 ; LAMBERT E., Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis : l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, Paris, Giard, 1921 ; Paris, Dalloz, 2005.

fédéral et les accusations d'activisme judiciaire dirigées contre la Cour se sont progressivement taries. Pour autant, le spectre du « gouvernement des juges » continue à planer sur les juridictions, incitant ces dernières à une certaine retenue lorsqu'il s'agit de contrôler les interventions du législateur fédéral.

231. C'est ainsi que la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis a connu, après l'épisode du *New Deal*, un certain laxisme dans la mesure où les juges ont systématiquement validé les législations fédérales, adoptées sur la base de la Clause de commerce, même lorsque le lien avec le commerce était ténu. Ce n'est qu'à la fin des années 1990 que la Cour a déclaré contraires à la Constitution, certaines lois adoptées par le Congrès[382]. De la même façon, la Cour suprême du Canada se montre réticente à assumer son pouvoir de contrôle sur les interventions du législateur fédéral et à contester la volonté parlementaire sur la base de la « subsidiarité canadienne »[383]. C. Aguilon a ainsi montré que la crainte d'un « gouvernement des juges » anime le juge canadien lorsqu'il doit contrôler l'opportunité d'une intervention des autorités centrales, préférant reconnaitre à ces dernières une large discrétion[384].

232. À l'instar des Cour suprêmes américaines, la Cour constitutionnelle fédérale montre la même prudence dans son appréhension de la « subsidiarité allemande »[385] alors même que la clause de l'article 72.2 de la Loi fondamentale entre dans ses compétences juridictionnelles. Malgré le caractère politique de la Clause de besoin, la Commission d'enquête pour la réforme constitutionnelle s'était prononcée en faveur d'un contrôle juridictionnel en se fondant sur l'impartialité du juge[386]. Pour autant, la doctrine allemande soutenait que la nature politique de la Clause de l'article 72 était un obstacle à sa justiciabilité et que si la Cour était amenée à se prononcer sur cet article, elle devrait se contenter d' « un contrôle extrêmement restreint ne conduisant à la remise en cause d'aucun texte législatif »[387]. La jurisprudence de la Cour de Karlsruhe s'est par conséquent longtemps inscrite dans un *self-restraint*. Comme l'a relevé L. Dechatre, il a fallu attendre la révision constitutionnelle de 1994 pour que la Cour consente, quelques années plus tard, à approfondir son examen des conditions posées à l'article 72.2 de la Loi fondamentale afin de renforcer son contrôle des interventions du

---

[382] Cette question a été traité précédemment. Voir arrêts précités, *Lopez (1995) Morrisson (2000)*.

[383] La « subsidiarité canadienne » a été présentée dans la première section du présent chapitre.

[384] AGUILON C., Justice constitutionnelle et subsidiarité, précité, p. 10.

[385] La « subsidiarité allemande » a été présentée dans la première section du présent chapitre.

[386] DECHATRE L., Le pacte fédératif, précité, p. 551. Voir aussi :

[387] DECHATRE L., Le pacte fédératif, précité, p. 551.

législateur fédéral[388]. Des considérations doctrinales identiques ont été formulées dans le contexte communautaire, à l'époque du traité de Maastricht, à propos du contrôle de subsidiarité. Aussi la Cour de justice a-t-elle été conduite à faire preuve de la même déférence envers le législateur, lorsqu'il s'est agi d'interpréter le principe de subsidiarité.

2. La retenue de la Cour de justice

233. La crainte d'un « gouvernement des juges » dans le cadre de l'Union européenne ne date pas de Maastricht[389]. S'agissant du contrôle juridictionnel de subsidiarité, si ce contrôle s'opère selon les voies ordinaires, la subsidiarité qui n'est pas un principe ordinaire semble condamner la Cour à un *self-restraint*. En 1996, la Cour a reconnu sa compétence pour s'assurer du respect de l'application de la subsidiarité par les institutions[390]. À l'époque, le contrôle se bornait à l'examen du caractère suffisant de la motivation du législateur au regard du principe de subsidiarité sans que la Cour ne procède à une analyse sur le fond de la compatibilité des actes de l'Union au regard dudit principe. À l'heure actuelle, l'examen s'opère sous deux angles : l'examen de la motivation du législateur (subsidiarité procédurale) et la compatibilité matérielle d'un acte législatif avec la subsidiarité (subsidiarité matérielle). Qu'il s'agisse de la subsidiarité « procédurale » (a) ou « matérielle » (b), le degré d'intensité du contrôle reste toutefois faible.

a. Le contrôle de la subsidiarité « procédurale »

234. Sous l'angle du contrôle juridictionnel de la conformité des actes législatifs au principe de subsidiarité, la doctrine distingue la subsidiarité procédurale de la subsidiarité matérielle[391]. La première s'entend comme un « contrôle juridictionnel des seuls motifs justifiant les actes juridiques » et la seconde comme « un contrôle juridictionnel de l'efficience comparée de l'acte en cause »[392]. L'examen de la *subsidiarité procédurale* présente un intérêt certain dans la mesure où il permet à un organe juridictionnel de contourner l'examen — sur le fond — de la mesure litigieuse, jugé techniquement impossible ou politiquement dangereux, tout en apportant une garantie au respect de la subsidiarité par le législateur. La subsidiarité procédurale a d'ailleurs été prônée, par de nombreux auteurs,

---

[388] L'arrêt *Altenpflegegesetz,* rendu en 2002, illustre cette évolution jurisprudentielle : BVerfGE 106, 62 (2e sénat, 24 octobre 2002 *Altenpflegegesetz*).

[389] COLIN J.-P., Le gouvernement des juges dans les Communautés européennes, Paris : LGDJ, 1966.

[390] CJCE, 12 novembre 1996, aff. C-84/94, *Royaume-Uni c. Conseil*, *Rec*., p. I-5793.

[391] BRIBOSIA H., « Subsidiarité et répartition des compétences entre l'Union et ses États membres dans la Constitution européenne », in Revue du droit de l'Union européenne, 2005/1, pp. 25- 64 ; ESTELLA A., The EU principle of subsidiarity and its critique, Oxford University press, 2002, p. 105.

[392] PORTUESE A., Le principe d'efficience économique dans la jurisprudence européenne, thèse, 2012, p.146.

comme l'approche la plus rationnelle pour un acteur comme la Cour de justice, celle-ci ne pouvant substituer son appréciation à celle du législateur[393].

235. Un des objectifs de la subsidiarité est d'« amoindrir le pouvoir discrétionnaire dont jouit la Commission en matière d'initiative »[394]. Les garanties procédurales relatives au respect de la subsidiarité figurent aujourd'hui dans le protocole n°2 annexé au traité de Lisbonne. Ainsi, les projets d'actes législatifs doivent être motivés au regard de ce principe[395]. Le protocole n°30, annexé au traité d'Amsterdam[396], prévoyait déjà que la Commission devait « motiver la pertinence de chacune de ses propositions au regard du principe de subsidiarité »[397]. En imposant aux institutions d'établir l'exposé des motifs ayant conduit ces dernières à agir, l'obligation de motivation met la Cour en mesure d'exercer son contrôle sur lesdits actes. En outre, elle permet aux intéressés, dont les États, de connaitre les conditions dans lesquelles les institutions ont décidé d'intervenir. Aussi, la Commission s'efforce-t-elle « de justifier, de manière explicite dans l'exposé des motifs de ses textes, la prise en compte des principes en question, à travers une description des raisons qui justifient une action communautaire, en lieu et place d'une action sur le plan national ou local »[398]. Au regard de l'importance de la subsidiarité, la motivation des actes du législateur devrait toujours apparaître et son absence devrait être sanctionnée par la Cour comme vice de forme. Le contrôle de la subsidiarité procédurale semble donc pleinement justifié.

236. En outre, l'examen de la subsidiarité procédurale présente un autre avantage. De nombreux auteurs estiment qu'un tel contrôle inscrit le juge dans une vision efficiente et rationnelle car en se concentrant sur la seule motivation du législateur, le juge lui laisse la marge d'appréciation qui lui revient, tout en apportant des garanties procédurales au respect de la subsidiarité[399]. Cette attitude a été considérée comme la meilleure stratégie à adopter car elle permet à la Cour de s'assurer que les acteurs politiques ont effectué le test d'efficience, sans avoir à substituer son appréciation à celle du législateur. En procédant ainsi, le risque d'un « gouvernement des juges » est écarté et le respect de la subsidiarité, garanti. G.

---

[393] *Ibid*. L'auteur considère qu'une telle approche est *« rationnelle d'un point de vue économique »*.

[394] RACCAH A., Vers une formalisation de la procédure pré-législative de l'Union européenne ? Dans Revue française d'administration publique 2008/3 (n° 127), p. 543 à 558.

[395] Article 5 du protocole précité.

[396] Protocole (n° 30) sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité (Amsterdam, 2 octobre 1997) Journal officiel des Communautés européennes (JOCE). 10.11.1997, n° C 340. [s.l.]. ISSN 0378-7052.

[397] *Ibid.,* pt 9. Il était précisé que « *chaque fois que cela est nécessaire, l'exposé des motifs joint à la proposition donne des détails à ce sujet. Le financement, en tout ou en partie, de l'action de la Communauté, à partir du budget communautaire requiert une explication* ».

[398] PETITE M., Intervention devant le groupe de travail sur la subsidiarité à la Convention, p. 5. Citée par RACCAH A, précité.

[399] PORTUESE A. précité, p. 146.

Bermann avait très tôt souligné l'importance de « procéduraliser » la subsidiarité en mettant l'accent sur les dangers que présente l'examen de la subsidiarité matérielle. Selon lui, la Cour n'est pas suffisamment équipée pour procéder elle-même au contrôle au fond, c'est pourquoi, elle doit exclusivement se concentrer sur la subsidiarité procédurale[400]. L'analyse des arrêts se révèle toutefois décevante sur ce point au regard du laxisme qui caractérise la jurisprudence.

237. La Cour de justice estime que la justification du respect de la subsidiarité ne nécessite pas l'obligation d'une motivation spécifique et expresse dans la mesure où la simple lecture des considérants de l'acte litigieux peut faire ressortir, fût-ce implicitement, le respect du principe par le législateur. La Cour n'exige pas de ce dernier qu'il justifie, de manière explicite, la prise en compte du principe de subsidiarité[401]. Dans l'affaire *Royaume-Uni c/ Conseil*[402], l'État requérant faisait valoir la motivation défectueuse d'une directive en ce que le législateur n'avait pas suffisamment expliqué en quoi elle améliorait les conditions de travail des salariés. Le Royaume-Uni estimait que l'article 118 A, interprété à la lumière du principe de subsidiarité, ne permettait pas « l'adoption d'une directive formulée de manière aussi générale et impérative », d'autant plus que la réglementation du temps de travail variait « très sensiblement d'un État membre à l'autre »[403]. La Cour a estimé que le législateur n'était pas tenu de spécifier tous les éléments de fait ou de droit pertinents. En effet, dans la mesure où les considérants faisaient clairement apparaître que la directive visait à l'harmonisation de la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs, celle-ci respectait la subsidiarité[404].

238. Dans l'affaire *Allemagne c/ Parlement et Conseil*[405], l'État requérant reprochait au législateur de n'avoir pas fait état des motifs justifiant que son action respectait la subsidiarité[406]. Tout en rappelant l'importance de l'obligation de motivation[407], la Cour s'est

---

[400] BERMANN G. "Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States," *Columbia Law Review* 94 (1994): 331, 391 « *Community should respond to this challenge by recasting subsidiarity from a jurisdictional principle (that is, a principle describing the allocation of substantive authority between the Community and the Member States) into an essentially procedural one (that is, a principle directing the legislative institutions of the Community to engage in a particular inquiry before concluding that action at the Community rather than Member State level is warranted). (…) In ensuring that the institutions ask and answer the right questions before acting, the Court in effect enforces a procedural mandate, something it is well equipped to do. The Court is not, however, especially well equipped to make the substantive judgment as to whether the institutions correctly identified and assessed the consequences of Community inaction.* »

[401] CJCE, *Royaume-Uni c. Conseil*, précité ; CJCE, 13 mai 1997, aff. C-233/94, Allemagne c. Parlement européen et Conseil, Rec., p. I-2441 ; 9 octobre 2001, aff. C-377/98, Pays-Bas c. Parlement européen et Conseil, Rec., p. I-7149.

[402] CJCE, *Royaume-Uni c. Conseil*, précité.

[403] Pt 46 de l'arrêt précité.

[404] Pts 74 et 75 de l'arrêt précité.

[405] CJCE, 13 mai 1997, *Allemagne c/ Parlement et Conseil, Rec, I-02405, ECLI:EU:C:1997:231.*

[406] Pt 24 de l'arrêt précité.

[407] Pt 25 de l'arrêt précité.

bornée à constater que le législateur avait estimé, au deuxième considérant de la directive, qu'il convenait « de se préoccuper de la situation susceptible de se produire en cas d'indisponibilité des dépôts d'un établissement de crédit qui a des succursales dans d'autres États membres » et qu'il était « indispensable qu'un niveau minimal harmonisé de garanties des dépôts soit assuré »[408]. Aux yeux du juge, ces considérations démontraient que le législateur avait estimé que « l'objectif de son action pouvait, en raison des dimensions de l'action envisagée, être mieux réalisé au niveau communautaire »[409]. La Cour estime donc que l'obligation de motivation est remplie dès lors que lui apparaissent les raisons, même implicites, lui indiquant que la subsidiarité a été respectée. Le seul fait que l'acte fasse allusion à l'opportunité de son existence suffit à ce qu'elle considère que le législateur a correctement appliqué ce principe. Cette approche souple, voire laxiste, peut surprendre tant elle contraste avec les exigences du protocole d'Amsterdam qui imposait une obligation de motivation particulièrement stricte[410]. Le contrôle de la subsidiarité procédurale ne semble pas garantir, à l'heure actuelle, la bonne application du principe de subsidiarité.

b. Le contrôle de la subsidiarité « matérielle »

239. Dans un premier temps, le contrôle de la subsidiarité matérielle — au sens d'un contrôle de la compatibilité matérielle des actes avec le principe de subsidiarité — a semblé exclu. Si une partie de la doctrine avait, d'emblée, écarté cette hypothèse[411], la Cour avait conforté la position des auteurs les plus critiques[412] en évitant soigneusement de se prononcer, dans les premiers arrêts, sur cette question[413]. Cette attitude a renforcé l'opinion selon laquelle le juge de l'Union n'avait pas à procéder à un examen du respect, par le législateur, du principe de subsidiarité. En refusant d'apprécier elle-même le respect du principe, sur le fond, c'est-à-dire appliquer un test d'efficience, la Cour semblait adopter une approche rationnelle. Cette attitude consistait à retenir une conception restrictive de son contrôle en « se cantonnant à accepter un grand nombre d'actes juridiques européens sur le fondement de leur

---

408 Pt 26 de l'arrêt précité

409 *Ibid*.

410 L'obligation de motivation s'imposait aux propositions législatives de la Commission et au législateur lui-même (Conseil et Parlement).

411 BERMANN G. « Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States » *Columbia Law Review* 94 (1994).

412 Ces auteurs, comme G. Bermann ou H. Bribosia, prônaient une *« procéduralisation »* de la subsidiarité et déniaient à la Cour le pouvoir de contrôler le respect du principe sur le fond. Voir : BRIBOSIA, H., Subsidiarité et répartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres dans la Constitution européenne. Revue de Droit de l'Union Européenne, 2005, Vol.1 pp.25-64. BERMANN G, précité.

413 CJCE, 12 novembre 1996, *Royaume-Uni c/Conseil*, aff.C-84/94 ; CJCE, 10 décembre 1996, *Allemagne c/ Parlement et Conseil,* aff. C-233/94.

seule subsidiarité procédurale (sans même de référence explicite) »[414]. En cela, la Cour minimisait les coûts d'erreurs judiciaires grâce à une approche minimaliste de la subsidiarité matérielle, à savoir la « justice déléguée »[415].

240. L'analyse de la jurisprudence révèle toutefois que la position de la Cour a évolué. Au refus initial de contrôler la subsidiarité matérielle s'est substitué un contrôle marginal. Il n'est d'ailleurs pas certain que la Cour ait entendu refuser d'exercer un contrôle de la subsidiarité matérielle. S'il est vrai que le juge s'est montré, dans un premier temps, particulièrement prudent, l'absence d'un contrôle de la subsidiarité matérielle peut s'expliquer par l'ambiguïté des griefs avancés par les États requérants. Dans l'arrêt *Royaume-Uni c/Conseil*1996[416], l'État requérant contestait l'adoption de mesures trop générales sur le fondement d'une violation de la subsidiarité. Le gouvernement avait toutefois précisé qu'il n'invoquait pas la violation du principe à titre de moyen autonome, ce qui peut expliquer le refus de la Cour de contrôler la directive sous cet angle[417]. Dans l'arrêt *Allemagne/Parlement et Conseil*[418], le gouvernement allemand reprochait au législateur de n'avoir pas fait état des motifs justifiant que son action était conforme au principe de subsidiarité. La Cour s'est donc bornée à vérifier si la motivation était suffisante. Si le juge n'a pas envisagé la possibilité de soulever la question du respect de la subsidiarité sur le fond, c'est parce qu'il n'y était pas expressément invité.

241. Après une première phase d'incertitude, la Cour a accepté d'examiner la compatibilité matérielle des actes du législateur au regard du principe de subsidiarité. Dans des arrêts ultérieurs, la Cour a expressément admis l'existence d'une dimension matérielle du contrôle. Ainsi, à coté de l'examen de la motivation du législateur, l'on a pu relever la formule — par la suite généralisée — selon laquelle « l'objectif recherché par la directive, consistant à assurer le bon fonctionnement du marché intérieur en prévenant, voire en éliminant, des divergences entre les législations et pratiques des différents États membres » n'aurait pas pu « être atteint par une action entreprise au niveau des seuls États membres »[419]. Cette formule reflète l'évolution du contrôle juridictionnel de la subsidiarité. La Cour de justice a cependant précisé que son contrôle était marginal lorsque le législateur agissait dans un domaine impliquant des choix de politique économique ou sociale. En effet, lorsque ce dernier dispose d'un large pouvoir d'appréciation, la Cour doit limiter son examen à l'erreur manifeste

---

[414] PORTUESE A., précité, p.147.

[415] *Ibid*.

[416] CJCE, 12 novembre 1996, Royaume-Uni c/Conseil, aff.C-84/94 précité.

[417] Le gouvernement britannique avait expressément précisé, au cours de la procédure écrite, qu'il n'invoquait pas la violation du principe de subsidiarité en tant que moyen d'annulation de la directive.

[418] CJCE, 13 mai 1997, Allemagne contre Parlement européen et Conseil, aff. C-233/94, précité.

[419] CJCE., 9 octobre 2001, Pays-Bas c. Parlement et Conseil, aff. C-377/98, Rec., p. I-7079, pt 32.

d'appréciation ou au détournement de pouvoir. Dans l'arrêt *Pays-Bas c/Conseil et Parlement,* rendu en 2001, la Cour a relevé que l'objectif de l'action entreprise par législateur pouvait « en raison des dimensions et des effets de l'action envisagée, être mieux réalisé au niveau communautaire »[420]. En l'espèce, et à la différence des affaires précédentes, l'État requérant qui soutenait que la directive méconnaissait la subsidiarité avait pris soin d'énoncer les deux dimensions de la subsidiarité, matérielle et procédurale. Les Pays-Bas faisaient ainsi valoir une violation du principe sur le fond et, subsidiairement, une motivation insuffisante de l'acte. Le contrôle auquel se livre la Cour est néanmoins limité car le juge se borne à affirmer que l'objectif de l'action, le bon fonctionnement du marché intérieur, n'aurait pas pu être atteint par une action étatique. Si l'affirmation est difficilement contestable, eu égard à l'aspect transnational de l'objectif, la justification reste lacunaire. En effet, la Cour ne se livre pas à une véritable analyse mais se borne à relever les « effets immédiats sur le commerce » et « le commerce intracommunautaire » pour affirmer que l'objectif recherché peut, en raison des dimensions et des effets de l'action, être mieux réalisé au niveau communautaire.

242. Un an plus tard, dans l'arrêt *British American Tobacco*[421], la Cour de justice était interrogée sur le point de savoir si une directive avait été adoptée en conformité avec le principe de subsidiarité. Estimant qu'il convenait d'examiner si l'objectif de la mesure pouvait être mieux réalisé au niveau communautaire, la Cour a relevé que la directive avait pour objectif d'éliminer les entraves résultant des divergences entre les dispositions nationale en matière de fabrication et de vente des produits du tabac, tout en assurant un niveau de protection élevé en matière de santé. Relevant, dans les trois premiers considérants, l'objectif d'éliminer ces entraves et, dans le quatrième, l'exigence d'un niveau de protection élevé en matière de santé, la Cour en a déduit que l'objectif ne pouvait être réalisé de manière satisfaisante par une action entreprise au niveau des États. L'objectif supposait donc une action communautaire. Pour appuyer cette affirmation, la Cour a rappelé les risques que comportait l'hypothèse d'une évolution hétérogène des législations nationales sur le marché. Considérant que le recours à l'article 95 CE comme base juridique était possible afin de prévenir l'apparition d'obstacles aux échanges, le juge a précisé que ce risque devait être

[420] *Ibid.,* pt 32.

[421] CJCE, 10 Décembre 2002, *British American Tobacco (Investments) et Imperial Tobaccoaff,* aff.C-491/01.

vraisemblable. En outre, la mesure devait véritablement avoir pour objet leur prévention[422]. S'agissant de l'opportunité d'une l'intervention de l'Union, le législateur dispose, il est vrai, d'un large pouvoir d'appréciation qui correspond à ses responsabilités politiques. La Cour ne saurait remettre en cause ce pouvoir, sur le fondement du principe de subsidiarité. C'est pourquoi elle a toujours jugé que seul le caractère manifestement inapproprié d'un acte peut affecter sa légalité, son contrôle devant se limiter à vérifier si la mesure n'est pas entachée d'une erreur manifeste, d'un détournement de pouvoir ou si l'autorité n'a pas manifestement dépassé les limites de son pouvoir d'appréciation[423].

243. La faible intensité du contrôle, tant sur le plan procédural que matériel, conduit le juge à valider systématiquement les interventions du législateur et, en cela, à légitimer l'action de l'Union. Le *self-restraint* ne s'inscrit-il pas dans une instrumentalisation prétorienne visant à justifier l'activation de la « subsidiarité ascendante » au détriment de l'autonomie des États ?

B. *Self restraint* judiciaire ou activation de la subsidiarité ascendante

244. Le principe de séparation des pouvoirs qui consiste en une séparation qualifiée d' « horizontale » quand elle est appliquée à des organes qui se situent à un même niveau de gouvernement comporte également une dimension « verticale » qui suppose « une séparation entre une entité supérieure et un ou plusieurs niveaux d'entités inférieures »[424]. Si cette dernière se retrouve dans les systèmes fédéraux, comme les États-Unis, ou intégrés, comme l'Union européenne, elle reste largement ignorée des États unitaires comme la France[425]. Il est intéressant de noter que le principe de séparation des pouvoirs, hérité de *L'Esprit des Lois* de Montesquieu, a été repris et reformulé par les Pères fondateurs des États-Unis dans la théorie des *checks and balances*[426]. Le système des *checks and balances* s'inscrit dans le fédéralisme constitutionnel américain dans lequel les freins et contrepoids (séparation horizontale) ne sont « qu'une partie d'un système plus vaste dans lequel les États sont le contrepoids du

---

422 Le raisonnement de la Cour, malgré le caractère marginal du contrôle de subsidiarité, est plus satisfaisant que l'analyse proposée par son Avocat général. Celui-ci avait jugé la question de la subsidiarité *« simple à régler »* invitant la Cour à constater qu'il n'y avait pas eu violation du principe *« sans avoir à s'en expliquer par le menu »*. En trois points concis, l'Avocat général se proposait d'évacuer le problème de la subsidiarité : la subsidiarité devait être considéré comme «*un concept dynamique qui laisse l'espace nécessaire à l'appréciation du législateur européen* » ; ensuite, l'intervention communautaire était «*motivée de manière circonstanciée*»; enfin, la directive s'inscrivait *« dans le droit fil des lignes directrices du protocole sur la subsidiarité»*.

423 En matière de politique agricole commune: CJUE, 19 septembre 2013, *Panellinios Syndesmos* aff.C−373/11, pt 41.

424 DEROSIER J.-P., «La dialectique centralisation/décentralisation – Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité », R.I.D.C., 1, 2007, p 109.

425 MATHIEU C., La séparation des pouvoirs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, thèse, Montpellier, 2015, p. 38.

426 On traduit généralement cette expression par « freins et contrepoids ».

gouvernement fédéral » (séparation verticale)[427]. Encore faut-il relever que les États fédéraux tendent naturellement à la centralisation, laquelle renforce l'échelon fédéral, c'est-à-dire l'unité et la cohésion, et désavantage l'autonomie des entités fédérées et la diversité au sein de la Fédération. Replacé dans une logique de subsidiarité, ce processus centralisateur peut être interprété comme l'activation d'une subsidiarité ascendante. La centralisation est favorisée par le juge constitutionnel fédéral qui tend, en pratique, à privilégier l'action des autorités centrales au détriment des compétences étatiques (1). Cette tendance « centralisatrice », bien connue chez les juges fédéraux, se retrouve dans la jurisprudence de la Cour de justice et semble attester d'une instrumentalisation typiquement fédérale du principe de subsidiarité (2).

1. La tendance bien connue des juges fédéraux à favoriser l'échelon fédéral

245. Quel que soit le cadre constitutionnel définissant la répartition verticale des compétences dans les systèmes fédéraux, le juge constitutionnel démontre une « tendance centralisatrice » de sorte que des doutes peuvent apparaître sur son indépendance et son impartialité[428]. Cette tendance se retrouve aussi bien dans la jurisprudence des Cours suprêmes d'Amérique que dans celle de la Cour constitutionnelle fédérale allemande.

246. Si l'on prend l'exemple des États-Unis, l'on relève qu'en dépit du XXème amendement de la Constitution qui pose une présomption de compétence des États fédérés[429], la Cour suprême s'est très tôt efforcée de légitimer l'accroissement du champ d'action du gouvernement fédéral, au détriment des compétences étatiques. Le juge fédéral s'est fondé, pour cela, sur différents outils juridiques prévus dans la constitution, comme la Clause de suprématie[430], la « Clause élastique »[431] (*necessary and proper clause*) ou encore la Clause de commerce dont elle a eu des interprétations extensives[432]. À ces différentes instruments textuels, l'on peut ajouter des outils prétoriens comme la doctrine des « compétences implicites ». Ces pratiques ont permis de légitimer la centralisation fédérale et de renforcer les pouvoirs du niveau fédéral au détriment des États fédérés. La même tendance centralisatrice peut être constatée au Canada où la prépondérance fédérale s'applique aux conflits entre les

---

427 BARTHÉLÉMY J., Le rôle du pouvoir exécutif dans les Républiques modernes, Giard et Brière (Ed.), Paris, 1906, p. 88.

428 SALLES J., Le juge constitutionnel: acteur essentiel de la répartition verticale des compétences, 2008.

429 En vertu de cet amendement, « les pouvoirs non délégués aux États-Unis par la Constitution, ni prohibés aux États, sont réservés aux États respectivement, ou au peuple ». Aussi l'Etat fédéral ne peut-il exercer que des compétences spécialement prévues dans la Constitution.

430 En vertu de cette clause, la législation fédérale est supérieure aux lois des Etat fédérés.

431 McCulloch v. Maryland 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819).

432 Voir Section 1 du présent chapitre.

deux échelons. Comme relevé précédemment, la Cour suprême s'est appuyée sur les compétences générales en matière de Paix, d'Ordre et de Bon Gouvernement, la théorie des dimensions nationales ainsi que la compétence fédérale en matière de commerce, pour fédéraliser les compétences nécessaires à l'Union économique[433]. La Cour suprême a tout particulièrement opéré une centralisation fédérale dans le domaine économique et en matière d'aménagement du territoire[434].

247. Enfin, en Allemagne, dans le domaine de l'article 72.2 de la Loi fondamentale, la Cour constitutionnelle s'est vue reprocher sa jurisprudence trop favorable au législateur fédéral. La position de la doctrine allemande a été quelque peu paradoxale puisque dans un premier temps les auteurs avaient soutenu que la Cour n'avait pas à s'immiscer dans les appréciations du législateur en ce domaine. Cette opinion a par la suite évolué, en raison de la centralisation inéluctable à laquelle aboutissait un tel raisonnement. En effet, la commission constitutionnelle de 1993 a affirmé que les arrêts relatifs à la clause de besoin ont été « le point d'accès principal pour l'affaiblissement des compétences des Länder »[435]. Par son *self-restraint*, la Cour contribuait à ce que le législateur puisse systématiquement trouver un fondement à son intervention. En effet, la Cour affirmait que c'était au législateur, sous réserve d'une erreur manifeste d'appréciation, d'interpréter les buts justifiant l'intervention fédérale visés à l'article 72.2 de la Loi fondamentale. Le contrôle restreint de la Cour, limité à l'erreur manifeste d'appréciation, aboutissait à ce que les buts dudit article soient compris de façon tellement large qu'un grand nombre de lois fédérales puisse y entrer[436].

2. La tendance centralisatrice de la Cour de justice : une instrumentalisation typiquement fédérale ?

248. L'analyse de la jurisprudence révèle qu'à l'heure actuelle la Cour de justice n'a jamais annulé ou invalidé un acte législatif de l'Union pour non respect du principe de subsidiarité. En effet, le *self-restraint* judiciaire confère au législateur européen une grande liberté pour décider de l'opportunité d'une action au niveau de l'Union. Dans la mesure où la consécration du principe avait précisément pour objet de restreindre l'action législative de

---

[433] On peut ajouter l'article 121 de la constitution canadienne relatif à la libre circulation des marchandises en vertu duquel «Tous articles du crû, de la provenance ou manufacture d'aucune des provinces seront, à dater de l'union, admis en franchise dans chacune des autres provinces ».

[434] AGUILON C., Justice constitutionnelle, précité, p. 381.

[435] Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission, 05.11.1993, BT-Drs.12/6000. Cité par L. Dechatre, Le pacte fédératif, précité, p. 556.

[436] DECHATRE L., Le pacte fédératif, précité, p. 556.

l'Union, le caractère limité du contrôle juridictionnel peut être critiqué. La lecture des arrêts ultérieurs révèle, malgré tout, un renforcement du contrôle juridictionnel de subsidiarité.

249. Contrairement aux préconisations de la doctrine, ce n'est pas tant sur la subsidiarité procédurale que matérielle que porte l'évolution jurisprudentielle. L'examen des arrêts plus récents montre que, au moins sur un plan quantitatif, le juge a étoffé le contenu de son analyse en consacrant des développements plus substantiels à la question de la subsidiarité. Si le renforcement du contrôle est visible, l'évolution est toutefois limitée car elle revêt un aspect en trompe-l'oeil visant à légitimer l'action du législateur. L'hypothèse d'une sanction de ce dernier pour violation de la subsidiarité nous semble donc hautement improbable.

250. À partir des années 2000, la jurisprudence a semblé évoluer vers un contrôle « normal ». Les arrêts *Natural Health*[437], *Vodafone*[438] et, plus récemment, *Estonie c/ Parlement et Conseil*[439] attestent d'une prise en compte plus grande de ce principe. La Cour y affine son analyse tout en validant les interventions du législateur à la lumière de ce principe. Dans l'arrêt *Alliance for Natural Health,* le juge s'est efforcé de démontrer que l'intervention de l'Union était légitime alors même que les requérants faisaient valoir que les dispositions de la directive *2002/46* empiétaient de manière injustifiée sur la compétence des États dans le domaine sanitaire, social et économique. Ils ajoutaient que ces derniers étaient mieux placés pour déterminer les exigences de santé publique de nature à justifier une entrave à la libre commercialisation des compléments alimentaires sur leur territoire national. La Cour a jugé que la subsidiarité s'applique au législateur lorsqu'il recourt à l'article 95 CE dans la mesure où cette disposition ne lui donne pas une compétence exclusive pour réglementer les activités économiques dans le marché intérieur, mais seulement une compétence en vue d'améliorer son fonctionnement. Après avoir confirmé l'application du principe de subsidiarité, la Cour de justice a affirmé sa compétence pour en contrôler le respect. Indiquant qu'il convenait d'examiner si l'objectif poursuivi pouvait être mieux réalisé au niveau communautaire, la Cour a relevé que l'interdiction de commercialiser des compléments alimentaires avait pour objectif d'éliminer les entraves résultant des divergences entre les règles nationales en ce qui concerne les vitamines, tout en assurant, conformément à l'article 95.3 CE, un niveau élevé de protection de santé. La Cour a ensuite estimé que laisser aux États la réglementation du commerce des compléments alimentaires aurait pour conséquence la persistance d'obstacles aux échanges ainsi que des distorsions de concurrence. Cette affirmation lui a permis de

---

[437] CJCE, 12 juillet 2005, *Alliance for Natural Health*, aff.C-154 et 155/04, Rec.2005 p.I-6451.

[438] CJUE, 8 juin 2010, *Vodafone,* aff. C-58/08, *Rec*.2010 p. I-4999.

[439] CJUE, 18 juin 2015, *Estonie c/Parlement et Conseil,* aff. C-508/13, ECLI:EU:C:2015:403.

conclure que l'objectif ne saurait être réalisé de manière satisfaisante par une action étatique et supposait une action de l'Union. Dans cet arrêt la Cour livre, pour la première fois, une analyse concise et limpide de la *subsidiarité matérielle*.

251. Dans l'affaire *Vodafone,* la Cour a rappelé que l'Union ne doit légiférer que dans la mesure du nécessaire et affirmé que le législateur doit laisser une marge de décision aussi grande que possible au plan national tout en précisant que cette marge doit rester compatible avec les exigences du traité. En l'espèce, la Cour a relevé que le législateur « soucieux de préserver la concurrence entre opérateurs de réseau mobile » a adopté un règlement instaurant une approche commune afin de contribuer au fonctionnement harmonieux du marché. L'approche commune permettait aux opérateurs d'agir dans un cadre réglementaire cohérent. Procédant à une analyse approfondie des dispositions du règlement litigieux, la Cour a relevé l'importance de l'interdépendance entre les prix de détail et les prix de gros des services d'itinérance de sorte que toute mesure visant uniquement à faire baisser les prix de détail aurait perturbé le fonctionnement du marché de l'itinérance. Le législateur pouvait donc conclure que son action nécessitait une approche commune, tant au niveau des prix de gros que de détail, afin de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur. Cette interdépendance justifiait que l'action comporte une intervention au niveau des prix de détail alors même qu'elle était contestée sous l'angle de la subsidiarité. La Cour a estimé qu'en raison des *effets* de cette approche commune, l'objectif pouvait être *mieux réalisé* au niveau de l'Union. L'analyse fondée sur les effets sera reprise dans la jurisprudence ultérieure.

252. L'arrêt *Estonie/Parlement et Conseil* semble achever cette évolution. La Cour y délivre une analyse plus fine des objectifs poursuivis par la directive au regard de la subsidiarité dans la mesure où elle relève le *double objectif* sur le fondement duquel le législateur peut justifier son intervention. Ce double objectif peut consister, comme en l'espèce, à harmoniser les états financiers des entreprises afin que les utilisateurs disposent de données comparables mais aussi à tenir compte, au moyen d'un régime spécial, de la situation particulière des petites entreprises, sur lesquelles l'application des exigences comptables prévues pour les moyennes et grandes entreprises ferait peser une charge excessive. Cette circonstance explique que même si le second objectif semble mieux atteint par une action étatique, la poursuite de cet objectif au niveau national pourrait engendrer des situations dans lesquelles certains États allégeraient différemment que d'autres la charge administrative des petites entreprises. Cette évolution irait à l'opposé de l'objectif premier de la directive, à savoir l'établissement de conditions minimales équivalentes pour la comptabilité d'entreprises concurrentes. Ainsi, le législateur pouvait légitimement estimer que son action

devait comporter un régime spécial des petites entreprises. En raison de cette *interdépendance*, le double objectif pouvait être *mieux réalisé* au niveau de l'Union.

253. Sans avoir à multiplier les exemples tirés de sa jurisprudence, du reste peu nombreux, l'on pressent que le raisonnement appliqué par la Cour, sous l'angle du principe de subsidiarité, la conduit à valider systématiquement l'action du législateur de l'Union dès lors que la base juridique est correcte. Aussi la Cour de justice n'apparaît-elle pas comme un gardien convaincant du principe de subsidiarité. Mais cette caractéristique, loin de l'éloigner du juge fédéral censé être un arbitre impartial des conflits de compétences, semble, selon une opinion largement répandue (qu'il nous faudra nuancer par la suite), l'en rapprocher.

254. Dans un rapport d'information au Sénat français de 1997 portant sur le principe de subsidiarité, C. de la Malène affirmait que la jurisprudence de la Cour « avait été, jusqu'à présent, presque constamment orientée dans le sens de l'augmentation des compétences et des pouvoirs de la Communauté, allant jusqu'à reconnaître à celle-ci des pouvoirs implicites - ceux jugés nécessaires à la réalisation d'objectifs fixés par les traités - et même des objectifs implicites justifiant des interventions communautaires dans des domaines non prévus par les traités »[440]. Or, l'expérience ne montrait-elle pas que « les jurisprudences des Cours suprêmes des systèmes fédéraux s'orientent, dans la durée, vers le renforcement des pouvoirs de la Fédération, ce qui est d'ailleurs inscrit dans la logique d'institutions fédérales : une Cour suprême n'ayant de légitimité et de compétences que fédérales, a nécessairement tendance à accroître les prérogatives de la Fédération, ce qui lui permet de consolider sa propre légitimité et d'élargir le champ de ses propres compétences ». L'auteur ajoutait que la Cour de justice, qui avait reconnu au Traité de Rome « une finalité fédérale implicite » s'est inscrite dans cette tendance en s'inspirant de la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis. Aussi concluait-il qu'une garantie effective du principe de subsidiarité supposait « un changement aussi profond qu'improbable de l'orientation de sa jurisprudence »[441].

255. Cette instrumentalisation *a priori* typiquement « fédérale » du principe de subsidiarité par la Cour ne doit pas étonner puisque le rôle des juridictions dans la structuration du droit et le passage d'un ordre décentralisé à un ordre plus centralisé est bien connu de la doctrine. Plus spécifiquement, les juges constitutionnels fédéraux qui sont les garants de l'effectivité de l'ordre juridique fédéral permettent, selon H. Kelsen, l'accomplissement d'une Fédération, cette dernière ayant un caractère centralisateur certain. Pour autant, si pour H. Kelsen la

---

[440] De la MALENE C., L'application du principe de subsidiarité, délégation du Sénat pour l'Union européenne Rapport 46 - 1996 / 1997.

[441] *Ibid*.

structuration de l'ordre juridique fédéral doit passer par un certain degré de « centralisation », l'auteur insiste sur l'importance de l'impartialité des juges pour la garantie de la « parité fédérative », ce dernier principe postulant l'égalité entre le niveau fédéral et le niveau des entités fédérées[442]. Il importe de souligner dès à présent que le fédéralisme ne constitue pas un « processus de centralisation, mais vise au contraire l'équilibre entre les autorités étatiques fondatrices et les autorités fédérales créées »[443]. Aussi pensons-nous que la centralisation que connaissent la plupart des Fédérations dans le monde doit davantage être interprétée comme une dérive de la pratique qu'un trait constitutif du fédéralisme[444]. En effet, une centralisation excessive porterait atteinte à l'essence même du fédéralisme. C'est pourquoi, les juges fédéraux tendent, en général, à rééquilibrer les effets centralisateurs de leur jurisprudence afin de compenser d'une façon ou d'une autre les atteintes portées par le législateur fédéral aux compétences des États fédérés. Cela se traduit par des phases plus ou moins favorables à la Fédération ou aux entités fédérées.

---

[442] BEAUD O., Hans Kelsen, théoricien constitutionnel de la Fédération in HERRERA Carlos-Miguel. (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, Paris, LGDJ, p.56.

[443] DECHATRE L., Le pacte fédératif, précité, p. 768.

[444] Nous estimons que l'application de la subsidiarité ascendante qui peut conduire à une centralisation excessive dans l'Union n'est pas le fruit d'une instrumentalisation « fédéraliste », contrairement à ce qui est souvent avancé, mais « fonctionnaliste ». Les considérations relatives à l'équilibre des compétences, l'autonomie ou encore la diversité étant bien souvent absentes de la jurisprudence de la Cour de justice.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

256. S'il est vrai que la subsidiarité est difficile à traduire en termes juridiques, tant ses connotations philosophiques et sa nature politique s'avèrent difficiles à dépasser, le principe n'en a pas moins inspiré — fût-ce implicitement et sous des formes diverses — l'organisation constitutionnelle des États fédéraux comme les États-Unis, le Canada, la Suisse ou encore l'Allemagne. Ainsi peut-on affirmer que la subsidiarité est indissociable du fédéralisme constitutionnel. En effet, les États fédéraux se caractérisent par un système de séparation verticale des pouvoirs dans lequel le constituant a soit établi des listes de compétences soit utilisé un principe organisationnel visant à encadrer le partage de celles-ci. Dans les deux cas, la subsidiarité tend à se manifester, soit comme un principe répartiteur des compétences, soit comme un principe de régulation de l'exercice des compétences.

257. Depuis le traité de Maastricht, la subsidiarité peut être considérée comme un « principe constitutionnel » de l'ordre juridique de l'Union européenne[445]. La consécration expresse du principe dans le droit primaire participe à sa « constitutionnalisation » et permet de rapprocher l'Union d'un modèle constitutionnel fédéral. En effet, si la constitutionnalisation de la subsidiarité est fluctuante, dans la mesure où les constitutions fédérales contiennent rarement une référence expresse à celle-ci, le principe est néanmoins omniprésent et sous-tend beaucoup de dispositions constitutionnelles. Cela ressort clairement de l'analyse de la jurisprudence des juges constitutionnels, chargés d'interpréter la constitution fédérale et de trancher les conflits de compétences pouvant opposer les autorités centrales aux autorités des États fédérés, qu'il s'agisse des Cours suprêmes américaines ou de la Cour constitutionnelle allemande. Le Tribunal fédéral suisse constitue, à cet égard, une exception remarquable. En effet, dans la mesure où il n'a que des compétences limitées en matière de contrôle de constitutionnalité des actes normatifs fédéraux, il ne peut contrôler l'action du législateur fédéral sous l'angle du respect de la subsidiarité alors même que le principe figure expressément dans la constitution suisse. En tant qu'arbitre des conflits de compétences, les juges fédéraux doivent assurer l'équilibre des compétences qui a été établi par le pouvoir constituant. Or, l'expérience révèle que ces derniers penchent fréquemment du côté des autorités centrales et contribuent, ce faisant, à la centralisation fédérale qui s'opère au détriment de l'autonomie des États fédérés. Qu'il s'agisse d'un *self-restraint* motivé par la crainte d'un « gouvernement des juges » ou d'un véritable biais en faveur des autorités

---

[445] CONSTANTINESCO V., La subsidiarité comme principe constitutionnel de l'intégration européenne, Swiss Review of International economic relations. Octobre 1991. p. 209 et suivantes.

fédérales, les Cours suprêmes et constitutionnelles tendent, en pratique, à légitimer les empiètements de l'État fédéral sur les compétences étatiques. La Cour de justice semble bien s'inscrire dans cette optique dans la mesure où elle n'a encore jamais annulé un acte du législateur européen pour violation du principe de subsidiarité. Aussi peut-on dresser un parallélisme entre la façon dont les juges fédéraux tranchent les conflits de compétences qui opposent l'échelon fédéral à l'échelon fédéré et la manière dont la Cour de justice contrôle le respect du principe de subsidiarité par les institutions de l'Union. Précisons toutefois qu'un tel parallélisme doit être nuancé dans la mesure où, comme nous aurons l'occasion de le constater ultérieurement, la Cour de justice instrumentalise le principe de subsidiarité dans une optique moins fédéraliste que fonctionnaliste, la tendance centralisatrice de sa jurisprudence n'étant pas contre-balancée par la recherche d'un équilibre des compétences qui soit plus favorables aux États membres.

258. Si à la lumière de l'analyse comparative, la subsidiarité peut être qualifiée de principe constitutionnel, ce principe peut-il, de la même façon, recevoir la qualification de principe de droit administratif ?

Chapitre II. Un principe de droit administratif fédéral

259. Consacrée à l'article 5.3 TUE, la subsidiarité peut être considérée comme un principe constitutionnel européen dans la mesure où elle s'applique à l'activité du législateur lorsqu'il prend des actes dans le champ des compétences partagées. La majorité de la doctrine estime que ce principe ne s'applique qu'à la sphère normative de l'action européenne, et plus précisément, à la seule sphère législative. Il est vrai que les dispositions de l'article 5 TUE et de l'article 2 TFUE définissent les notions de compétences — exclusives et partagées — en termes d'activité législative et que le Protocole n° 2 limite la procédure du contrôle préalable du principe aux seuls actes législatifs de l'Union[446]. La lecture combinée de ces dispositions relatives au principe de subsidiarité tend, par conséquent, à faire penser que ce principe n'a vocation à s'appliquer, à la différence du principe de proportionnalité, qu'à l'adoption des actes législatif de l'Union européenne. Si cette lecture n'est pas incorrecte, elle s'inscrit cependant dans une acception stricte du principe de subsidiarité. Entendue dans un sens large, le principe de subsidiarité a, nous semble-t-il, bien vocation à pénétrer le champ du droit administratif de l'Union européenne.

260. Suivant la doctrine allemande, le droit administratif concrétise le droit constitutionnel[447]. Aussi peut-on considérer que le traité de Maastricht qui a inséré les principes de subsidiarité et de proportionnalité dans le droit primaire de l'Union a renforcé « les bases constitutionnelles du droit administratif européen »[448]. Ces deux principes, consacrés aujourd'hui à l'article 5 TUE, se révèlent particulièrement importants pour le droit administratif de l'Union. En ce qui concerne plus spécifiquement la proportionnalité, rappelons que ce principe bien connu de la plupart des ordres juridiques est issu du droit constitutionnel et administratif allemand et qu'il fut, très tôt, consacré par la Cour de justice au rang de principe général du droit communautaire[449]. Quant au principe de subsidiarité, si son action demeure le plus souvent tacite et méconnue, il n'en constitue pas moins un principe de droit administratif européen, hérité lui aussi de l'expérience du fédéralisme germanique. C'est ce que nous nous attacherons à démontrer dans ce deuxième chapitre.

---

[446] Voir les articles 2 à 8 du protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité annexé au traité de Lisbonne.

[447] WERNER F., «Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht», Deutsches Verwaltungsblatt, 1959, p. 527.

[448] SCHWARZE J., «Introduction: les sources et principes du Droit Administratif Européen» in Traité de droit administratif européen ed. by J.-B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, E. CHEVALIER, Bruylant, 2014.

[449] CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel,* aff. 11-70, Rec. 1970 p. 1125.

261. Encore faut-il préciser la notion de droit administratif européen dans la mesure où celle-ci n'est apparue que tardivement dans la doctrine[450]. Par droit administratif européen, il faut entendre les principes, quelles que soient leurs sources — droit primaire, dérivé ou prétorien — qui gouvernent l'action administrative des institutions européennes, en particulier les règles relatives à la procédure administrative et l'organisation institutionnelle de celles-ci[451]. Le principe de subsidiarité revêt une importance considérable pour l'Union puisqu'il se trouve au fondement, quoiqu'implicitement, de son organisation administrative et de son système juridictionnel. À cet égard, les modèles fédératifs allemand et suisse retiendront notre attention car ils apportent un éclairage intéressant. On retrouve des caractéristiques similaires entre l'administration indirecte de l'Union européenne et ce que l'on désigne généralement par le « fédéralisme d'exécution » allemand et suisse. En vertu du principe de l'administration indirecte, la compétence d'exécution du droit de l'Union est une compétence propre à l'État. Les États gardent, au stade de la mise en oeuvre du droit de l'Union, une compétence de principe qui trouve à s'exprimer de diverses façons. Pour reprendre la formule de R. Kovar, la collaboration de l'État membre à l'application du droit européen « prend des formes et des dimensions variables : son appareil administratif est mis à la disposition des Communautés, sa force publique et son organisation judiciaire en assurent le respect au besoin par la contrainte, enfin, ses organes législatifs et gouvernementaux interviennent souvent pour prolonger les réglementations communautaires »[452].

262. En dépit de la controverse qui a longtemps agité la doctrine sur la question de la nature des compétences d'exécution, en raison du silence des traités sur ce point, il est possible de voir dans ce phénomène une application de la subsidiarité de l'article 5.3 TUE si l'on comprend la notion de compétence partagée qui détermine le champ d'application du principe, comme « le partage des compétences normative et exécutive, et non pas comme le

---

[450] L'intérêt de la doctrine pour la question des fondements constitutionnels du droit administratif de l'Union européenne est véritablement apparu dans les années 2000. Pour quelques exemples : KLEPPER M., Vollzugskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft aus abgeleitetem Recht: Zulässigkeit - Modalitäten - Rechtsfolgen, Nomos, 2001 ; CRAIG P., EU Administrative Law, OUP, 2006 ; SCHWARZE J., European Administrative Law, Sweet and Maxwell, 2006 ; AUBY J.-B., DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J., Droit administratif européen, Bruylant, 2007 ; DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J., L'exécution du droit de l'Union : entre mécanismes communautaires et droits nationaux, Bruylant, 2009.

[451] A ces éléments, les auteurs ajoutent fréquemment la sauvegarde des droits individuels contre les actions administratives et les standards matériels pour une bonne administration. En ce sens : SCHWARZE J., précité.

[452] KOVAR R., « Compétences des Communautés européennes », Juris-Classeur Europe, fasc. 420, p. 22, no 91.

partage au même niveau de compétence »[453]. Plus récemment, avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, on a pu rattacher la compétence d'exécution des États membres à l'article 291.1 TFUE en vertu duquel « les États membres prennent toutes les mesures de droit interne nécessaires pour la mise en œuvre des actes juridiquement contraignants de l'Union ». On retrouve un système de répartition des compétences similaire en Allemagne et en Suisse où, en vertu du fédéralisme d'exécution, ce sont les États fédérés — les *Länder* allemands et les Cantons suisses — qui sont généralement chargés d'exécuter la législation fédérale.

263. De l'administration indirecte découle le principe dit d'autonomie institutionnelle et procédurale dont la subsidiarité semble être la base implicite. L'autonomie institutionnelle et/ou procédurale joue principalement lors de la mise en œuvre du droit de l'Union lorsque son application incombe aux administrations et juridictions nationales. Traditionnellement considérée comme un principe général à la base du système institutionnel européen régissant les relations entre l'Union et les États, cette notion exprime la liberté reconnue à ces derniers « quant au choix des modalités organiques et procédurales d'accomplissement de leur obligation d'exécution »[454]. Là encore, le fondement d'un tel principe est moins textuel et prétorien que doctrinal, la jurisprudence n'ayant consacré que récemment l'expression[455]. Il est cependant admis par la doctrine francophone que la Cour de justice a reconnu très tôt le principe d'une autonomie nationale dans l'exécution du droit communautaire[456]. Quant au droit primaire, certains auteurs n'hésitent pas à rattacher l'autonomie institutionnelle aux dispositions du traité relatives au respect de l'identité nationale (article 4.2 TUE[457]) et à la subsidiarité (article 5.3 TUE). Après avoir montré que le principe de subsidiarité est bien au fondement de l'administration indirecte (Section 1) la question de l'autonomie institutionnelle et procédurale et ses rapports avec la subsidiarité seront abordés (Section 2).

---

[453] NEFRAMI E., « Le principe de solidarité des Etats membres vis-à-vis du droit communautaire : le devoir de loyauté » (En ligne) Académie d'été, *Union européenne et solidarité, aspects internes et internationaux,* Grenoble, Université Grenoble 2, 2006, 21p. L'auteure précise que pour « éviter de toucher à l'étendue de la notion de compétence partagée, nous pouvons approcher la compétence normative et la compétence exécutive comme deux aspects d'une même compétence dont l'un est transféré à la Communauté et l'autre, subordonné par définition au premier, ne l'est pas ». Quelle que soit la conception retenue, la compétence d'exécution est étatique, soit parce que celle-ci n'a pas été exercée par l'Union, soit parce qu'elle ne lui a pas été transférée.

[454] MARCOU G., « Les collectivités territoriales et l'Union européenne », Propos introductifs, *in Potvin-Solis L. (dir.), Le statut d'État membre de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant,* 2018. p. 16.

[455] CJCE, 16 mars 2006, Kapferer, C-234/04, Rec. 2006 p. I-2585, pt 22.

[456] CJCE, 16 décembre 1976, Comet, aff. 45/76, Rec.1976, p. 2043 ; CJCE, 7 juillet 1981, Rewe, aff. 158/80, Rec. 1981, p. 1805, pt 44 .

[457] Aux termes de l'article 4.2 TUE, l'Union respecte l'identité nationale des Etats « 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'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauve garder la sécurité nationale ».

Section 1. Le principe de subsidiarité au fondement de l'administration indirecte

264. Le principe de l'administration indirecte en vertu duquel il revient, en premier lieu, aux autorités nationales d'exécuter le droit de l'Union comprend « non seulement l'exécution administrative de ce droit, mais encore son contrôle judiciaire »[458]. Ce dernier aspect est généralement qualifié par la doctrine de « subsidiarité juridictionnelle » en ce sens qu'il incombe aux juridictions nationales d'assumer la responsabilité première de l'exécution du droit européen[459]. L'on s'attachera donc à présenter le principe d'administration indirecte (paragraphe 1) avant de préciser le principe de de subsidiarité juridictionnelle (paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'administration indirecte

265. L'administration indirecte n'est pas tant un principe qu'un phénomène ou un mécanisme à l'oeuvre depuis le début des Communautés européennes dans la mesure où celle-ci n'a jamais été expressément consacrée dans les traités. Quant à la jurisprudence, les arrêts relatifs aux compétences d'exécution des États membres s'attachent davantage à délimiter les obligations des autorités nationales lorsqu'elles exécutent le droit de l'Union qu'à en préciser la nature juridique ou le fondement général[460]. Appréhender la « fonction exécutive »[461] des États membres, avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, n'était donc pas chose aisée dans la mesure où, mise à part l'hypothèse du recours à la directive, les traités antérieurs ne désignaient pas expressément les États membres « agents d'exécution du droit communautaire »[462]. En dépit des lacunes des traités et de ses réserves initiales, tout particulièrement en ce qui concerne les règlements, d'applicabilité directe[463], la Cour de justice a pu reconnaitre la possibilité d'une action normative des États en vue de l'exécution des règlements édictés par l'Union[464]. La reconnaissance de cette fonction exécutive générale

---

458 DUBEY B., « Administration indirecte et fédéralisme d'exécution en Europe », 39 Cahiers de Droit Européen, 2003, 87-134, p. 91.

459 JACOT-GUILLARMOD O., Le juge national face au droit européen, Helbing & Lichtenhahn/Bruylant, Bâle/Bruxelles, 1993, pp. 284.

460 C'est ainsi que la Cour de justice a pu mettre en avant les obligations des Etats membres en liaison avec l'ex-article 10 TCE.

461 KOVAR R., L'effectivité interne du droit communautaire, in La Communauté et ses Etats membres, actes du 6e colloque de Liège, La Haye, Martinus Nijhoff, 1973, p.201s, sp.p.204s.

462 GAUTIER Y., La délégation en droit communautaire, thèse, Strasbourg, 1995, p. 151.

463 Actuel article 288 TFUE.

464 Faute de disposition dans les traités, la compétence nationale d'exécution pouvait reposer sur des fondements multiples, notamment sur des actes de droit dérivé. Le problème qui s'est rapidement posé devant la Cour fut de savoir si une obligation d'exécution fondée sur un acte de droit dérivé était conciliable avec les caractéristiques du règlement qui, par sa nature, semble proscrire toute intervention normative nationale, même complémentaire.

des États a pu se faire, en l'absence de dispositions spécifiques, sur le fondement de l'ex-article 10 TCE (à l'origine article 5 CEE) relatif au devoir de coopération loyale. La doctrine n'a d'ailleurs pas manqué de relever, très tôt, des similitudes entre les notions de coopération loyale, en droit de l'Union, et la fidélité fédérale du fédéralisme germanique (*Bundestreue*).

266. La notion d'administration indirecte est, à l'instar de celle d'administration directe, une élaboration doctrinale et le fruit d'une pratique longue de plusieurs décennies. Il est acquis de longue date que la mise en œuvre, sur le plan administratif, du droit de l'Union incombe aux États membres conformément à leur régime constitutionnel, comme l'attestait à l'époque la Déclaration n°43 annexée à l'Acte final du traité d'Amsterdam. Cette caractéristique de l'ordre juridique européen n'est pas sans lien avec l'organisation administrative de certains États fédéraux en Europe comme l'Allemagne ou la Suisse. La règle de l'administration indirecte en vertu de laquelle la compétence d'exécution du droit de l'Union revient, en principe, aux États membres constitue indubitablement une expression tacite du principe de subsidiarité (A) que l'on retrouve dans le fédéralisme d'exécution (*Vollzugsföderalismus*) (B).

A. La compétence d'exécution de principe des États, expression tacite de la subsidiarité

267. Pour décrire les fonctions d'exécution, d'application et de mise en oeuvre du droit de l'Union par les États membres, les auteurs ont recours à la notion d'exécution ou d'administration indirecte. De façon sommaire, l'administration indirecte signifie que les États membres de l'Union sont chargés, en première ligne, « de la fonction administrative pour l'exécution des directives et règlements ainsi que pour la mise en oeuvre des règles et principes des traités institutifs qui répondent aux critères de l'applicabilité directe »[465]. L'on s'attachera à préciser le principe de l'administration indirecte (1) avant de sonder ses rapports avec le principe de subsidiarité (2) car si la signification de l'administration indirecte est relativement claire, ses fondements juridiques sont plus incertains.

1. Le principe de l'administration indirecte

268. Pour comprendre le modèle de l'exécution indirecte, sur lequel l'Union européenne repose dans une très large mesure, il est nécessaire de mentionner la *summa divisio* administration directe/administration indirecte dans laquelle cette dernière s'inscrit. Cette

[465] ZILLER J., L'autorité administrative dans l'Union européenne in Laurence BURGORGUE-LARSEN and Loïc AZOULAI (eds), L'autorité de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2006, 2, 119-153, Collection droit de l'Union européenne - Colloques.

distinction doctrinale s'avère fondamentale pour appréhender la façon dont les institutions européennes et les autorités nationales mettent en oeuvre les règles, les législations et les politiques européennes. Si, dans l'Union européenne, l'administration indirecte est le principe (a), l'administration directe constitue une exception sur laquelle il nous faut revenir (b).

a. Le principe : l'administration indirecte

269. L'administration indirecte du droit de l'Union signifie que « la compétence de droit commun pour l'exécution, la gestion et la mise en œuvre du droit de l'Union européenne appartient aux autorités nationales »[466]. Par conséquent, c'est aux États membres qu'il appartient, en principe, d'exécuter le droit de l'Union en adoptant les normes d'exécution d'un acte législatif de base. Encore faut-il distinguer la dimension « normative » de la dimension proprement « administrative » ou « matérielle » de la compétence d'exécution. L'exécution « normative » implique que les autorités nationales prennent « des mesures complémentaires de caractère général indispensables à la mise en œuvre de la législation communautaire » tandis que l'exécution « administrative » désigne « l'application individualisée et concrète de la législation communautaire »[467] et la mise en oeuvre concrète d'opérations matérielles[468]. Aussi la notion d'exécution *lato sensu* comprend-elle l'élaboration de règles d'application par l'adoption de toute mesure utile ou nécessaire à la mise en œuvre de la réglementation de base, y compris « des dispositions substantielles non prévues par le texte législatif de base »[469] et l'application concrète de ces règles à des situations et des cas particuliers *via* des actes individuels. L'administration indirecte implique donc une mise en oeuvre décentralisée du droit de l'Union, primaire et dérivé. L'on relèvera que l'exécution normative présente des risques plus grands que l'exécution administrative pour l'effectivité du droit de l'Union, la doctrine ayant souligner la « nocivité » de la première[470].

269. Le principe d'administration indirecte ne se heurte pas à de fortes limites dans l'exécution administrative et matérielle, excepté peut-être les domaines où l'Union dispose de compétences pour gérer des programmes d'aides financières comme l'éducation, la santé et la recherche. En effet, dans ces domaines, « la limite entre ce qui relève des États membres ou

---

466 BERTRAND B., Le juge de l'Union européenne, juge administratif, précité, p. 218.

467 MEHDI R., «L'exécution nationale du droit communautaire. Essai d'actualisation d'une problématique au cœur des rapports de systèmes», in Cinquante ans de droit communautaire, M. Blanquet (dir.), Mélanges en hommage à G. Isaac, p. 620.

468 BOSKOVITS K., Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses Etats membres, Bruylant, Bruxelles, 1999, p.348.

469 DUBEY B., « Administration indirecte et fédéralisme d'exécution »,…, précité, p. 105.

470 MICHEL V., Recherches sur les compétences de la Communauté, L'Harmattan, 2003., p.423.

de l'Union dans la gestion concrète (instruction des dossiers, attribution, versement des aides) paraît extrêmement ténue »[471]. En outre, l'Union européenne ne possède pas, pour des raisons techniques et matérielles, une administration aussi efficace que celle des États membres pour mettre en oeuvre son droit. L'absence évidente d'une administration européenne déconcentrée conduit à conclure que l'exécution matérielle des actes de l'Union appartient incontestablement aux États membres[472]. La véritable question et l'enjeu, pour les États membres, résident dans l'exécution « normative » dans la mesure où l'Union dispose de certaines compétences. En effet, le Conseil peut conférer des compétences à la Commission ou s'auto-habiliter en vue de l'exécution des règles qu'il établit[473]. Ces habilitations s'opèrent au cas par cas et la Commission est soumise à des procédures de comitologie, c'est-à-dire qu'elle exerce ses compétences d'exécution sous la sous surveillance des États membres, ce qui démontre, une fois encore, la nature étatique de la compétence d'exécution[474].

270. Dans la mesure où l'administration indirecte n'a jamais été consacrée dans le droit primaire de l'Union, il s'avère difficile d'identifier les fondements de ce principe non écrit. D'autant plus que la jurisprudence se caractérise par une certaine ambiguïté. Si l'ex-article 10 TCE (actuel article 4.3 TUE[475]) est généralement présenté par la doctrine comme une base juridique de l'administration indirecte, force est de constater que lorsque la Cour se réfère à cet article, ce n'est pas tant pour donner un fondement général à la compétence nationale d'exécution que pour déterminer les obligations incombant aux États lorsqu'ils exécutent le

---

471 BLUMANN C., « Le système normatif de l'Union européenne vingt ans après le traité de Maastricht », *RAE*, 2012 ; CHEVALIER E., Bonne administration et Union européenne, précité, p. 429.

472 JACQUE J.-P., « *Pouvoir législatif et pouvoir exécutif dans l'Union européenne* » in Droit administratif européen, AUBY J.-B. et DUTHEIL (de la) ROCHERE J. (dir.), Bruylant, 2007., p.35.

473 En vertu de l'article 291.2 TFUE « lorsque des conditions uniformes d'exécution des actes juridiquement contraignants de l'Union sont nécessaires, ces actes confèrent des compétences d'exécution à la Commission ou, dans des cas spécifiques dûment justifiés et dans les cas prévus aux articles 24 et 26 du traité sur l'Union européenne, au Conseil ».

474 La comitologie a traditionnellement pour objet d'encadrer la Commission lorsqu'elle exerce des compétences exécutives. Voir : BLUMANN C., « Comitologie et administration indirecte » in L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux, p. 139. Voir aussi l'actuel article 291.3 TFUE aux termes duquel l'objet de la comitologie est de déterminer les « modalités de contrôle par les Etats membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission ». Cette précision, qui est une innovation de Lisbonne, montre bien que le contrôle incombe aux Etats membres et non, comme cela semblait être le cas avant le traité de Lisbonne, au Conseil.

475 Aux termes de l'article 4.3 TUE (modifié par Lisbonne) en vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités. Les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union. Les États membres facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union.

droit de l'Union[476]. En effet, cette disposition consacre le principe de loyauté en vertu duquel les États doivent prendre toutes les mesures pour assurer l'exécution du droit de l'Union en s'abstenant de mettre en péril les objectifs du traité. Par ailleurs, en plus de ce fondement général, des actes droit dérivé peuvent ponctuellement habiliter les États membres à prendre des mesures d'exécution pour compléter et mettre en oeuvre le droit de l'Union.

271. La question du fondement de la compétence d'exécution s'est posée très tôt devant la Cour, notamment pour les règlements dont le traité précise qu'ils sont directement applicables, c'est-à-dire qu'ils déploient par eux-mêmes des effets dans les ordre juridiques nationaux. L'applicabilité directe ne signifie pas cependant que ces actes sont complets sur le plan normatif. En matière d'organisations communes de marchés, dans le domaine agricole, la pratique législative communautaire tendait, par exemple, à appeler des mesures étatiques pour préciser les modalités procédurales ou mettre en oeuvre d'éventuelles sanctions. À la différence des directives qui nécessitent une intervention normative, l'exécution des règlements a pu poser problème. Si la Cour a admis que l'applicabilité directe ne faisait pas obstacle à ce que les États soient habilités à prendre des mesures d'application, elle a néanmoins exigé une habilitation expresse du législateur[477]. Ce n'est qu'avec réticence, et après quelques hésitations, que le juge communautaire a validé le principe de l'exécution normative des règlements[478]. S'agissant de la question des fondements juridiques, au-delà de la validation prétorienne des habilitations du législateur (fondement spécifique), la Cour a mis en lumière un fondement général : l'article 10 TCE (art. 5 CEE) relatif aux devoirs de coopération. Cet instrument s'est révélé particulièrement efficace en l'absence d'habilitation expresse. Dès 1970, la Cour a jugé que les États avaient le droit et, en vertu de l'article 5 du traité, l'obligation d'assurer l'effet utile des dispositions du règlement[479]. Ultérieurement, dans l'arrêt *Deutsche Milchkontor,* la Cour a affirmé qu'il appartenait aux États d'assurer sur leur territoire l'exécution des règlementations dans le cadre de la politique agricole commune[480]. La doctrine était divisée sur le point de savoir si l'article 10 TCE s'étendait aux

---

476 CJCE, 21 septembre 1983, *Deutsche Milchkontor*, aff 205 à 215/82, Rec., 2633; CJCE. , 2 février 1989, *Pays-Bas c/ Commission,* aff. 262/87, Rec., 225.

477 CJCE, 27 septembre 1979, SPA Eridania, aff. 230/78, Rec., p.2749, pt 34.

478 CJCE, 18 février 1970, *Bollmann, aff. 40/69.,* Rec., p. 69, pt 4. Et CJCE, 18 juin 1970, *Krohn, aff. 74/69, Rec*.p.451 pt 4. Ces deux arrêts rendus à quelques mois près montrent bien l'évolution du raisonnement de la Cour de justice et ses réticences à admettre la possibilité même d'une action normative des Etats membres dans l'exécution d'un règlement.

479 CJCE, 17 décembre 1970, Scheer, aff. 30/70, Rec., p.1197. Le *règlement 19/62* portant établissement d'une organisation commune de marché dans le secteur des céréales ne prévoyait aucune mesure d'application relative à la constitution de caution de sorte que les Etats membres étaient intervenus pour mettre en oeuvre le règlement incomplet.

480 CJCE, 21 septembre 1983, Deutsche Milchkontor, aff jointes 205 à 215/82, Rec.p.2633,pt 17.

mesures normatives visant à compléter le contenu des règlements ou si seule une habilitation expresse pouvait constituer le fondement d'une intervention normative des États[481]. Malgré une jurisprudence ambiguë, l'on peut considérer que la Cour a validé, sur ce fondement, le principe d'une action normative des États membres visant à compléter des règlements incomplets[482]. En vertu de cet article, les États sont compétents pour adopter des mesures visant à préciser le contenu des règlements soit sur le fond soit sur les modalités procédurales.

272. Le flou juridique qui entoure le principe de l'administration indirecte devrait pouvoir être dissipé en recourant à un principe régulateur comme la subsidiarité. Comme le souligne B. Dubey, la question de l'exécution du droit européen par les États membres relève de la problématique générale de la répartition « verticale » des compétences entre ces derniers et l'Union[483]. Mais avant de préciser les rapports qu'entretiennent les principes d'administration indirecte et de subsidiarité, il nous faut nous arrêter un instant sur le modèle de l'administration directe du droit de l'Union.

b. L'exception : l'administration directe

273. À l'instar de l'administration indirecte, l'expression « administration directe » est une élaboration doctrinale fondée sur la pratique. Comme le résume J. Ziller l'administration directe s'oppose à l'administration indirecte en ce sens que la première est le fait des institutions de l'Union, c'est-à-dire qu'elle se fonde sur les ressources européennes (budget de l'Union et agents européens) et fait l'objet d'un contrôle par la Cour de justice tandis que la seconde est principalement le fait des institutions et administrations des États[484]. L'administration directe reste une exception dans la mesure où elle est limitée à quelques secteurs comme le droit de la concurrence, la mise en œuvre des programmes de recherche, la politique d'aide au développement ou la politique de cohésion. S'agissant de ce dernier domaine, la Commission est compétente pour définir les conditions et procédures de soumission de projets et pour mettre les fonds à disposition des États. Quant au droit de la concurrence, si son exécution a longtemps relevé de l'administration directe, c'est-à-dire de la Commission, une décentralisation est intervenue en 2002 dans le domaine de l'application des

---

481 Certains auteurs considéraient que seule une habilitation expresse par un acte de droit dérivé pouvait justifier une action normative des Etats. En ce sens : GAUTIER Y., précité, p.167 ; MICHEL V., précité, p.423. En sens inverse : BOSKOVITS K., précité, p. 355.

482 CJCE, 8 juin 1994, *Ellinika Dimitriaka,* aff. C-371/92, Rec., p. I-2391.

483 DUBEY B., « Administration indirecte et fédéralisme d'exécution »,…, précité, p. 97.

484 ZILLER J, « « Les concepts d'administration directe, d'administration indirecte et de coadministration et les fondements du droit administratif européen » in Traité de droit administratif, précité, p.332.

règles de concurrence aux entreprises[485]. Notons que le droit de la concurrence relève de la catégorie des compétences exclusives de l'Union européenne[486]. Cette caractéristique est à l'origine d'une controverse car certains auteurs établissent un rapport entre la nature (partagée ou non) d'une compétence et le caractère (direct ou indirect) de l'administration[487].

274. Il semble *a priori* logique de voir un rapport entre la nature « exclusive » d'une compétence et l'administration « directe » du droit de l'Union, comme cela a d'ailleurs longtemps été le cas avec le droit européen de la concurrence. Nous souscrivons néanmoins à l'analyse de J. Ziller d'après laquelle « il n'y a aucune corrélation entre les notions d'administration directe et indirecte, d'une part, et celles de compétences exclusives ou partagées, de l'autre ». L'auteur prend l'exemple de l'Union douanière qui constitue la « compétence exclusive la plus typique » et qui, pourtant, relève de l'administration indirecte car « ce sont les États membres qui la mettent en œuvre par leurs agents, en particulier les douaniers et autres corps de police spécialisés »[488]. Le fonctionnement de l'Union douanière est géré en pratique par les administrations nationales des douanes, qui sont toujours des administrations de l'État, quel que soit leur degré d'autonomie vis-à-vis de ce dernier. S'agissant de la gestion des ressources halieutiques, compétence exclusive de l'Union, on constate le même phénomène même si la Commission a mis en place un système de surveillance plus étroit, *via* la possibilité pour ses propres agents d'inspecter directement sur le terrain. L'application décentralisée de compétences exclusives de l'Union comme les douanes ou la pêche montre bien que la liaison de la nature de la compétence et de son mode d'exercice n'est pas établie. Loin de se limiter aux seules compétences partagées, comme le marché intérieur, l'administration indirecte du droit de l'Union concerne aussi les compétences exclusives. Aussi les compétences exclusives de l'Union sont-elles essentiellement exercées dans leur dimension normative, la fonction administrative reposant presque entièrement sur les administrations nationales, même dans les domaines de compétences non partagées[489].

---

[485] Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE). La doctrine parle aujourd'hui de « co-administration » en raison de la plus grande implication des autorités nationales..

[486] Aux termes de l'article 3 TUE, l'Union dispose d'une compétence exclusive dans l'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur.

[487] BLUMANN C., DUBOUIS L., Droit institutionnel de l'Union européenne, p. 357.

[488] ZILLER J., Les concepts d'administration directe, précité,… p. 333.

[489] ZILLER J., L'autorité administrative dans l'Union européenne in Laurence BURGORGUE-LARSEN and Loïc AZOULAI (eds), L'autorité de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2006, 2, 119-153, Collection droit de l'Union européenne - Colloques.

275. À la question de savoir si l'administration indirecte en exécution de compétences exclusives mérite néanmoins d'être distinguée de l'administration directe en exécution de compétences partagées, l'on est tenté d'apporter une réponse positive. En effet, le principe de subsidiarité — qui s'applique aux compétences partagées — doit être pris en compte, y compris au stade de l'exécution du droit de l'Union. Dans ses conclusions présentées le 6 février 2013 dans l'affaire *Panellinios Syndesmos*[490], M. Niilo Jääskinen a ainsi rappelé que la compétence en matière agricole était partagée[491] et que, conformément à une jurisprudence constante « dans les domaines couverts par l'organisation commune des marchés, les États membres disposent d'un pouvoir législatif résiduel (…) lorsque ces règles leur confèrent expressément des pouvoirs d'exécution ». Ce dernier a estimé que la nature partagée de la compétence n'était pas sans importance, en raison du principe de subsidiarité qui a vocation à régir les domaines relevant des compétences non exclusives de l'Union. En effet, si la délégation de la mise en œuvre des règles de l'Union aux autorités nationales est autorisée dans des domaines de compétence exclusive, une telle délégation joue « un rôle encore plus proéminent lorsqu'elle intervient dans des domaines de compétence partagée » car dans ces domaines, « le choix quant au point de savoir si le législateur de l'Union européenne doit déléguer l'exécution aux autorités domestiques et sur quoi doit porter cette délégation doit également respecter le principe de subsidiarité »[492]. En vertu de ce principe, les États doivent conserver des pouvoirs d'action lorsqu'ils appliquent et mettent en œuvre la réglementation européenne. L'exécution décentralisée et différenciée du droit de l'Union, comme le montre l'exemple de la politique agricole commune, est donc bien une expression de la subsidiarité. Il convient dès lors de préciser la nature des rapports entre le principe de subsidiarité et l'administration indirecte.

2. Le rattachement de l'administration indirecte au principe de subsidiarité

276. L'administration indirecte, soit l'exécution décentralisée et différenciée du droit de l'Union européenne, a progressivement été rattachée au principe de subsidiarité par les traités successifs. En l'absence de fondement précis, le principe de l'administration indirecte a été annexé à partir du traité de Maastricht et surtout du traité d'Amsterdam — et de façon quelque peu rétrospective — au principe de subsidiarité (a). Le traité de Lisbonne confirme les liens entre l'administration indirecte et la logique de subsidiarité (b).

---

[490] Conclusions de l'Avocat général M. Niilo Jääskinen du 6 février 2013 dans l'affaire *Panellinios Syndesmos*, aff. C−373/11. Une partie de la doctrine considérait, avant le traité de Lisbonne, que la politique agricole relevait d'une compétence exclusive de l'Union européenne.

[491] Aux termes de l'article 4.2 TFUE l'agriculture relève des compétences partagées entre l'Union et les États.

[492] *Ibid.*, § 21, 22, 23.

a. Les traités de Maastricht et d'Amsterdam

277. Comme l'a relevé B. Bertrand, « le principe d'administration indirecte a progressivement été rattaché aux principes de subsidiarité et de proportionnalité avec le traité de Maastricht puis celui d'Amsterdam »[493]. Si le traité de Maastricht a consacré les principes de subsidiarité et de proportionnalité, la doctrine s'est longtemps interrogée sur le point de savoir si le principe de subsidiarité s'appliquait à la seule activité législative de l'Union, ou s'il avait « également vocation à s'appliquer à l'activité d'exécution des législations et politiques communes »[494]. La plupart des auteurs estimaient que la subsidiarité ne s'appliquait qu'aux compétences « législatives » au regard du système de répartition des compétences tel qu'il ressortait des traités[495]. En outre, la question de l'exécution semblait quelque peu négligée en doctrine[496]. D'autres auteurs, en revanche, considéraient que l'application de la subsidiarité dépassait le niveau législatif pour embrasser le « domaine de l'action administrative, c'est-à-dire de l'exécution de la réglementation communautaire et le contrôle de l'exécution »[497]. Dans la mesure où l'on a fait le choix de retenir une approche extensive de la subsidiarité, l'on se rattachera à la seconde conception. Aussi le principe peut-il se présenter comme un « instrument de décentralisation »[498] visant à préserver les compétences nationales d'exécution et à favoriser l'application différenciée du droit de l'Union.

278. B. Dubey ajoute que si la règle non écrite de l'administration indirecte trouve sa source principale et son véritable fondement juridique dans la subsidiarité, laquelle n'entre pas en ligne de compte pour les domaines relevant de la compétence exclusive, cela n'empêche pas, en pratique, le législateur européen de décider de déléguer aux États membres la mise en œuvre du droit de l'Union dans les domaines de compétence exclusive[499]. Transposés au domaine de l'exécution, les principes de subsidiarité et de proportionnalité ont une influence sur le législateur de l'Union qui peut décider de confier, en vertu du premier, l'exécution aux

---

[493] BERTRAND B., Le juge de l'Union européenne, juge administratif, précité, p. 219.

[494] ZILLER J., « Le principe de subsidiarité », in J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), Traité de droit administratif européen, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 2013, pp.527-542, spéc. p540. L'auteur estime que ce n'est pas le cas.

[495] Les dispositions de l'article 5 TUE et de l'article 2 TFUE définissent les notions de compétences en termes d'activité législative et le Protocole n° 2 (art 2 à 8) limite la procédure du contrôle préalable du principe de subsidiarité aux seuls actes législatifs de l'Union.

[496] La notion d'exécution est « le grand impensé » du droit de l'Union : AZOULAI L, « Pour un droit de l'exécution de l'Union européenne », in J. dutheil de la rochère (dir.), L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 1.

[497] EHLERMANN C. D., «Quelques réflexions sur la Communication de la Commission relative au principe de subsidiarité», RMUE, 1992, n° 4, p. 218.

[498] STROZZI G., «Le principe de subsidiarité dans la perspective de l'intégration européenne : une énigme et beaucoup d'attentes», RTDE, 1994, n° 3, p. 383.

[499] DUBEY B., « Administration indirecte et fédéralisme d'exécution »,…, précité, p. 119.

seules autorités nationales ou associer, en vertu du second, les autorités nationales aux institutions européennes compétentes pour exercer des compétences d'exécution. Sous l'angle de la subsidiarité *lato sensu*[500], l'on peut aussi considérer que ce principe limite, comme l'a constaté A. Bouveresse, le pouvoir discrétionnaire de l'Union relatif au choix d'agir ainsi qu'au choix des modalités de l'action. En effet, si la subsidiarité est « plus propice à intervenir au moment du choix d'agir ou de ne pas agir » le respect de ce principe « aboutit généralement à voir privilégier l'adoption d'une directive qui, par nature, associe les autorités étatiques au processus d'édiction de cette législation à deux étages, à celle d'un règlement »[501]. Dans la mesure où les principes de subsidiarité et de proportionnalité tendent à se confondre, une conception large du premier permet de considérer la directive comme un instrument de la subsidiarité. L'application de la subsidiarité *lato sensu* influe d'une façon ou d'une autre sur les modalités d'exécution du droit de l'Union qui sont extrêmement variables et inspire le choix du type d'acte ainsi que le choix du contenu de la mesure[502].

279. La logique de subsidiarité implique que les institutions doivent privilégier, dans la mesure du possible, un acte non contraignant à un acte contraignant. De même, comme l'indiquait le protocole pertinent annexé au traité d'Amsterdam, dans la mesure où l'Union ne légifère que dans la mesure nécessaire, il convient de donner la préférence à des directives plutôt qu'à des règlements, et à des directives-cadre plutôt que des mesures détaillées[503]. L'article 288 TFUE indique que la directive lie tout État quant au résultat à atteindre, tout en lui laissant « la compétence quant à la forme et aux moyens ». À la différence du règlement dont le même article précise qu'il a une portée générale, est obligatoire dans tous ses éléments et est directement applicable, la directive se présente comme un instrument normatif plus respectueux de l'autonomie étatique puisqu'elle se caractérise par la nécessité structurelle de l'intervention d'une action normative des États membres[504]. Beaucoup d'auteurs ont vu dans la technique de la directive une application de la subsidiarité à l'action administrative de l'Union[505]. Jugée moins intrusive que le règlement dans la mesure où elle représente, en théorie, une intervention moins forte dans la sphère étatique, la directive doit être privilégiée

---

[500] Le principe de subsidiarité *lato sensu* intègre l'élément « proportionnalité ». Voir Chapitre I, Titre I, Partie I.

[501] BOUVERESSE A., Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire, Bruylant, 2010, p. 96.

[502] BOUVERESSE A., précité, p.96.

[503] Pt 6 du protocole d'Amsterdam précité.

[504] BOSKOVITS K., précité, p.371.

[505] SCHWARZE J., Le principe de subsidiarité dans la perspective du droit constitutionnel allemand, *RMCUE*, n°370, juillet-août 1993, pp.615-619 ; MERTENS DE WILMARS J, Du bon usage de la subsidiarité, *RMUE*, 1992, n°4, pp.193- 201.

par l'Union[506]. C.-D. Ehlermann a pu estimer que le recours aux directives permettait d'octroyer aux États plus de marge de manoeuvre dans l'exécution[507].

b. Le traité de Lisbonne

280. En consacrant à l'article 291.1 TFUE une compétence de principe des autorités nationales dans la mise en oeuvre du droit de l'Union, le traité de Lisbonne a contribué à clarifier le fondement de la compétence nationale d'exécution. Aux termes de cet article, « les États membres prennent toutes les mesures de droit interne nécessaires pour la mise en œuvre des actes juridiquement contraignants de l'Union ». Si l'article ne fait que reprendre les dispositions de l'article 4.3 TUE en vertu duquel les États « prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union », il revêt, en réalité, une grande importance car il précède la précision selon laquelle « lorsque des conditions uniformes d'exécution des actes juridiquement contraignants de l'Union sont nécessaires, ces actes confèrent des compétences d'exécution à la Commission ou (…) au Conseil »[508]. Aussi, l'article 291.1 TFUE confère-t-il une véritable compétence aux États membres pour exécuter le droit de l'Union. En effet, ce n'est que lorsque des conditions uniformes d'exécution seront nécessaires que les institutions de l'Union auront des compétences d'exécution. L'article 291 TFUE conforte le principe de l'administration indirecte qui, malgré une absence de consécration dans les traités, irrigue le fonctionnement de l'Union depuis le début de la construction communautaire.

281. Dans la déclaration de Laeken sur l'avenir de l'Union européenne du 15 décembre 2001, les rédacteurs avaient exprimé leur souhait d'une « meilleure répartition et définition des compétences dans l'Union européenne » en proposant de « laisser de manière plus explicite la gestion quotidienne et l'exécution de la politique de l'Union aux États membres et, là où leur Constitution le prévoit, aux régions ». Le souhait de donner aux États « la garantie

---

506 ARNOLD R., « The Voice of Länder, Regions and Communities in the European Union » in The States and Moods of Federalism Governance, Identity and Methodology, J.-F. GAUDREAULT-DESBIENS, F. GÉLINAS (dir), Bruylant, Bruxelles, 2005, p.359 : « Thus, regulation by means of a directive is less invasive for the member states, and must consequently be chosen instead of a regulation, since a regulation represents a much stronger intervention into the state's sphere than a directive does ».

507 HEHLERMANN C.-D., Quelques réflexions sur la communication relative au principe de subsidiarité, RMUE, 1992, n°4, p.218.

508 Article 291.2 TFUE. La doctrine estime que l'article 291 TFUE constitue désormais le fondement de la compétence d'exécution des Etats membres dans la mesure où des doutes demeuraient quant à la capacité de l'article 4 TUE (ex-article 10 CE) à fonder une telle compétence. En effet, l'article 10 CE marquait plus une délimitation de la compétence exécutive qu'il ne fondait celle-ci. Il s'agirait d'une disposition concernant davantage « l'exercice que l'essence de la compétence exécutive des Etats ». Voir : CHEVALIER E., Bonne administration et Union européenne, Bruylant, 2014, p. 429. JORDA J., Le pouvoir exécutif de l'Union européenne, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, p. 255 :

qu'on ne touchera pas à leurs compétences » fut également exprimé. Lisbonne semble avoir répondu aux attentes comme le montre l'insertion du nouvel article 291.1 TFUE, qualifié de « charte constitutionnelle de l'exécution »[509], puisque cette dispositions clarifie la répartition des compétences au stade de la mise en oeuvre du droit de l'Union. Selon C. Blumann, l'exécution relève des compétences conservées par les États même si elles peuvent être encadrées par l'Union. L'Union ne saurait se « prononcer sur l'étendue de ces compétences exclusives, puisqu'elles relèvent des États membres en raison du principe d'attribution »[510].

282. Si le traité de Lisbonne confirme la compétence de principe des États, il précise les conditions dans lesquelles l'Union peut intervenir au stade de l'exécution, à savoir la nécessité des conditions uniformes d'exécution. L'on peut ainsi considérer que la subsidiarité vient désormais « se caler dans la problématique de l'exécution »[511]. En vertu de ce principe, les États possèdent une compétence de principe (au sens d'une priorité d'action) pour assurer l'exécution du droit de l'Union et ce n'est que lorsque certaines conditions sont réunies (le besoin d'uniformité dans l'exécution de la législation) que la Commission pourra adopter des mesures d'exécution. Comme le résume C. Blumann « ce besoin d'uniformité reproduit finalement au niveau de l'exécution ce que sont les conditions de l'insuffisance étatique et de la plus-value de l'Union (art. 5.3 TUE), lorsqu'il s'agit de légiférer. L'intervention de l'Union présente un caractère subsidiaire car « les États ne veulent pas perdre la main »[512].

283. Avant le traité de Lisbonne, le Conseil semblait jouir d'une plus grande liberté pour habiliter la Commission à agir car il était le seul maitre de l'intensité normative d'un acte en raison de l'absence de distinction claire entre ce qui relevait de la fonction législative et de l'exécution normative[513]. En procédant à une répartition plus rationnelle des compétences et en identifiant plus clairement les compétences d'exécution, le traité de Lisbonne consacre implicitement le principe de subsidiarité dans le domaine administratif. Si Maastricht a fait de

---

[509] BLUMANN C., Revue des affaires européennes, N° 2, 2012, p. 235-258.

[510] Ibid., Lors de la Convention sur l'avenir de l'Europe, une controverse avait divisé les partisans d'une inscription dans le traité d'une liste de compétences nationales réservées (pour éviter les ingérences de l'Union dans les domaines les plus sensibles) et ceux qui ne souhaitaient pas cela car une telle liste aurait signifié que l'Union posséderait la compétence de la compétence, cela aurait abouti à un effet contraire au but recherché.

[511] *Ibid*. Voir aussi BERTRAND B., Le juge de l'Union, précité…et Conclusions de l'Avocat général M. P. Cruz-Villalon du 19 décembre 2013 dans l'affaire C-427/12 - *Commission / Parlement et Conseil*.

[512] *Ibid*.

[513] En effet, le législateur de l'Union fixait lui-même l'intensité normative de ses actes, de sorte que le Conseil pouvait en toute liberté choisir de couvrir la totalité d'une matière, laisser (de façon plus ou moins expresse) le soin aux Etats membres de compléter/mettre en oeuvre la législation (incomplète) ou encore conférer des compétences d'exécution à la Commission. La seule condition pour le Conseil, posée par la Cour de justice, était la nécessité de fixer les « éléments essentiels » d'une question dans l'acte de base avant de conférer des compétences d'exécution à la Commission : CJCE, 11 mars 1987, *Rau / Commission*, aff. 279/84, *Rec*. p. 1069.

la subsidiarité un principe constitutionnel, Lisbonne poursuit sa constitutionnalisation en en faisant un principe administratif. B. Dubey souligne que si cet aspect de la subsidiarité peut paraitre anodin au regard des grandes controverses portant sur la répartition des domaines de compétences législatives, elle n'en revêt pas moins un grand intérêt pour les citoyens[514]. L'auteur note que « contrairement à une idée reçue, la question de savoir qui va leur appliquer le droit interpelle bien davantage l'administré et le justiciable européens que ne devrait jamais le passionner la forme juridique précise que doit revêtir l'intervention législative de la Communauté dans tel ou tel domaine »[515]. Bien avant l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, les exigences inhérentes à la subsidiarité étaient prises en compte par l'administration indirecte. Ces exigences sont les suivantes : la nécessité de rapprocher administration et administrés, le constat de l'inutilité d'une administration centralisée en présence d'administrations nationales pré-existantes (et plus efficaces), la volonté de préserver les droits de regard et de participation des États sur les politiques de l'Union[516]. Ces caractéristiques se retrouvent dans le fédéralisme d'exécution germanique.

B. Administration indirecte et fédéralisme d'exécution

284. Si l'article 291 TFUE n'a pas fondamentalement modifié la répartition des compétences d'exécution au sein de l'Union, il a remédié à une certaine lacune et rappelé l'importance du principe de l'administration indirecte[517]. Surtout, il a contribué à rapprocher l'administration indirecte du principe du fédéralisme d'exécution inhérent à l'organisation de certains États fédéraux (*Vollzugföderalismus*)[518]. La règle de l'administration indirecte n'est donc pas inconnue des systèmes fédéraux où on la retrouve sous un nom différent. Dans certains États fédéraux, comme l'Allemagne ou la Suisse, le pouvoir fédéral n'exécute pas lui-même la législation fédérale au moyen de son administration dans la mesure où il délègue cette tâche aux États fédérées. En jouant le rôle d'administrations locales décentralisées, les entités fédérées sont en mesure de tenir compte des différences régionales, conformément au principe de subsidiarité. Contrairement au fédéralisme américain, le fédéralisme européen présente un modèle décentralisé en ce qu'il distingue la compétence législative qui appartient

---

514 DUBEY B., «Administration indirecte et fédéralisme d'exécution en Europe», Cahiers de droit européen (Bruxelles) 8° 2208, (2003) 38ème année: n°1-2, p.87-133, p. 89.

515 *Ibid.,* p. 89.

516 *Ibid., p. 125.*

517 CHEVALIER E., Bonne administration et Union européenne, Bruylant, 2014, p. 429.

518 PESCATORE P., L'ordre juridique des Communautés européennes, Étude des sources du droit communautaire, rééd., Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 197.

à l'État fédéral et le pouvoir d'adopter les mesures d'exécution des lois fédérales qui revient, par principe, aux États fédérés[519].

285. Si tous les États fédéraux d'Europe ne connaissent pas le fédéralisme d'exécution — comme la Belgique par exemple où les régions n'appliquent pas la législation fédérale — ce modèle concerne essentiellement le fédéralisme continental, à l'exclusion du fédéralisme américain. On retrouve ce système décentralisé dans le fédéralisme germanique, en Allemagne (1) mais aussi en Suisse (2).

1. Le fédéralisme d'exécution en Allemagne

285. Lorsque l'on évoque les similitudes existant entre l'intégration européenne et le fédéralisme, c'est généralement le modèle des États-Unis qui est convoqué. S'agissant du droit administratif européen, il s'avère toutefois que le modèle allemand est plus pertinent. En effet, le fédéralisme allemand semble avoir servi de source d'inspiration pour l'Union dans la mesure où ce dernier, contrairement au fédéralisme américain, s'est construit avec une administration fédérale relativement réduite, l'exécution de la législation fédérale étant une activité de principe des États fédérés (*Länder*). Si la fédération allemande (*Bund*) ne dispose pas d'une administration aussi large que celle des États-Unis, c'est parce que la constitution allemande consacre le principe de l'administration indirecte en vertu duquel « l'exécution de la loi fédérale est normalement de la compétence des Länder, l'existence d'administrations propres à la Fédération (*bundeseigene Verwaltung*) étant l'exception »[520].

286. En Allemagne, les administrations des *Länder* appliquent la législation locale mais aussi, la plupart temps, la législation fédérale. En vertu de l'article 83 de la constitution fédérale, « sauf disposition contraire prévue ou admise par la présente Loi fondamentale, les *Länder* exécutent les lois fédérales à titre de compétence propre ». Lorsque les *Länder* exécutent les lois fédérales à titre de compétence propre, ils règlent, en vertu de l'article 84, « l'organisation des autorités et la procédure de leurs administrations ». En outre, si des lois fédérales posent d'autres règles, ces derniers peuvent prendre, sous certaines conditions, des dispositions y dérogeant. L'article 85 de la constitution prévoit que lorsque les *Länder* exécutent les lois fédérales par délégation de la Fédération, l'organisation des administrations reste de la compétence des *Länder,* à moins que des lois fédérales n'en disposent autrement. La loi fédérale ne doit pas transférer de tâches aux communes et groupements de communes.

---

[519] ELKIND D. L'efficacité des décisions administratives étrangères dans l'Union européenne : Etude de droit administratif, thèse, Bordeaux, 2018, p. 179.

[520] ZILLER J, « « Les concepts d'administration directe, d'administration indirecte et de coadministration et les fondements du droit administratif européen » in Traité de droit administratif, précité, p. 330-331.

287. Lors de l'exécution des lois fédérales par les *Länder*, ces derniers disposent donc d'une certaine marge de liberté. À cet égard, la directive européenne qui suppose son exécution par les États membres, sans intervention des institutions européennes, excepté une surveillance de la Commission sur la bonne transposition de la directive et l'application correcte du droit de l'Union, rappelle les lois-cadres *(Rahmengesetz)* du fédéralisme allemand. Dans sa version originelle, l'article 75 de la Loi fondamentale prévoyait que la Fédération avait le droit d'édicter des dispositions-cadres portant sur certaines matières[521]. L'article 72 imposait toutefois que celle-ci n'exerce sa compétence que si des règles communes lui apparaissaient utiles. La technique de la législation-cadre, en vigueur jusqu'à la réforme de 2006, concernait les compétences concurrentes, c'est-à-dire les domaines dans lesquels le *Bund* et les *Länder* pouvaient légiférer : la première intervenant pour fixer un cadre au sein duquel s'insérait la réglementation des seconds[522]. À l'instar des directives européennes, les lois-cadres comportaient souvent, à côté de dispositions véritablement « cadres », des dispositions précises, détaillées et directement applicables sans intervention supplémentaire des *Länder*[523]. La Cour constitutionnelle a, à l'époque, validé cette hypothèse dans la mesure où il existait un intérêt particulièrement fort et légitime et à condition que l'ensemble du texte laissât une marge de manœuvre aux Länder[524].

2. Le fédéralisme d'exécution en Suisse

288. L'article 3 de la constitution de la Suisse pose le principe selon lequel « les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale et exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération ». Cette disposition régit à la fois les compétences législatives et les compétences d'exécution. En d'autres termes, la Confédération ne peut intervenir dans une matière, quelle qu'elle soit, qu'en vertu d'une attribution de compétence. En Suisse, dans la plupart des secteurs d'activité de l'État, les tâches et les compétences sont partagées entre la Confédération et les Cantons. Si le pouvoir fédéral se charge des règles générales, de la planification et du financement de certains

---

[521] Il s'agissait du statut des personnes au service des collectivités de droit public, de la presse et du cinéma, la chasse, protection de la nature et conservation des sites, l'affectation des sols, l'aménagement du territoire, le régime des eaux, les déclarations de domicile et cartes d'identité (ex-article 75 de la Loi fondamentale).

[522] Lors de la révision constitutionnelle de 2006, la technique des lois-cadres fut supprimée afin de répartir les compétences législatives de façon plus claire. Cette réforme a eu pour conséquence le remaniement des compétences exclusives et concurrentes du *Bund* et des *Länder.*

[523]AUTEXIER C., Introduction au droit public allemand, Paris, PUF, 1997, p. 117. Dans l'Union, on distingue applicabilité directe et effet directe, la première étant une caractéristique formelle des règlements. S'agissant de l'effet direct, toute norme (réglement et directive) peut, sur le fond, comporter un tel effet, si son contenu est clair, précis et inconditionnel. En d'autres termes, lorsque les Etats membres ne disposent pas de pouvoir discrétionnaire pour les mettre en oeuvre.CJUE, *Van Duyn*, 4 décembre 1974, aff. 41/74.

[524] BVerfGE 43, 291 [343] I, numerus clausus.

programmes, les Cantons s'occupent principalement de l'exécution des lois, c'est-à-dire qu'ils ont la compétence de prendre l'ensemble des actes d'exécution propres à permettre la mise en œuvre effective et la concrétisation de la législation[525]. C'est le cas par exemple en matière de santé, d'éducation et de la culture, secteurs dans lesquels les Cantons disposent d'une grande marge de manoeuvre et peuvent avoir des politiques diversifiées[526].

289. Les compétences d'exécution des Cantons sont soit prévues par la constitution fédérale dans la mesure où cette dernière peut charger directement les cantons d'exécuter les lois fédérales, soit par le législateur fédéral, ce dernier pouvant décider de leur confier la mise en oeuvre de sa législation. En effet, lorsque la constitution n'indique pas le titulaire de la compétence d'exécution, le législateur peut parfaitement décider de déléguer la mise en oeuvre du droit fédéral, en tout ou en partie, aux Cantons. B. Dubey a mis en évidence les liens entre l'administration indirecte de l'Union européenne et le fédéralisme d'exécution de la Suisse en énumérant les caractéristiques et les vertus de ces deux systèmes. Ainsi, le fait de rapprocher les centres de décisions du citoyen permet de compenser l'éloignement des autorités qui adoptent les législations de fond. L'administration indirecte et le fédéralisme d'exécution offrent la possibilité pour les États membres et les Cantons suisses de préserver, par le biais d'agents et de procédures locales, les particularismes nationaux. En outre, la préexistence d'une administration locale présente une économie car elle évite des coûts supplémentaires et réduit les risques de rejet d'une l'administration centrale « européenne », qui serait potentiellement source de méfiance pour les administrés des États membres.

290. Il est intéressant de noter que, pour la doctrine, le fédéralisme d'exécution suisse trouve son fondement essentiel dans le principe fédéraliste de la subsidiarité[527]. Ce principe exige de la Confédération qu'elle porte le moins possible atteinte à la compétence cantonale d'exécuter le droit fédéral[528]. C'est pourquoi, lorsque les Cantons sont matériellement et financièrement en mesure d'exécuter la législation fédérale et que la tâche ne requiert pas une application centralisée, cette exécution doit leur être confiée[529]. Si la Confédération décide d'exécuter elle-même la législation, elle est tenue de justifier son refus de déléguer les tâches

---

525 DUBEY B., Administration indirecte et fédéralisme d'exécution, précité, p. 94.

526 E.Arcq, V.de Coorebyter et C.Istasse, *Fédéralisme et confédéralisme*, Bruxelles, CRISP, 2012, p.49

527 DUBEY B., Administration indirecte et fédéralisme d'exécution, précité, p. 94-95 ; SALADIN P., « Bund und Kantone, Autonomie und Zusammenwirken im schweizerischen Bundesstaat», R.D.S., N.F. 103, 1984, II, fasc. 4, pp. 431 à 590, spéc. pp. 556 et s., 559 et s., 561 et s.

528 THALMANN U., «Subsidiaritätsprinzip und Kompetenzverteilung», in Die neue schweizerische Bundesverfassung, Fleiner et al. (éd.), PIFF, Helbing & Lich- tenhahn, Bâle, 2000, pp. 149 à 169, spéc. p. 165.

529 SALADIN P.,« Bund und Kantone, Autonomie und Zusammenwirken im schweizerischen Bundesstaat», R.D.S., N.F. 103, 1984, II, fasc. 4, p. 556;

d'exécution aux Cantons[530]. Le législateur fédéral devra ainsi démontrer « le caractère absolument nécessaire et indispensable d'une exécution uniforme dans le domaine concerné pour pouvoir refuser légitimement de confier l'exécution aux cantons »[531]. On retrouve cette caractéristique dans l'actuel article 291.2 TFUE aux termes duquel « lorsque des conditions uniformes d'exécution des actes juridiquement contraignants de l'Union sont nécessaires, ces actes confèrent des compétences d'exécution à la Commission ou (…) au Conseil ».

291. Le fédéralisme d'exécution, tout comme l'administration indirecte, implique que l'exécution du droit fédéral par les États fédérés concerne non seulement l'exécution administrative mais aussi son contrôle judiciaire. De même qu'en Suisse, « le rôle de juge ordinaire du droit fédéral échoit au juge cantonal »[532], dans l'Union européenne, c'est le juge national qui agit en qualité de « juge communautaire de droit commun »[533] ou « juge européen de droit commun »[534]. En suisse, la constitution fédérale a récemment consacré cette règle, issue de la pratique, puisque l'article 191 b prévoit désormais que « les cantons instituent des autorités judiciaires pour connaître des contestations de droit civil et de droit public ainsi que des affaires pénales »[535]. Dans l'Union européenne, ce mécanisme, institué dès l'origine des Communautés, est généralement connu sous le nom de « subsidiarité juridictionnelle ».

Paragraphe 2. Le principe de subsidiarité juridictionnelle

292. Le principe de subsidiarité juridictionnelle qui se distingue du principe de subsidiarité consacré à l'article 5.3 TUE — qualifié de « subsidiarité substantielle »[536] — est une notion forgée par la doctrine visant à décrire la décentralisation du contentieux communautaire qui a commencé bien avant l'adoption formelle du principe de subsidiarité par le traité de

---

530 DUBEY B., précité, p.95.

531 *Ibid*., Pour une illustration dans le domaine de la protection de l'environnement, voir le Mess. du 31 oct. 1979 relatif à la loi sur la protection de l'environnement, in F.F. 1979, III, pp. 741 et s.,

532 DUBEY B., précité, p. 91-92.

533 TPI, 10 juillet 1990, *Tetra Pak c/ Commission,* aff. T-51/89, Rec., II-309, pt 42. DEHOUSSE R., La Cour de justice des Communautés européennes, Montchrestien, Paris, 1994, p. 35.

534 CANIVET G., « Le droit européen et l'office du juge national », *Droit et société*, nº 20-21, 1992, pp. 144 et s.

535 *Ibid*. A noter que le droit civil et le droit pénal ont été unifiés par des lois fédérales. L'article 191b fait partie de la réforme de la justice adoptée par vote populaire du 12 mars 2000.

536ANTRIANTSIMBAZOVINA J., « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme », *RAE*, 1998, p. 29. La « subsidiarité substantielle » de l'article 5.3 TUE revêt un aspect matériel et procédural. Sa justiciabilité a été reconnue par la Cour de justice avec l'entrée en vigueur du traité de Maastricht. Ainsi, du point de vue de la Cour de justice, la subsidiarité comporte un double volet : d'une part, le principe de subsidiarité peut expressément faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. D'autre part, la Cour est implicitement impliquée dans le mécanisme de la subsidiarité juridictionnelle.

Maastricht[537]. En effet, si le principe de subsidiarité édicté à l'article 5.3 TUE est « un principe opérationnel pour la Cour de justice qui en exerce le contrôle, la subsidiarité juridictionnelle elle est plutôt une déduction du comportement de la Cour »[538].

292. Tout comme le principe d'administration indirecte duquel elle découle, la subsidiarité juridictionnelle n'est pas un principe explicitement prévu dans les traités de l'Union mais apparait comme un « concept régulateur »[539] en ce qu'elle imprègne la régulation des compétences entre la Cour de justice et les juridictions nationales. En effet, la fonction juridictionnelle, dans l'Union européenne, fait appel à un type particulier de « fédéralisme judiciaire » impliquant les juridictions de l'Union et celles des États membres[540]. En vertu du principe de subsidiarité juridictionnelle, c'est aux juridictions nationales qu'incombe la responsabilité de veiller à la bonne application du droit de l'Union dans les ordres juridiques internes. Ainsi peut-on affirmer que la compétence juridictionnelle de principe revient, dans l'Union européenne, aux juges nationaux (A). La procédure du renvoi préjudiciel constitue, à ce titre, une manifestation de la subsidiarité juridictionnelle et son importance, au regard de ce qui apparait comme un « fédéralisme judiciaire européen »[541], doit être soulignée (B).

A. La compétence juridictionnelle de principe des juges nationaux

293. En tant que principe de répartition des compétences entre la Cour de justice et les juges nationaux, la subsidiarité juridictionnelle fait de ces derniers les juges européens de droit commun dans la mesure où ils disposent d'une compétence de principe dans le contrôle du respect du droit de l'Union par les États membres (1). Corrélativement, la Cour de justice ne dispose que d'une compétence subsidiaire d'attribution dans la garantie de l'application du droit de l'Union, et du contrôle de son respect, en raison du caractère décentralisé du système juridictionnel de l'Union (2).

---

537 SIMON D., « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire », in Revue des affaires européennes, 1998, pp. 84-93.

538 COURONNE V., La compétence procédurale des Etats membre, précité, p. 85.

539 AKOUMIANAKI D, Les rapports entre l'ordre juridique constitutionnel et les ordres juridiques européens, analyse à partir du droit constitutionnel grec, 2014, p. 147-148.

540 ZILLER J., « Exécution centralisée et exécution partagée : le fédéralisme d'exécution en droit de l'Union européenne, » in L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux, Colloques, J. D. de la Rochère (dir.), Bruylant, 2009, p.128.

541 CANIVET G., « Le fédéralisme judiciaire : étude comparée du fédéralisme juridictionnel américain et de l'architec- ture juridictionnelle de l'Union européenne », *Liber amicorum Guy Horsmans*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 149.

1. Le juge national, juge européen de droit commun

294. En dépit de l'absence d'une consécration textuelle du principe de subsidiarité juridictionnelle (a), les juridictions nationales disposent, dès l'origine, d'une compétence de droit commun dans le contrôle du respect du droit de l'Union par les États membres (b).

a. L'absence d'une consécration textuelle du principe de subsidiarité juridictionnelle

295. À la différence de la subsidiarité substantielle, consacrée à l'époque du traité de Maastricht, la subsidiarité juridictionnelle n'a, à l'instar de l'administration indirecte, jamais été formellement consacrée[542]. Pour autant, force est de constater qu'en vertu du principe d'administration indirecte, l'exécution, y compris juridictionnelle, des normes européennes est largement décentralisée. La compétence de principe accordée aux administrations nationales pour mettre en œuvre les règles européennes primaires et dérivées implique de façon symétrique, celle du juge national pour s'assurer de la validité de cette mise en œuvre[543]. Si la nécessité de recourir prioritairement aux juridictions nationales n'a rien d'original, au regard du cadre décentralisé dans lequel s'inscrit la mise en oeuvre du droit de l'Union, l'expression « subsidiarité juridictionnelle » pour qualifier la compétence première des juridictions nationales mérite que l'on s'y attarde. L'emploi de cette expression s'est généralisé dans la période *post-Maastricht,* notamment en France, sous la plume de certains auteurs[544]. Le succès de la formule s'explique par la consécration dans le droit primaire du principe de subsidiarité, en tant que principe régulateur de l'exercice des compétences partagées. Malgré son existence incontestable dans la pratique, la subsidiarité juridictionnelle a fait l'objet d'une consécration jurisprudentielle tardive et cette reconnaissance est le fruit du Tribunal. En effet, ce n'est qu'à partir des années 1990 que le juge communautaire a pu affirmer expressément que le juge national « agit en qualité de juge communautaire de droit commun »[545]. La doctrine situe généralement la consécration prétorienne du principe de subsidiarité juridictionnelle à partir de l'arrêt *Tetra Pak*.

---

[542] Tout au plus peut-on indiquer que l'actuel article 19 TUE prévoit que « les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union »;

[543] SIRINELLI J., La mise en œuvre du droit de l'Union européenne dans le contentieux administratif in *Traité de droit administratif européen,* 2 éd, AUBY J.-B., DUTHEIL de la ROCHERE J. (dir) Bruylant, 2014, p.1007.

[544] SIMON D., *«La subsidiarité juridictionnelle »,* précité ; FINES F., *« Subsidiarité et responsabilité »*, *RAE*, 1998, pp. 95-101 ; DUBOS O., *Les juridictions nationales, juge communautaire,* Paris, Dalloz, 2001,1015 p.

[545] TPI, 10 juillet 1990, *Tetra Pak c/ Commission,* aff. T-51/89, Rec., II-209, pt 42. Le Tribunal ne reprendra qu'une seule fois la même formulation : TPI, Ord., 22 décembre 1995, *Danielsson ea c/ Commission*, aff. T-219/95 R, *Rec*., p. II-3051, pt 77. Quant à la Cour, celle-ci s'abstient curieusement d'employer l'expression alors même que les Avocats généraux l'emploient fréquemment. S'agissant de l'expression « subsidiarité juridictionnelle » celle-ci n'apparait, en revanche, nulle part, ni chez les juges de l'Union, ni chez les Avocats généraux.

296. Si la Cour de justice n'a visiblement jamais employé l'expression de « juge communautaire de droit commun » ni celle de « subsidiarité juridictionnelle », il ne fait pourtant pas de doute que cette idée était « sous-jacente dans la jurisprudence »[546]. L'on peut considérer, à l'instar de l'Avocat général Y. Bot, que dès l'arrêt *Simmenthal* de 1978, le juge national agissait « en tant que juge communautaire de droit commun » dans la mesure où il était tenu « d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant inappliquée toute disposition nationale contraire au droit communautaire ». Le juge interne a ainsi le devoir « d'écarter les dispositions nationales formant obstacle à la pleine efficacité des normes communautaires » sans qu'il soit obligé d'avoir recours au renvoi préjudiciel[547]. La subsidiarité juridictionnelle implique donc une certaine articulation entre les voies de recours des États membres et celles de l'Union. En effet, « à l'image du partage vertical des compétences, le système des voies de recours dans l'UE s'ordonne selon la règle de subsidiarité juridictionnelle »[548].

b. La compétence première des juridictions nationales

297. Les juridictions nationales sont « la clé de voûte du système juridictionnel de l'Union européenne »[549]. C'est, par conséquent, par une sorte de « dédoublement fonctionnelle » que ces dernières sont investies d'une mission de juge européen[550]. À ce titre, elles assument la responsabilité première de l'exécution du droit européen[551]. En vertu du principe de subsidiarité juridictionnelle, les juridictions nationales disposent d'une compétence de principe dans le contrôle de la compatibilité du droit national avec le droit de l'Union, d'une part, et dans la protection juridictionnelle des particuliers, d'autre part.

298. La subsidiarité juridictionnelle qui découle de l'organisation judiciaire mise en place par les traités ne confère pas une compétence à la Cour de justice pour contrôler, du moins de façon directe, la bonne application du droit de l'Union par les États membres. Même en cas de violation du droit de l'Union par ces derniers, la Cour ne saurait se substituer aux autorités nationales défaillantes car « seul le juge national peut condamner les actions ou inactions

---

546 DUPONT-LASSALLE J., La subsidiarité juridictionnelle, instrument de l'intégration communautaire ?, Droit et société, 2012, vol.80 n°1, pp.47-71.

547 Conclusions de l'Avocat général M. Y. Bot présentées le 7 juillet 2009 dans l'affaire *Kücükdeveci, C*-555/07, § 55.

548 COVOLO V., Et la judiciarisation de l'espace pénal de l'union fut ... mais où se cache le juge pénal européen? Cahiers de droit européen, 2011, n° 1, pp. 103-154.

549 Parlement européen, Résolution du 9 juillet 2008 sur le rôle du juge national dans le système juridique européen,(Rés. P6_TA (2008) 0352.

550 Conclusions de l'Avocat général M. P. Léger présentées le 8 avril 2003 dans l'affaire Köbler, C-224/01.

551 JACOT-GUILLARMOD O., Le juge national face au droit européen, Helbing & Lichtenhahn/Bruylant, Bâle/ Bruxelles, 1993, pp. 284 et s.

incompatibles avec les obligations édictées par le droit de l'Union »[552]. Comme l'a souligné l'Avocat général A. Saggio, « la fonction du juge national comme juge communautaire de droit commun implique qu'on lui confie la délicate mission de garantir la primauté du droit communautaire sur le droit interne »[553]. Il incombe au juge national de garantir, au sein de l'ordre juridique interne, le respect du droit de l'Union. Ce dernier constitue ainsi « le dernier rempart pouvant corriger une mauvaise application du droit communautaire par l'autorité nationale compétente » puisqu'il est « le seul qui peut rétablir la légalité communautaire »[554].

299. En tant que principe structurel de l'organisation juridictionnelle de l'Union, la subsidiarité juridictionnelle ne permet pas à la Cour de s'immiscer dans la sphère nationale. En effet, le système juridictionnel de l'Union exclut qu'un principe de subsidiarité puisse intervenir pour imposer l'intervention de la Cour « afin de combler d'éventuelles carences au plan national »[555]. Ainsi, contrairement à la subsidiarité de l'article 5.3 TUE, la subsidiarité juridictionnelle se présente ici comme un principe de répartition des compétences entre les juges nationaux et la Cour de justice, et non comme un principe de régulation de leur exercice, dans la mesure où elle implique une séparation étanche entre les sphères de compétences juridictionnelles. Si la Cour de justice est compétente pour interpréter le droit de l'Union, et contrôler la légalité du droit dérivé par rapport au droit primaire, les juges nationaux sont compétents pour interpréter le droit interne et en sanctionner la non conformité au droit de l'Union, tel qu'interprété par la Cour de justice. Une telle distribution des attributions respectives de chaque juge parait naturelle et tout à fait logique, le juge national étant mieux placé que le juge européen pour se prononcer sur le droit interne[556].

300. En plus de contrôler la bonne application du droit de l'Union, le juge national doit, en tant qu'arbitre naturel des conflits mettant en cause les droits individuels[557], assurer la

---

[552] DUPONT-LASSALLE J., La subsidiarité juridictionnelle, instrument de l'intégration communautaire ?, Droit et société, 2012, vol.80 n°1, pp.47-71.

[553] Conclusions de l'Avocat général, M. A Saggio présentées le 16 décembre 1999 dans les affaires *Océano Grupo Editorial SA et Salvat Editores*, aff.jointes C-240/98 à C-244/98.

[554] Conclusions de l'Avocat général M. Y. Bot présentées le 6 mai 2008 dans l'affaire Heemskerk BV Firma Schaap, aff. C−455/06.

[555] POTVIN-SOLIS L., « Valeurs communes et citoyenneté européenne : quels progrès pour l'identité de l'Union devant la Cour de justice ? », in Les valeurs communes dans l'Union européenne, 2014, Bruylant, Coll. « Colloques Jean Monnet », L. POTVIN-SOLIS (dir.), pp. 119-154.

[556] Cette lecture suppose l'absence de « compétences partagées » entre les juges nationaux et la Cour de justice. En effet, reconnaitre des compétences concurrentes, en ce domaine, ouvrirait la voie à l'application d'un principe dynamique de subsidiarité, au sens d'un mécanisme régulateur de l'exercice des compétences juridictionnelles, sur le modèle du principe de subsidiarité de l'article 5.3 TUE. Si un tel paradigme est en principe exclu, nous verrons qu'en pratique, les compétences de la Cour de justice et des juridictions nationales ne sont pas aussi étanches et séparées. La subsidiarité juridictionnelle présentant elle aussi un aspect dynamique.

[557] BERROD F. La systématique des voies de droit communautaires, Dalloz, 2002, p.121.

protection des droits et libertés des individus qui découlent de ce droit. En effet, « la protection directe, immédiate et effective des droits que les particuliers tirent du droit communautaire dépend du juge national »[558]. L'article 47 de la Charte des droits fondamentaux consacrant le droit à un recours effectif et l'accès à un tribunal impartial prévoit que « toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal ». En effet, le rôle capital du juge national dans la mise en oeuvre du droit communautaire s'est traduit, pour les justiciables, par la reconnaissance d'un droit au juge, un tel droit se trouvant « à la base des traditions constitutionnelles communes aux États membres »[559]. L'article 19.1 TUE qui indique que « les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union » peut être interprété comme une consécration, dans le domaine de la protection juridictionnelle effective des particuliers, de la « subsidiarité juridictionnelle »[560].

2. Les compétences subsidiaires de la Cour de justice

301. Le caractère subsidiaire des compétences juridictionnelles de la Cour de justice, par rapport aux compétences de principe des juridictions nationales, ressort de la fonction contentieuse limitée de celle-ci (a) et s'explique par le fait que la Cour de Luxembourg ne constitue pas une véritable Cour Suprême au sommet de la hiérarchie judiciaire (b).

a. La fonction contentieuse limitée de la Cour de justice

302. On distingue généralement trois fonctions de la Cour de justice, la fonction contentieuse, régulatrice et consultative. La première revêt une importance certaine car son objet est de contrôler, à titre principal et exclusif, l'action des institutions de l'Union et subsidiairement, l'action des États membres. S'agissant du contrôle de l'action des institutions de l'Union, la Cour dispose d'importants moyens pour se prononcer sur des questions de légalité — *via* les recours en annulation, en carence et l'exception d'illégalité — et des questions d'indemnité. À cet égard, les juges nationaux sont incompétents pour contrôler les actes et agissements des institutions européennes. S'agissant, en revanche, du contrôle de l'action des États membres, la Cour dispose de moyens limités.

303. En dehors du recours en constatation de manquement, la Cour reconnait elle-même qu'elle ne peut statuer sur la compatibilité d'une disposition nationale avec le droit de

---

[558] NABLI B., L'Etat membre : l'« hydre » du droit constitutionnel européen. Une figure étatique à visages multiples, in : *VIIe Congrès français de droit constitutionnel*, 2008, p.23.

[559] Conclusions de l'Avocat général M. P. Léger présentées le 8 avril 2003, affaire Köbler, aff. C-224/01.

[560] BERTRAND B., Le juge de l'Union européenne, juge administratif, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 689.

l'Union[561]. Cette dernière est donc incompétente pour contrôler l'action des États membres dans le cadre des recours en annulation, en carence et en indemnité, cette fonction étant assurée par les juridictions nationales qui, « en leur qualité de juge de droit commun du droit de l'Union européenne, assurent le respect de ce droit par les États membres »[562]. Aussi la Cour de justice ne peut-elle statuer sur la légalité d'une mesure étatique[563] et n'est pas davantage compétente pour connaître des demandes visant l'annulation de décisions nationales ou d'octroi de prestations sociales qui auraient été refusées par les autorités nationales[564]. Si l'action de ces derniers se révèlent insuffisante, les États membres peuvent faire l'objet d'une procédure en constatation de manquement. Par conséquent, le contrôle des actes étatiques, par la Cour de justice, est cantonné à cette procédure[565].

304. Le recours en manquement, prévu aux articles 258, 259 et 260 TFUE, ne permet toutefois pas au juge européen d'opérer un contrôle efficace de la mise en œuvre correcte du droit de l'Union par les États membres. Si la Cour de justice a défini ce recours comme l'*ultima ratio* permettant de faire prévaloir les intérêts communautaires et lutter contre l'inertie et la résistance des États[566], cette procédure n'est pas équivalente à un contrôle de légalité. En effet, la Cour n'est pas compétente pour annuler un acte adopté par une autorité nationale car elle se borne à déclarer que l'État a failli à ses obligations imposées par le droit de l'Union, primaire ou dérivé. Elle est, en quelque sorte, « handicapée par la configuration particulière donnée à cette voie de droit par le traité »[567].

305. Malgré une conception large du manquement[568] et l'intensité maximale que peut atteindre son contrôle[569], la Cour se heurte à de nombreuses limites. Tout d'abord, l'étendue

---

561 CJCE, 22 mars 1990, *Triveneta Zuccheri e.a. c/ Commission,* aff. C-347/87, Rec. , I, p. 1083, pt 16.

562 CLAUSEN F., Les moyens d'ordre public devant la Cour de justice de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 73.

563 TPI, 15 décembre 1999, *Kesko c/ Commission,* aff. T-22/97, Rec. , II, p. 3775, pt 83.

564 CJCE, ord., 5 oct. 1983, *Nevas c/ Caisse des juristes à Athènes*aff. 142/83, Rec. , p. 2969.

565 La question du contrôle indirect de l'action des Etats membres *via* la procédure du renvoi préjudiciel en interprétation du droit de l'Union n'entre pas dans ces développement car la procédure préjudicielle repose sur une coopération juridictionnelle entre juridictions nationales et juge européen et ne relève pas de la fonction contentieuse de la Cour de justice mais de sa fonction régulatrice.

566 CJCE, 15 juillet 1960, *Pays-Bas / Haute Autorité*, aff. 25/59, *Rec*. p. 761.

567 BERROD F., La systématique des voies de droit communautaires, Dalloz, 2003, p. 83.

568 Outre une conception extensive des conditions de recevabilité et du bloc de référence, la Cour retient une notion large du manquement de manière à englober tous les actes et omission des Etats membre.

569 Le contrôle est conçu largement afin d'éviter toute tentative des Etats membres de se soustraire à leurs obligations.

de son appréciation dépend du contenu de la requête introduite par la Commission[570]. Ensuite, en cas de constatation d'un manquement, elle ne peut pas déclarer « nulle » la norme nationale qui en est à l'origine. En cas d'omission étatique, elle ne peut pas davantage indiquer les mesures susceptibles de mettre fin au manquement. L'efficacité de cette procédure est souvent interrogée, notamment lorsque sont en cause des enjeux sensibles comme l'indépendance de la justice ou le pluralisme. A. Bouveresse estime ainsi que l'on peut difficilement attendre d'un État qu'il se conforme au jugement de la Cour de Luxembourg alors même qu'il n'hésite pas à outrepasser « les arrêts de sa propre Cour constitutionnelle »[571]. En effet, la Cour de justice apparait encore comme une juridiction externe aux ordres juridiques nationaux. De plus, elle est contrainte à un minimum de *self restraint* dans le cadre de son appréciation de la légalité des actes des États membres[572]. Enfin, le rôle marginal des requérants individuels, dans le cadre de cette procédure, doit être souligné, ces derniers n'étant pas habilités à saisir le juge de l'Union d'un manquement étatique. Cette question soulève la problématique traditionnelle de la protection juridictionnelle effective des particuliers dans l'Union européenne.

305. Les limites de la subsidiarité juridictionnelle ont été mises en lumière lors de la controverse relative à la question de l'irrecevabilité des recours en annulation introduits, devant le juge européen, par les particuliers, personnes physiques ou morales, contre des actes européens de portée générale ne les concernant pas individuellement. Afin de garantir la complétude des voies de recours, le Tribunal, par son arrêt *Jégo-Quéré*[573], et l'Avocat général, dans ses conclusions relatives à l'affaire *Unión de Pequeños Agricultores*[574], avaient estimé que le droit à un recours effectif exigeait une évolution de la jurisprudence sur la notion de personne individuellement concernée[575]. À cet égard, l'arrêt *UPA*[576] offre une illustration de la façon dont la Cour de justice a pu user de la subsidiarité juridictionnelle. Dans la mesure où la notion d'affectation individuelle était prévue par le droit primaire, la Cour a considéré que seule une révision du traité permettait un assouplissement des conditions de recevabilité. La Cour a néanmoins pris soin de renvoyer aux juridictions nationales la tâche d'assurer la

---

570 Si, en théorie, les Etats membres peuvent initier de tels recours (article 259 TFUE), c'est la Commission qui, dans la pratique, saisit la Cour de justice lorsqu'elle estime qu'un Etat a manqué à ses obligations (article 258 TFUE).

571 BOUVERESSE A., *Le recours en constatation de manquement : l'arme contentieuse*. Rev. Aff. Eur., 2013/3, p. 495-504.

572 BERROD F., précité, p. 73.

573 TPI, 3 mai 2002, *Jégo-Quéré,* aff. T-177/01, Rec., II-2365.

574 Conclusions de M. Jacobs présentées le 21 mars 2002 dans l'affaire UPA.

575 Cette condition était posée dans les dispositions de l'ex-article 230 TCE.

576 CJCE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores,* aff. C-50/00P, Rec., I-6677.

protection complète du justiciable dans la mesure où il leur revenait d'assurer, au premier chef, la protection des droits des particuliers. La Cour fut accusée de se retrancher derrière la subsidiarité juridictionnelle dans le but d'éviter un encombrement de son prétoire[577]. On lui a également reproché d'imposer, aux autorités nationales, une obligation de compléter les voies de recours de l'Union, au risque de faire varier la protection des particuliers en fonction des États membres. La modification de l'article 263 TFUE par le traité de Lisbonne n'a pas permis de combler les lacunes dans la protection juridictionnelle des justiciables. Si le nouvel article 263 TFUE a modifié l'ex-article 230 TCE[578], la Cour de justice a maintenu sa lecture rigoriste[579]. Cette caractéristique s'explique par le fait que la Cour de justice n'est pas, contrairement à ce qui existe dans le fédéralisme allemand ou suisse, une juridiction suprême compétente pour réformer les jugements des tribunaux des États[580].

b. L'absence d'une véritable Cour Suprême fédérale

306. Si la nature constitutionnelle *lato sensu* de la fonction assumée par la Cour de justice ne fait pas doute, il reste que cette dernière ne peut pas être qualifiée de Cour suprême, en l'absence d'une hiérarchie organique entre les juges nationaux et européens[581]. Pour D. Simon « la mission constitutionnelle de la Cour se rapproche de celle confiée aux juridictions constitutionnelles aussi bien dans les États fédéraux que dans les États unitaires »[582]. En effet,

---

577 GILLIAUX P., «L'arrêt *Union de pequenos agricultores* : entre subsidiarité juridictionnelle et effectivité», CDE, 2003, n° 1 et 2, p. 177.

578 Désormais les particuliers peuvent attaquer tout acte produisant des *effets contraignants* pour autant qu'il les concerne *directement et individuellement*. La condition qu'il s'agisse d'une décision qui leur soit adressée a donc disparu. Le traité a aussi introduit une nouvelle hypothèse concernant les *actes réglementaires* : les recours des particuliers doivent être recevables, lorsqu'ils demandent l'annulation d'un acte réglementaire qui les concerne *directement* et qui ne comporte pas de *mesures d'exécution*. Aussi, le requérant est-il dispensé de montrer qu'un tel acte le concerne *individuellement*.

579 CJUE, 3 octobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami c/Parlement et Conseil,* aff. C-583/11 P,ECLI:EU:C:2013:625. La Cour maintient ma jurisprudence *Plaumann :* CJCE, 15 juillet 1963, aff. 25/62, *Rec*. 1963, p. 906.

580 DECHATRE L. Le pacte fédératif, précité, p. 128.

581 S'agissant du modèle de Cour suprême, la Cour Suprême des Etats-Unis sert généralement de référence car elle offre à l'Union un modèle de justice constitutionnelle (modèle américain) mais également de fédéralisme, même si d'autres juridictions, y compris non fédérales et non constitutionnelles, sont parfois qualifiées de suprêmes. Une Cour suprême vise, essentiellement, à garantir l'unité d'application du droit par les juges dans un système juridictionnel décentralisé. Le modèle de Cour constitutionnelle s'entend comme un modèle non nécessairement fédéral de justice constitutionnelle, (modèle européen). Les Cours constitutionnelles sont des juridictions indépendantes situées en dehors de l'appareil juridictionnel ordinaire, jouissant d'un monopole du jugement sur la question de la constitutionnalité. Cela dit, cette distinction doit être relativisée dans la mesure où, en pratique, les Cours nationales peuvent assumer les deux fonctions. Voir : MAGNON X., Retour sur quelques définitions premières en droit constitutionnel : que sont une « juridiction constitutionnelle », une « cour constitutionnelle » et une « cour suprême » ? Proposition de définitions modales et fonctionnelles. In: Long Cours- Mélanges en l'honneur de Pierre Bon, Dalloz, 2014, pp. 305-322 ; FAVOREU L.(dir.), Droit constitutionnel, Dalloz, Précis, Droit public Science politique, 14ème éd, 2014, p. 251.

582 SIMON D., Le système juridique communautaire, PUF 3e édition, 1997, p. 483.

c'est bien à la manière d'une Cour constitutionnelle que la Cour de justice de l'Union européenne veille au respect de la Charte constitutionnelle que sont les traités européens. Dans cette optique, la Cour de justice veille à la séparation (horizontale) des pouvoirs et en régule le fonctionnement. De même veille-t-elle au respect de la répartition (verticale) des compétences entre l'Union et les États, notamment lors du contrôle juridictionnel du principe de subsidiarité qui vise à assurer un équilibre constitutionnel dans l'exercice des compétences, dans une logique typiquement fédérale.

307. La subsidiarité juridictionnelle qui caractérise l'organisation judiciaire de l'Union européenne implique toutefois l'absence de hiérarchie entre les juges nationaux et la Cour de justice, celle-ci n'étant pas une Cour suprême fédérale. En effet, la transposition intégrale du modèle fédéral supposerait l'établissement d'un rapport hiérarchique entre les juridictions des États membres statuant en qualité de juridictions de l'Union et la juridiction suprême constituée par la Cour de justice[583]. Si l'organisation judiciaire de l'Union européenne rappelle vaguement une architecture de type fédéral, les auteurs des traités se sont gardés de pousser la logique fédéraliste jusqu'au bout. Aussi, la Cour ne dispose-t-elle pas d'une voie de réformation, d'un mécanisme d'appel ou d'une procédure de cassation pour annuler les décisions des juridictions nationales, à la différence des juridictions de la plupart des États fédéraux, comme l'Allemagne, compétentes pour réformer les jugements des tribunaux des États fédérés.

308. Pour tenter de décrire les rapports non-hiérarchisés entre la Cour de justice et les juges nationaux, des auteurs ont proposé des modèles mettant l'accent sur la coopération, le dialogue et la décentralisation. Ainsi en est-il du *Multi level system* (système à multiples niveaux) ou du *Verfassungsverbund* (association constitutionnelle). Les partisans du modèle du *Multi level system* considèrent que « l'autorité constitutionnelle européenne est formée par la C.J.U.E et les cours nationales suprêmes qui se trouvent dans une relation basée plutôt sur la coopération que sur la hiérarchie »[584]. S'inscrivant dans ces développements, I. Pelin Raducu a proposé le modèle de la déférence qui cherche à résoudre la tension entre la décentralisation de la fonction judiciaire et la nécessité d'assurer l'uniformité du droit de l'Union. Ce modèle suppose une « collaboration contrôlée des autorités nationales à l'application effective des normes de l'UE »[585] et envisage la coopération loyale comme

---

583 SIMON D., Le système juridique communautaire, précité, 473.

584 PELIN RADUCU I., Dialogue déférent des juges et protection des droits de l'homme, Larcier, Collection de la Faculté de Droit, d'Economie et de Finance de l'Université du Luxembourg, 2014, p.318.

585 SIMON D., « Les exigences de la primauté du droit européen: continuité ou métamorphoses ? », in L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis, Paris, Dalloz, 1991, pp. 481-493

fondement de cette déférence[586]. À ce titre, la procédure du renvoi préjudiciel, qui repose sur la coopération et la subsidiarité juridictionnelle, s'inscrit parfaitement dans ce modèle dans la mesure où elle permet d'assurer une certaine uniformité dans l'application du droit de l'Union. En assumant son « rôle unificateur » du droit de l'Union, la Cour de justice remplit les fonctions d'une cour constitutionnelle, sans pour autant être à la tête d'un système constitutionnel hiérarchique de type fédéral, sur le modèle d'une Cour suprême.

B. Le renvoi préjudiciel, une manifestation de la subsidiarité juridictionnelle

309. L'unité d'application du droit de l'Union aurait sans doute été compromise si l'on avait entièrement placé le sort du marché entre les mains des juges nationaux[587]. À cet égard, l'originalité du mécanisme du renvoi préjudiciel doit être soulignée car tout en étant basée sur la subsidiarité juridictionnelle[588], cette procédure a pour objet d'assurer l'unité dans l'interprétation et l'uniformité de l'application du droit de l'Union européenne. Si la doctrine voit depuis toujours dans cet instrument « une application du principe de subsidiarité avant la lettre »[589], l'importance du renvoi préjudiciel, dans la bonne exécution du droit de l'Union, mérite que l'on s'y attarde (1). De plus, ce mécanisme permet d'envisager le système juridictionnel européen sous l'angle du fédéralisme coopératif, rattachant une fois encore l'Union européenne au modèle fédéral allemand et suisse (2).

1. L'importance du renvoi préjudiciel dans la bonne exécution du droit de l'Union

310. La nécessité de préserver la mise en oeuvre du droit de l'Union des forces centrifuges qui menacent de s'exprimer, tout particulièrement au stade de l'exécution, a conduit les pères fondateurs à mettre en place des garanties « pour conserver à la loi commune sa nature communautaire jusqu'au stade de l'interprétation et de l'application »[590]. Ces garanties auraient pu prendre la forme d'une « juridiction suprême de révision ou de cassation »[591]. Tel ne fut cependant pas le choix des auteurs des traités qui, évitant d'éveiller les résistances nationales, lui préférèrent un mécanisme original permettant de « préserver la souveraineté du

---

[586] L'auteure souligne que l'esprit de coopération loyale qui prône la négociation et le compromis pour éviter la collision entre normes issues d'ordres juridiques différents, éclaire l'analyse des mécanismes juridictionnels.

[587] LECOURT R., « Le rôle unificateur du juge dans la Communauté » in *Mélanges TEITGEN,* Pedone, Paris, 1984, p. 223.

[588] BERROD F., La systématique des voies de droit communautaires, Dalloz, p. 116.

[589] LOUIS J.-V., « *La Cour de justice après Nice* », in L'Avenir du Système juridictionnel de l'Union européenne, édité par M. DONY et E. BRIBOSIA, Institut d'études européennes, Editions de l'Université de Bruxelles, 2002., p. 13.

[590] LECOURT R., L'Europe des juges, Bruylant, 2008, Collection Droit de l'Union européenne, PICOD F. (dir), p. 234.

[591] *Ibid.,* p. 226.

juge national dans l'application de la loi commune, tout en subordonnant l'interprétation authentique de celle-ci au seul juge communautaire »[592]. Le dispositif du renvoi préjudiciel, prévu à l'article 267 TFUE[593], est marqué par le souci d'éviter que cette voie puisse apparaitre comme une forme de révision des décisions des juridictions internes, ce qui aurait pour effet de substituer à la coopération juridictionnelle un rapport hiérarchique de nature fédérale[594]. Procédure de juge à juge, objective et non contentieuse car dépourvue de parties, le renvoi préjudiciel met en relation les juridictions nationales avec la Cour de justice dans un esprit de collaboration juridictionnelle. Dans la mesure où la procédure préjudicielle se présente comme un mécanisme de coopération entre les juges, elle apparait comme une manifestation de la subsidiarité juridictionnelle[595].

311. Le renvoi préjudiciel met particulièrement bien en évidence le rôle du juge national, juge européen de droit commun, la Cour de justice n'étant en mesure d'exercer sa compétence que si ce dernier décide de la saisir. De plus, le juge européen est amené à se prononcer sur une question d'interprétation ou de validité, sur la base d'un diagnostic que le juge national a préalablement établi. De son coté, la Cour de justice a adopté, du moins dans les premiers temps de sa jurisprudence, une approche accueillante des questions qui lui étaient posées. Cette attitude conciliante tranche avec l'approche formelle qui caractérise les recours de type hiérarchique car les décisions de rejet pour motif d'irrecevabilité sont assez rares. L'esprit de bienveillance et d'ouverture qui anime la Cour, à l'égard des renvois effectués par les juges nationaux, répond à l'esprit de coopération de ces derniers lorsqu'ils décident de la saisir d'une question préjudicielle. Le système du renvoi préjudiciel, fondé sur l'initiative décentralisée des juges nationaux, a néanmoins prouvé son efficacité. Aussi, malgré certaines faiblesses[596], toute évolution vers un système plus fédéral a été rejetée[597].

---

[592] *Ibid*.

[593] Aux termes de cet article, la Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel sur l'interprétation des traités et sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union. Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question. Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour.

[594] SIMON D., Le système juridique communautaire, PUF 3e édition, 1997, p. 709.

[595] BERROD F., La systématique, précité, p. 116.

[596] Le délai mis par la Cour de justice pour traiter une affaire est souvent critiqué. Les juridictions nationales peuvent être réticentes à saisir la Cour de crainte de voir la procédure s'allonger de façon inadmissible. En effet, la procédure a été victime de son succès entrainant une augmentation significative du nombre de renvois.

[597] DUE O. « The Working Party Report » in A. DASHWOOD and A. JOHNSTON (ed), *The Future of the Judicial System of the European Union,* Oxford, 2001, p.87 et s., spec., p.87 :*«A federal system should not be introduced by the back door»*.

312. Malgré son caractère décentralisé, la procédure préjudicielle a fourni à la Cour un cadre idéal pour « dynamiser » le principe de subsidiarité juridictionnelle et en faire un véritable vecteur d'intégration[598]. La pratique a en effet révélé que dans le cadre du renvoi préjudiciel, la séparation rigide des compétences entre la Cour de justice — chargée d'interpréter le droit de l'Union — et les juges nationaux — chargés d'interpréter le droit national et d'appliquer le droit de l'Union (tel qu'interprété par la Cour de justice) au litige dont ils sont saisis — devait être relativisée. Il en résulte que la procédure préjudicielle tend à rapprocher l'exercice des compétences juridictionnelles de la Cour et des juges nationaux si bien que le principe de subsidiarité juridictionnelle, en tant que régulateur de l'exercice des compétences juridictionnelles, trouve également à s'appliquer. Aussi la Cour peut-elle en activer l'aspect ascendant ou descendant en fonction des affaires et du risque que présente, pour le processus d'intégration, les pratiques nationales. Encore faut-il distinguer le renvoi préjudiciel en interprétation et le renvoi préjudiciel en appréciation de validité.

313. Le renvoi préjudiciel en interprétation du droit de l'Union occupe une place privilégiée parmi l'ensemble des voies de droit susceptibles de garantir l'effectivité du droit de l'Union et c'est dans ce cadre que furent dégagés ou précisés les principes sur lesquels reposent l'Union aujourd'hui, à savoir : les principes de primauté, d'effet direct et de coopération loyale. En outre, cet instrument offre à la Cour un moyen indirect de contrôler la légalité du droit national, même si elle s'en défend. En effet, le recours en manquement et la question préjudicielle en interprétation présentent des liens systémiques puisque ces deux voies de droit ont pour objectif d'assurer que les États respectent leurs obligations communautaires[599]. S'agissant de contrôler la légalité des actes étatiques susceptibles de porter attente au droit de l'Union, il revient aux juridictions nationales de prévenir toute violation de ce droit par les États. Encore faut-il, pour cela, bien l'interpréter. Dans la mesure où les juges nationaux ne sont pas spécialistes du droit de l'Union, ni de ses méthodes d'interprétation, ils sont incités à solliciter la Cour de justice. Si celle-ci délivre son interprétation du droit de l'Union, la responsabilité du contrôle de la légalité de la mesure étatique est dévolue au juge national qui est l'auteur du renvoi. À la différence du recours en manquement, le renvoi préjudiciel n'est pas politisé puisque le contrôle de légalité s'opère devant les juridictions nationales et intervient dans le cadre d'un litige de droit commun. Le contrôle se révèle à la fois plus efficace et mieux accepté par les États, ces derniers étant jugés par leur juges naturels. Le juge national est en effet « présumé être le juge le mieux placé, en vertu du principe implicite de

---

[598] DUPONT-LASSALLE J., « La « subsidiarité juridictionnelle », instrument de l'intégration communautaire ? », *Droit et société*, 2012/1 (n° 80), p. 47-71.

[599] BERROD F. La systématique des voies de droit communautaires, Dalloz, 2002, p.112.

subsidiarité, pour contrôler la légalité d'une mesure étatique »[600]. Aussi, en cas de doute sur la conformité d'une mesure nationale à une disposition du droit de l'Union (primaire ou secondaire), le juge national peut demander à la Cour de se prononcer sur l'interprétation du droit de l'Union. Et c'est à l'aune de cette interprétation que le juge national procédera lui-même au contrôle de légalité.

314. Cette présentation demeure toutefois théorique. Le renvoi préjudiciel en interprétation donne, en réalité, la possibilité à la Cour de justice de procéder elle-même à l'examen de la compatibilité des dispositions nationales avec le droit de l'Union. Si la Cour ne peut, en principe, statuer sur la validité d'une disposition du droit national au regard du droit de l'Union, cette vision formelle doit être dépassée. Très souvent, les juridictions nationales elles-mêmes sollicitent la Cour sur cette question et cette dernière ne rejette pas de telles demandes sous-couvert d'une incompétence à se prononcer sur la validité du droit national. Tout au plus se borne-t-elle à reformuler les questions pour sauver les apparences[601]. Moyennant une reformulation habile de la question, la Cour peut se prononcer sur un renvoi avec suffisamment de précision pour permettre au juge interne de trancher. Et, très souvent, ces derniers n'auront qu'une marge d'appréciation réduite pour appliquer la solution délivrée. Au-delà des précautions de formules, il n'est pas excessif de considérer que la Cour de justice se prononce, bien souvent, sur le fond du litige. Cela est particulièrement manifeste au stade du contrôle de proportionnalité. Si l'appréciation des éléments empiriques et factuels incombe aux juridictions de renvoi, l'examen de la proportionnalité tend en pratique à brouiller la séparation des compétences. L'impératif d'uniformité d'application du droit de l'Union exige que la Cour de justice retienne une conception « maximaliste » du renvoi préjudiciel[602]. Cette conception maximaliste s'exprime aussi bien dans le renvoi préjudiciel en interprétation que dans le renvoi en appréciation de validité.

315. En vertu de l'article 267 TFUE, le renvoi préjudiciel en appréciation de validité permet aux juridictions nationales de demander à la Cour de justice de se prononcer sur la validité des actes des institutions de l'Union, à l'exclusion des dispositions du droit primaire. En contrôlant la validité du droit dérivé, la Cour fait respecter la légalité communautaire car

---

[600] BERROD F. La systématique des voies de droit communautaires, Dalloz, 2002, p.121.

[601] Dans l'affaire *Grosoli,* le *Pretore* de Padoue avait demandé à la Cour de justice de se prononcer sur la compatibilité d'un régime de prix fixés par le droit national avec la réglementation communautaire en matière d'organisation commune des marchés. La Cour a indiqué que s'il ne lui appartenait pas de se prononcer « sur la compatibilité de normes de droit interne avec des dispositions de droit communautaire » elle était « compétente pour fournir à la juridiction nationale tous éléments d'interprétation, relevant du droit communautaire, permettant à cette juridiction de juger de la compatibilité de ces normes avec la réglementation communautaire : CJCE, 12 juillet 1979, *Adriano Grosoli, aff.* 223/78, Rec. 02621.

[602] BERROD F., La systématique, précité, p. 285

le renvoi en appréciation de validité constitue une modalité complémentaire du contrôle de légalité dont le recours en annulation est l'instrument principal. Cette procédure revêt un intérêt aussi bien pour les particuliers que pour les États dans la mesure où elle contribue à préserver l'équilibre de la répartition des compétences en garantissant que l'Union n'empiète pas sur les compétences étatiques. Elle revêt également une importance pour l'Union car elle permet d'assurer l'uniformité d'application du droit européen. Or, seul un contrôle centralisé est susceptible d'atteindre cet objectif. Aussi, la Cour y a-t-elle vu un monopole, de nature à exclure la compétence des juges nationaux, *via* une interprétation *contra legem* du traité.

316. La Cour a en effet opéré une véritable révision du traité puisque la reconnaissance d'une compétence exclusive dans le contrôle de la validité s'est faite au mépris des limites de sa compétence. En effet, l'article 267 TFUE — dont la rédaction est restée la même malgré les révisions successives des traités— n'opère pas de distinction entre le renvoi préjudiciel en interprétation et le renvoi en appréciation de validité. Cela n'a pas empêché la Cour de réserver un traitement différent au second en considérant, dans l'arrêt *Foto-Frost*[603], que les juges nationaux, même ceux dont les décisions sont susceptibles d'un recours, ont l'obligation de la saisir. Par son « interprétation systémique du renvoi préjudiciel en appréciation de validité avec le recours en annulation »[604], la Cour a donc centralisé le contentieux de la légalité entre ses mains. L'arrêt *Foto-Frost* constitue ainsi une révision prétorienne du traité consacrant le monopole de la Cour de justice en matière de contrôle de légalité des normes européennes. La raison principale, avancée par la Cour, réside dans la nécessité d'une application uniforme du droit de l'Union. L'argument n'a toutefois pas totalement convaincu.

317. Selon un auteur, le juge aurait surestimé « le risque que ferait peser sur l'unité de l'ordre juridique communautaire le retour aux juridictions internes de compétences que les rédacteurs du traité ont conçues comme décentralisées »[605]. La Cour se serait ainsi arrogée un pouvoir monopolistique qui ne résulterait ni de la lettre ni de l'esprit du traité. Dans ses conclusion relatives à l'affaire *Gaston Schul*[606], l'Avocat général a estimé que la Cour s'était attribuée « une compétence sans aucun appui dans la lettre de l'article 234 CE, en instaurant l'obligation de recourir au renvoi préjudiciel dans des cas où les auteurs du traité n'avaient prévu qu'une simple faculté », se reconnaissant ainsi « la compétence exclusive pour

---

603 CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost,* C-314/85, Rec. CJCE p. 4199.

604 BERROD F., *La systématique*, précité, p. 270.

605 MEHDI R., « Pédagogie et sécurité juridique » in Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen, COOUTRON L. (dir.), Bruylant, 2012., p.92.

606 Conclusions de l'Avocat général M. DÁMASO Ruiz-Jarabo Colomer du 30 juin 2005 dans l'affaire *Gaston Schul Douane-Expediteur BV*C-461/03

contrôler la validité des actes communautaires aux dépens des juridictions nationales »[607]. Appelée à abandonner son réflexe protecteur et assouplir sa jurisprudence, la Cour a pourtant décidé de maintenir sa position, préservant jalousement une compétence qu'elle s'était elle-même octroyée. Pour critiquable qu'elle soit, la jurisprudence *Foto-Frost* n'en est pas moins pertinente puisque le juge de l'Union s'est fondé sur une lecture systématique des voies de droit. Dans la mesure où l'article 263 TFUE attribue à la Cour une compétence pour annuler les mesures des institutions européennes, il en découle que la compétence pour constater leur invalidité lui revient, même lorsque l'illégalité est soulevée devant les juges nationaux, à l'occasion d'un litige interne. Dans l'arrêt *Foto-Frost,* la Cour a affirmé que « la nécessaire cohérence du système de protection juridictionnelle » impose cette conclusion[608]. Le renvoi préjudiciel en appréciation de validité constitue, au même titre que le recours en annulation, une modalité du contrôle de légalité des actes communautaires dans la mesure où « le traité a établi un système complet de voies de recours et de procédures destiné à confier à la Cour de justice le contrôle de la légalité des actes des institutions »[609]. Alors que le traité n'établit pas de lien entre recours en annulation et renvoi préjudiciel, la Cour a, de sa propre initiative, développé un parallélisme entre ces voies, établissant ainsi une nouvelle cohérence du système juridictionnel de l'Union. L'argument tiré de la systématique des voies de droit n'est pas le seul à être avancé. Son monopole peut également se justifier par le principe de subsidiarité juridictionnelle dans son aspect ascendant.

318. La Cour a en effet souligné qu'elle était « la mieux placée pour se prononcer sur la validité des actes communautaires »[610]. Pour étayer cette affirmation, la Cour a rappelé que « les institutions communautaires dont les actes sont mis en cause ont, en vertu de l'article 20 du protocole sur le statut de la Cour de justice de la CEE, le droit d'intervenir devant la Cour pour défendre la validité de ces actes ». Le juge de l'Union a ensuite précisé qu'en vertu de l'article 21 alinéa 2, du même protocole, il pouvait, contrairement aux juridictions nationales, demander aux institutions qui ne sont pas parties au procès « tous renseignements qu'elle estime nécessaires aux fins du procès ». En mentionnant sa plus grande aptitude à apprécier la validité des actes de droit dérivé, arguments à l'appui, la Cour de justice fonde son raisonnement sur une logique de subsidiarité (ascendante). Si l'on part du principe que les auteurs du traité ont conféré une compétence partagée aux juges nationaux et à la Cour, l'exercice de celle-ci par le juge de l'Union est justifié au regard des risques que présente un

---

[607] *Ibid.*, § 81.

[608] Pt 16 de l'arrêt *Foto-Frost* précité.

[609] *Ibid.*

[610] *Ibid,* pt 18.

contrôle de validité diffus ou décentralisé. L'arrêt *Foto-Frost* mérite davantage d'être salué que critiqué, même si certains auteurs y ont vu, de la part de la Cour, une « lecture perverse » destinée à substituer, à la coopération juridictionnelle, un lien hiérarchique entre juges[611].

2. *Une forme de fédéralisme coopératif propre au fédéralisme européen*

319. Conformément au principe d'administration indirecte, les juridictions nationales sont les juridictions de droit commun appelées à se prononcer en première ligne sur les questions d'interprétation et d'application du droit de l'Union[612]. Dans la mesure où ces questions sont souvent entremêlées, il est impossible de déférer les unes à la Cour de justice et les autres aux juges nationaux[613]. Le mécanisme du renvoi préjudiciel a été instauré pour assurer l'uniformité dans l'interprétation et l'appréciation de la validité des normes européennes et offrir aux justiciables qui tirent de l'ordre juridique de l'Union des droits que les juridictions doivent sauvegarder, une protection juridictionnelle effective. Une décentralisation non-encadrée de l'application du droit de l'Union par les juges nationaux présenterait le risque de fragmenter ce droit mais également de porter atteinte aux intérêts des particuliers. L'agencement du système juridictionnel de l'Union présente des traits fédéraux assez marqués car des procédures similaires au renvoi préjudiciel existent dans certains États fédéraux. À titre d'exemple, l'article 100, alinéa 1, de la constitution allemande prévoit que si un tribunal estime qu'une loi dont la validité conditionne sa décision est inconstitutionnelle, il doit surseoir à statuer et soumettre la question à la décision de la Cour constitutionnelle fédérale s'il s'agit de la violation de la présente Loi fondamentale. Il en est de même s'il s'agit de la violation de la Loi fondamentale par le droit d'un *Land* ou de l'incompatibilité d'une loi de Land avec une loi fédérale[614]. De même, en Suisse, le juge cantonal est, sauf exception, « juge ordinaire du droit fédéral »[615].

---

[611] BARAV A., « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire », in L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à J. Boulouis, p. 3. ; SARMIENTO D. Poder judicial e integracion europea : la construccion de un modelo juridiccional para la Union, Madrid, Thompson-Civitas, 2004, p. 123 à 131.

[612] BARAV A., « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire » in L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à J. Boulouis, Paris, Dalloz, 1991, p.1. Voir aussi : VAN RAEPENBUSCH S., Le contrôle juridictionnel dans l'Union européenne, Ordre juridique de l'Union et contentieux européen, M. DONY, Commentaire MEGRET J. Editions de l'Université de Bruxelles, 3e édition, p. 129.

[613] JOLIET R., Le droit institutionnel des communautés européennes, le contentieux, faculté de droit de l'Universitéd e Liège, 1981, p.169.

[614] L'article 110, alinéa 3, prévoit que si, lors de l'interprétation de la Loi fondamentale, le tribunal constitutionnel d'un Land entend s'écarter d'une décision de la Cour constitutionnelle fédérale ou du tribunal constitutionnel d'un autre Land, il doit soumettre la question à la décision de la Cour constitutionnelle fédérale.

[615] DUBEY B., La répartition des compétences au sein de l'Union européenne à la lumière du fédéralisme suisse : systèmes, enjeux et conséquences, Paris, LGDJ, 2002, p.645.

320. Dans l'ordre juridique de l'Union européenne, l'article 267 TFUE « traduit un partage de compétence » entre la Cour de justice et les juges nationaux dans « le cadre d'une coopération étroite entre les juridictions nationales et la Cour »[616]. L'instauration d'une coopération entre juges a permis de pallier l'absence de hiérarchie et de voie de réformation directe entre eux[617]. Aussi retrouve-t-on les éléments traditionnels du fédéralisme germanique, à savoir la subsidiarité et la coopération. Ces notions inhérentes à la procédure du renvoi préjudiciel rappellent la logique du fédéralisme coopératif, de l'Allemagne ou de la Suisse, bien plus que le fédéralisme dual du fédéralisme américain qui se fonde sur le principe de séparation, même si des auteurs ont pu comparer la procédure du renvoi préjudiciel au système juridictionnel des États-Unis[618]. Dans le cadre du fédéralisme dualiste où il y a une séparation stricte entre les domaines de compétences, fédéral et étatique, chaque juge dispose de compétences propres et distinctes. À l'inverse, dans le cas du fédéralisme coopératif qui met en contact les deux échelons, les deux niveaux sont fortement dépendants, notamment au stade de l'exécution du droit fédéral qui doit se faire dans les meilleures conditions d'efficacité, sans rompre l'équilibre fédéral[619]. Le fédéralisme coopératif tend à rendre les compétences moins étanches et à mettre l'accent sur des mécanismes de collaboration entre autorités étatiques et instances fédérales[620].

321. Le schéma du fédéralisme coopératif peut être transposé au système juridictionnel européen. Le fait que les États membres de l'Union aient une tradition d'administration propre permet d'expliquer l'adaptation du modèle coopératif, allemand et suisse, au contexte de l'Union européenne[621]. En tant qu'instrument de coopération judiciaire entre la Cour de justice et les juridictions des États membres, le renvoi préjudiciel permet à la Cour d'apporter, dans une logique de subsidiarité, son concours aux juridictions nationales lorsque celles-ci la sollicitent. Cette coopération juridictionnelle est une déclinaison du principe général de coopération loyale, lequel repose sur des réciprocités solidaires et une collaboration perçue

---

[616] CJCE, 27 octobre 1993, *Enderby,* C-127/92, pt 10.

[617] POTVIN-SOLIS L., « Le principe de coopération loyale », in Le droit constitutionnel européen, quel droit constitutionnel européen ?, H. GAUDIN (dir.), Annuaire de droit européen, Volume VI, 2011, p. 196

[618] MASHAW J. L.« Ensuring the observance of law in the interpretation ans application of EEC treaty : the role and functioning of the renvoi d'interprétation under article 177 » CMLRev., 1970, pp. 258-423. Pour cet auteur, la garantie du partage des compétences repose, dans l'Union comme dans un Etat fédéral, sur un organe juridictionnel de régulation. A l'instar de la Cour Suprême des Etats-Unis, il est indispensable que la Cour de justice joue un rôle unificateur, afin d'éviter une concurrence entre juges qui serait préjudiciable pour l'Unon.

[619] DOMINICE C., Fédéralisme coopératif, *ZSR*, 1969, NF 88, II, p.755.

[620] Le registre n'est plus celui de la séparation mais de la coopération. La métaphore du gâteau « par couche » (*layer cake*) et du gâteau marbré *(marble cake*) permet d'illustrer la distinction : GRODZINS M., "The Federal System," in *Goals for Americans* (Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall, 1960); Paul E. Peterson, *The Price of Federalism* (Washington, DC: Brookings Institution, 1995).

[621] DECHATRE L., Le pacte fédératif, précité, p. 123.

comme « l'expression d'un véritable devoir témoignant d'une fédéralisation (au moins partielle) du système communautaire des compétences »[622]. Dans son avis 2/13, la Cour de justice a d'ailleurs qualifié la procédure de renvoi préjudiciel de « clef de voute du système juridictionnel (…) qui, en instaurant un dialogue de juge à juge précisément entre la Cour et les juridictions des États membres, a pour but d'assurer l'unité d'interprétation du droit de l'Union, permettant ainsi d'assurer sa cohérence, son plein effet et son autonomie ainsi que, en dernière instance, le caractère propre du droit institué par les traités »[623]. La Cour a eu l'occasion de préciser, dans l'avis 1/17, que ladite autonomie réside « dans la circonstance que l'Union est dotée d'un cadre constitutionnel qui lui est propre » et qui découle de « caractéristiques essentielles » comme la primauté de son droit et l'effet direct de certaines de ses dispositions. Ces caractéristiques ont ainsi donné lieu à « un réseau structuré de principes, de règles et de relations juridiques mutuellement interdépendantes liant, réciproquement, l'Union elle-même et ses États membres, ainsi que ceux-ci entre eux ». Relèvent également de ce cadre les valeurs fondatrices de l'Union, telles que la dignité humaine, la liberté, la démocratie, l'égalité, l'État de droit, les droits de l'homme, les principes généraux, les dispositions de la Charte, les règles de répartition des compétences, ainsi que les règles de fonctionnement des institutions de l'Union et du système juridictionnel de celle-ci[624]. À plusieurs reprises, le juge de Luxembourg a rappelé que s'agissant de la structure de l'Union, le respect de la Charte s'impose tant aux institutions qu'aux États membres et que la poursuite des objectifs de l'Union est confiée à une série de dispositions visant « la réalisation du processus d'intégration qui est la raison d'être de l'Union ». C'est dans ce cadre qu'il incombe aux États membres, en vertu du principe de coopération loyale, « d'assurer, sur leurs territoires respectifs, l'application et le respect du droit de l'Union » en prenant « toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union »[625].

322. La coopération loyale, inhérente au fédéralisme coopératif, s'impose aussi bien aux juridictions des États membres qu'à la Cour de justice. En effet, ce principe d'organisation fédérale qui se retrouve dans le fédéralisme germanique (*bundestreue*) suppose la « double

---

[622] POTVIN-SOLIS L., Les politiques de l'Union européenne et les rapports de systèmes entre les deux jurisprudences européennes dans la garantie des droits fondamentaux in Politiques de l'Union européenne et Droits fondamentaux, Bruylant, 2016, p.160.

[623] Avis 2/13, 18 décembre 2014, Adhésion de l'Union à la CEDH, pt 176. Voir aussi, en ce sens, avis 1/09, EU:C:2011:123, points 67 et 83.

[624] Avis 1/17, 30 avril 2019, Accord ECG UE-Canada, pts 110-111. Voir également avis 2/13 (Adhésion de l'Union à la CEDH), du 18 décembre 2014, EU:C:2014:2454, point 158.

[625] Avis 2/13, précité, pts 171-173.Voir également avis 1/09, EU:C:2011:123, pt 68.

allégeance des États fédérés et instances fédérales à une obligation réciproque de coopération » et « implique l'obligation pour les deux niveaux de pouvoir de s'épauler mutuellement »[626]. Ce principe permet également de « dépasser la répartition des compétences entre les institutions nationales et les institutions communautaires, y compris juridictionnelles »[627]. L'esprit de coopération sur lequel repose la procédure préjudicielle doit être préservé car la collaboration et la conciliation sont préférables aux condamnations et autres moyens plus autoritaires susceptibles d'évoquer un lien hiérarchique entre la Cour de justice et les juges nationaux. C'est la raison pour laquelle la Commission s'abstient de poursuivre les États pour manquement à l'obligation de renvoi préjudiciel même si la Cour a pu préciser les conditions dans lesquelles un manquement pouvait être constitué par une juridiction nationale[628]. L. Dechatre y voit une différence fondamentale entre le fédéralisme allemand et l'Union européenne dans la mesure où le Tribunal constitutionnel hésitera moins à sanctionner les juridictions des *Länder* que la Cour de justice, des juridictions nationales récalcitrantes. Cette coopération ne peut toutefois fonctionner qu'à condition de reconnaitre aux autorités nationales une certaine autonomie car c'est seulement par la combinaison des principes de coopération et d'autonomie que peuvent se matérialiser les avancées fédérales de l'Union. Ces deux principes sont en effet amenés à interagir dans la procédure préjudicielle.

323. La coopération juridictionnelle, institutionnalisée dans le renvoi préjudiciel, « représente un point de rencontre symptomatique entre uniformité d'interprétation du droit de l'Union et autonomie institutionnelle et procédurale interne »[629]. Celle-ci trouvera davantage à s'exprimer dans le renvoi préjudiciel en interprétation que dans le renvoi en appréciation de validité où « aucune marge d'appréciation n'est reconnue au juge national »[630] dans la mesure où, conformément à la jurisprudence *Foto-Frost,* la Cour de justice impose une obligation de renvoi absolue. Aussi l'autonomie est-elle induite dans le concept de coopération puisque « c'est par leur système institutionnel et procédural, leur appareil normatif et les compétences de leurs institutions, que les États s'acquittent de leur obligation de coopération loyale »[631].

---

[626] POTVIN-SOLIS L., « Le principe de coopération loyale », in Le droit constitutionnel européen, quel droit constitutionnel européen ?, H. GAUDIN (dir.), Annuaire de droit européen, Volume VI, 2011, pp. 165-210.

[627] *Ibid*.

[628] CJCE, 9 décembre 2003, *Commission c/ Italie*, aff.C-129/00*, Rec*.2003 p. I-14637; CJCE, 12 novembre 2009, *Commission c/ Espagne*, aff.C-154/08*, Rec*.2009 p. I-187.

[629] POTVIN-SOLIS L., « Le principe de coopération loyale », in Le droit constitutionnel européen, quel droit constitutionnel européen ?, H. GAUDIN (dir.), Annuaire de droit européen, Volume VI, 2011, p. 196.

[630] *Ibid*. Voir en ce sens : CJCE, 22 octobre 1987, 314/85 et CJCE, 6 décembre 2005, Gaston Schul Douane-expediteur BV et CJCE, 10 janvier 2006, International Air Transport association.

[631] *Ibid*., p.188.

Section 2. L'autonomie institutionnelle et procédurale

324. L'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres se présente comme un corollaire du principe de l'administration indirecte puisqu'elle découle de la mise en oeuvre décentralisée du droit de l'Union. Le modèle du fédéralisme d'exécution, allemand et suisse, offre à cet égard un éclairage intéressant puisqu'on y retrouve des caractéristiques similaires. En Allemagne, lorsque les *Länder* exécutent la législation fédérale à titre de compétences propres[632], ils règlent, conformément à l'article 84 de la Constitution, l'organisation des autorités administratives ainsi que la procédure applicable à leur activité. Si les *Länder* ont transféré la plupart de leurs compétences législatives au *Bund,* l'autonomie administrative dont ils bénéficient, en vertu du *Vollzugsföderalismus,* est conséquente[633]. De la même façon, en Suisse, on retrouve le principe d'autonomie procédurale et institutionnelle, en vertu duquel « les décisions d'application du droit fédéral sont prises en application des procédures cantonales »[634]. Si les Cantons suisses, à l'instar des *Länder* allemands, disposent d'une certaine liberté dans le choix et la manière de mettre en œuvre le droit fédéral, c'est toujours sous réserve d'un encadrement nécessaire de l'autonomie procédurale et institutionnelle[635]. Ainsi, en Allemagne, le pouvoir du *Bund* pour adresser des instructions aux administrations des *Länder* peut affecter l'autonomie administrative de ces derniers de façon significative[636]. En Suisse, le degré d'autonomie administrative et la marge d'appréciation dont disposent les autorités cantonales peuvent également varier en fonction des tâches qui leur sont confiées et de la latitude que les autorités fédérales voudront bien leur laisser[637].

325. Dans l'Union européenne, si les traités ne laissent rien transparaître du rôle central que joue le principe de subsidiarité dans l'exécution du droit de l'Union par les États membres[638], l'on peut néanmoins concevoir ce principe sous l'angle d'un principe de droit administratif fédéral, sur le modèle du fédéralisme d'exécution, en vertu duquel les autorités nationales bénéficient d'une certaine marge de manœuvre lorsqu'elles mettent en œuvre le droit de l'Union. Cette marge de manoeuvre ou d'appréciation trouve précisément à s'exprimer dans

---

632 L'article 87 de la Loi fondamentale définit les domaines relevant de l'administration fédérale, pour lesquels une infrastructure fédérale est requise.

633 RAINER A., *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 22-2006, 2007. Autonomie régionale et locale et constitutions - La répartition des compétences normatives entre le parlement et le gouvernement. pp. 107-12.

634 DUBEY B., administration indirecte et fédéralisme d'exécution, précité, p. 104.

635 *Ibid.,* p. 101.

636 SCHÜTZE, R., 'Le domaine des compétences d'exécution' in, Traité de droit administratif européen, Auby, J.-B. & Rochère, J. D. , précité, p. 72.

637 DUBEY B., précité, p. 104.

638 *Ibid.*, p. 117.

le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale. Ladite autonomie, dont il s'agira de préciser la notion sous l'angle du principe de subsidiarité (Paragraphe 1), va néanmoins de pair avec son encadrement, conformément au modèle du fédéralisme d'exécution (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La notion d'autonomie institutionnelle et procédurale

326. Les fondements du principe d'autonomie institutionnelle et procédurale dont bénéficient les États membres dans l'exécution du droit de l'Union ne sont pas clairs, à l'instar du principe de l'administration indirecte dont il est le corollaire. Le fait que l'Union ne dispose que d'une administration réduite ne lui permettant pas d'appliquer matériellement sa législation a souvent été présenté comme un argument pratique[639]. Sur le plan juridique, l'ex-article 10 TCE (actuel article 4.3 TUE) en vertu duquel « les États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions » a pu être mis en avant dans la mesure où cette disposition reconnaît implicitement que les États membres détiennent la compétence de droit commun en ce domaine[640]. Si l'origine du principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale est incontestablement plus ancienne que le principe de subsidiarité (A), ces deux notions tendent aujourd'hui à être associées (B).

A. L'origine de la notion

327. Selon une doctrine majoritaire, les États membres conservent leur autonomie institutionnelle et procédurale en vertu d'une jurisprudence constante de la Cour de justice. En réalité, l'origine de la notion est pour le moins ambivalente car il s'agit d'un concept plus doctrinal que prétorien dans la mesure où le juge européen s'est montré réticent à reconnaitre formellement une telle autonomie (1). L'ambiguïté est d'autant plus grande que cette autonomie présente deux branches, « institutionnelle » et « procédurale », qu'il convient de distinguer dans la mesure où leur régime diffère sensiblement (2).

1. Les deux sources de l'autonomie institutionnelle et procédurale

328. L'autonomie institutionnelle et procédurale se présente comme un concept doctrinal (a) d'origine — ou d'inspiration — prétorienne dans la mesure où les auteurs se sont fondés sur certains arrêts de la Cour de justice pour forger une telle notion (b).

---

639 HAGUENAU-MOIZARD C., « Les Etats et le respect du droit communautaire : mécanismes de droit administratif (contrôles, sanctions) », in J.-B. Auby et J. Dutheil de la Rochère, Droit administratif européen, bruxelles, bruylant, 2007, pp. 775.

640 BLANQUET M., L'article 5 du traité CEE, L.G.D.J., 1994.

a. Un concept doctrinal

329. La doctrine s'accorde, en général, à considérer que dans le cadre de l'administration indirecte, les États membres disposent, depuis toujours, d'une « autonomie institutionnelle et procédurale » en vertu de laquelle ils choisissent librement les formes et les modalités de l'exécution du droit de l'Union. L'autonomie institutionnelle et procédurale se présente comme le corollaire naturel du principe de l'administration indirecte en tant qu'option initialement retenue en faveur d'une application décentralisée du droit de l'Union[641]. Elle apparait également comme la contrepartie de la centralisation « législative » induite par le processus de l'intégration. En effet, c'est sans doute par souci de respecter la souveraineté des États membres, que « le traité se garde de toute ingérence dans la définition des instruments ou des institutions les plus aptes à favoriser une bonne exécution du droit de l'Union »[642].

330. L'autonomie, laissée aux autorités nationales au stade de la mise en oeuvre des normes européennes, s'expliquerait par le désintérêt relatif de l'Union européenne quant à la question des modalités d'exécution de son droit, cette dernière n'ayant pas vocation à s'immiscer dans la structure institutionnelle et procédurale des États membres. Aussi, la réalisation concrète des normes européennes relève-t-elle, en principe, des compétences nationales d'exécution. Le principe d'autonomie est cependant « un mal nécessaire » car il « reste dangereux pour l'application uniforme du droit de l'Union »[643]. C'est pourquoi, le désintérêt de l'Union n'est, en ce domaine, pas absolu.

331. L'expression « autonomie institutionnelle et procédurale », si elle est largement utilisée par la doctrine francophone, n'apparait pas dans les traités et n'a jamais été consacrée. Quant à la jurisprudence, ce n'est que très récemment que cette formule[644] a fait son apparition dans les arrêts de la Cour de justice, tout particulièrement dans le domaine de la fiscalité. Ainsi, dans l'arrêt *Mauro Scialdone*[645] du 2 mai 2018, la Cour de justice a-t-elle affirmé que « les sanctions que les États membres mettent en place pour lutter contre les

---

641 MEHDI R., «Le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif», précité, p. 890.

642 *Ibid.,* p. 888.

643 BERTRAND B., Le juge de l'Union, précité, p. 228. Voir aussi : LE BARBIER-LE BRIS M., «Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et de coopération loyale. Les États membres de l'Union européenne, des États pas comme les autres», in Le droit de l'Union européenne en principe, *Liber amicorum* Jean Raux, Éd. Apogée, 2006, p. 422.

644 Il s'agit de la formule « autonomie institutionnelle et procédurale » en tant que concept générique regroupant l'aspect institutionnel et procédural de l'autonomie. En effet, les expression « autonomie procédurale » ou « autonomie institutionnelle » plus courantes dans la jurisprudence ont été utilisées par le juge de l'Union à partir des années 2000.

645 CJUE, 2 mai 2018, *Scialdone,* aff. C-574/15.

violations des règles harmonisées en matière de TVA relèvent de leur autonomie procédurale et institutionnelle ».

332. Dans l'arrêt *Dzivev*[646] du 17 janvier 2019, la Cour de justice a, de la même façon, déclaré que les sanctions et procédures administratives ou pénales, que les États membres mettent en place pour lutter contre les violations des règles harmonisées en matière de TVA « relèvent de leur autonomie procédurale et institutionnelle ». Le reste des occurrences de la formule dans la jurisprudence est issu des conclusions des avocats généraux, des questions préjudicielles des juridictions de renvoi ou des observations faites par les parties et les requérants au contentieux. Un auteur a relevé que la notion d'autonomie institutionnelle et procédurale est un exemple intéressant du rôle très important que la doctrine tient dans la structuration des concepts juridiques au niveau de l'Union européenne[647]. En effet, cette notion est restée, très longtemps, purement doctrinale avant d'être investie par les avocats généraux puis la Cour de justice elle-même.

333. Il semblerait que la notion d'autonomie institutionnelle et procédurale ait été développée la première fois par J. Rideau en 1972[648]. Selon cet auteur, cette autonomie nationale implique que « les organes compétents, les procédures à utiliser pour la mise en oeuvre du droit communautaire sont déterminés par les prescriptions constitutionnelles étatiques ». Pour affirmer cela, J. Rideau se fondait sur l'intrusion très faible, à l'époque, des institutions communautaires dans la sphère des compétences d'exécution des États membres. Il est vrai qu'à l'époque, lors de la conceptualisation de l'autonomie institutionnelle et procédurale, le niveau d'ingérence du droit communautaire, tant le droit dérivé que la jurisprudence de la Cour, dans les modalités nationales d'exécution était quasi-nulle. En outre, la Cour de justice semblait avoir consacré, de façon implicite, ladite autonomie. Aussi peut-on y déceler une origine prétorienne certaine.

b. Un concept d'origine prétorienne

334. Lorsqu'au début des années 1970 la doctrine mettait en avant le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale, la Cour de justice venait de rendre des arrêts importants comme *International Fruit Company* du 15 décembre 1971 ou encore *Fleischkontor* du 11 février 1971 dans lesquels il était question d'autonomie nationale dans la mise en oeuvre du

---

646 CJUE, 17 janvier 2019, aff. C-310/16.

647 CAULET F., Le principe d'effectivité comme pivot de répartition des compétences procédurales entre les Etats membres et l'Union européenne, RTD Eur. 2012 p. 594-29.

648 RIDEAU J., Le rôle des Etats membres dans l'application du droit communautaire, AFDI 1972., p. 862.

droit communautaire. Ainsi, si l'expression est bien le « fruit de la doctrine »[649], le concept est, semble-t-il, d'inspiration jurisprudentielle même si la formule n'apparait pas telle quelle. Dans le premier arrêt[650], la Cour a dit pour droit que « si en vertu de l'article 5 du traité, les États membres sont tenus de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations qui découlent du traité, il leur appartient de déterminer les institutions qui, dans l'ordre interne, auront compétence pour prendre lesdites mesures »[651]. Lorsque les dispositions du traité ou des règlements reconnaissent des pouvoirs aux États membres ou leur imposent des obligations aux fins de l'application du droit de l'Union, « la question de savoir de quelle façon l'exercice de ces pouvoirs et l'exécution de ces obligations peuvent être confiés par les États à des organes internes déterminés, relève uniquement du système constitutionnel de chaque État »[652].

335. Quant au second arrêt[653], la Cour de justice a déclaré que « dans les cas où la mise en œuvre d'un règlement communautaire incombe aux autorités nationales, il convient d'admettre qu'en principe cette application se fasse dans le respect des formes et procédures du droit national »[654]. En l'espèce, toutefois, la Cour avait exclu l'application de dispositions nationales dans la mesure où elles étaient basées sur des critères ne s'harmonisant pas avec ceux adoptés par le législateur communautaire. Dès lors, il y avait lieu d'exclure cette hypothèse jugée incompatible avec la réglementation communautaire. Pour autant, le juge admet l'existence d'un principe en vertu duquel l'application du droit de l'Union doit se faire dans le respect des « formes et procédures » du droit national.

336. En réalité, dès la fin des années 1960, la Cour avait posé le principe d'un renvoi aux modalités procédurales nationales dans le cadre de ce que l'on peut désigner comme l' « autonomie d'organisation juridictionnelle » des États membres[655]. Dans l'arrêt *Molkerei-Zentrale* de 1968, le juge avait affirmé que le traité « ne limite pas le pouvoir des juridictions nationales compétentes d'appliquer, parmi les divers procédés de l'ordre juridique interne, ceux qui sont appropriés pour sauvegarder les droits individuels conférés par le droit communautaire »[656]. Ainsi, les autorités nationales, notamment juridictionnelles, bénéficient

---

[649] ROCCATI M.,« *Quelle place pour l'autonomie procédurale des États membres* ? », Revue Internationale de Droit Economique (R.I.D.E.), 2015, n°4, pp. 429-439.
[650] CJCE, 15 décembre 1971, *International Fruit Company,* aff. jtes C-51 à 54-71.
[651] *Ibid*., pt 3.
[652] *Ibid*., pt 4.
[653] CJCE, 11 février 1971*, Fleischkontor,* aff. C-39-70.
[654] *Ibid*., pt 4.
[655] MONTAGNIER G., Droit et procédure civile, Rép. pr. civ. Dalloz, févr. 2003.
[656] CJCE, 3 avril 1968, *Molkerei-Zentrale c. Hauptzollamt Paderborn*, aff. 28-67.

d'un choix dans les divers procédés et modalités visant à assurer la protection juridictionnelle des particuliers[657]. Dans l'arrêt *Salgoil*, rendu la même année, la Cour de justice précisait qu' « il appartient à l'ordre juridique national de déterminer la juridiction compétente pour assurer cette protection »[658]. La jurisprudence ultérieure confirmera cette autonomie tout en la précisant et en l'encadrant de façon substantielle. Il convient toutefois de bien distinguer les deux branches de l'autonomie institutionnelle et procédurale dans la mesure où elles ne se confondent pas, la seconde faisant l'objet d'une plus grande limitation que la première.

2. Les deux branches de l'autonomie institutionnelle et procédurale

337. Si les deux principes sont souvent présentés de manière conjointe par la doctrine, l'autonomie institutionnelle (a) devrait être distinguée de l'autonomie procédurale (b).

a. La branche institutionnelle de l'autonomie

338. L'autonomie institutionnelle telle que J. Rideau a pu la conceptualiser au début des années 1970, semble clairement ressortir de l'arrêt *International fruit Company*, rendu en 1971, dans lequel la Cour de justice a affirmé que lorsque le traité ou le droit dérivé reconnait des pouvoirs aux États membres aux fins de l'application du droit de l'Union, « il leur appartient de <u>déterminer les institutions</u> qui, dans l'ordre interne, auront compétence pour prendre lesdites mesures »[659]. Ce principe a donc pour objet l'autonomie des États dans la désignation des institutions, autorités, organes et services compétents pour exécuter le droit de l'Union. Pour autant, certains auteurs, dont J. Rideau, semblent conférer un objet plus large à l'autonomie institutionnelle en estimant qu'elle englobe la faculté de déterminer « les organes compétents » mais aussi « les procédures à utiliser pour la mise en oeuvre du droit communautaire » conformément à leurs « prescriptions constitutionnelles »[660].

339. Dans la mesure où J. Rideau ne mentionne pas l'autonomie procédurale, l'on peut en conclure que l'autonomie institutionnelle est le le concept générique qui englobe l'autonomie procédurale. Dans cette optique, l'autonomie procédurale ne serait qu'une sous-catégorie ou une « subdivision » de ce dernier[661]. En ce qui nous concerne, l'autonomie institutionnelle gagnerait à être soigneusement distinguée de l'autonomie procédurale. Une approche stricte

---

[657] L'autonomie dite « procédurale » proviendrait, selon certains auteurs, de l'existence de ce « choix autonome des moyens ». GALETTA D.U., *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost?,* Berlin, Springer-Verlag, 2011, p. 12.

[658] CJCE, 19 décembre 1968, *Salgoil*, aff. 13-68.

[659] CJCE., 15 décembre 1971, *International fruit company*, aff. jtes 51/71 à 54/71, Rec., p. 1107, pt 3. Nous soulignons.

[660] RIDEAU J., « Le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire », *précité,* p. 884.

[661] LE BAUT-FERRARESE. B., La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres, p. 23

du principe d'autonomie institutionnelle (entendu comme la capacité des États membres à désigner les organes compétents pour mettre en oeuvre le droit de l'Union), distincte du principe d'autonomie procédurale, semble plus pertinente car les deux branches ont, semble-t-il, un régime différent. En effet, l'autonomie institutionnelle est soumise à moins de limites que l'autonomie procédurale, cette dernière étant encadrée par les principes d'équivalence et d'effectivité. Comme l'a souligné S. Platon, la doctrine francophone a tendance à utiliser le « concept-valise » d' autonomie institutionnelle et procédurale alors que les deux éléments qui composent cette notion, à savoir la branche institutionnelle et la branche procédurale, sont distincts[662]. Il convient, par conséquent, de redonner à la notion d'autonomie institutionnelle son « autonomie » pour mieux en saisir le sens. Cette approche se révèle nécessaire quand on sait que la doctrine traite essentiellement de l'autonomie procédurale et de ses limites, négligeant ainsi la branche institutionnelle.

340. Selon S. Platon, l'autonomie institutionnelle serait le « parent pauvre » du principe d'autonomie institutionnelle et procédurale, car « rarement étudiée isolément par la doctrine » tout en se présentant comme la branche forte d'un point de vue normatif « en ce qu'elle ne souffrirait pas d'exception et serait dès lors davantage effective que l'autonomie procédurale »[663]. L'autonomie institutionnelle serait ainsi « un marqueur de la souveraineté persistante de l'État membre » dans la mesure où « astreint à un certain nombre de contraintes quant à la façon de mettre en œuvre le droit de l'Union, ce dernier demeurerait en revanche libre de son auto-organisation »[664]. En effet, le principe d'autonomie institutionnelle garantit aux États membres que le droit de l'Union n'affectera ni la séparation horizontale des pouvoirs (qui relève du droit constitutionnel propre à chaque ordre juridique national) ni la séparation verticale de sorte que la mise en oeuvre du droit de l'Union peut être réalisée par les autorités régionales ou locales. Enfin, s'agissant plus spécifiquement de l'exécution juridictionnelle, il ressort de l'arrêt *Salgoil* de 1968, « qu'il appartient à l'ordre juridique national de déterminer la juridiction compétente » pour assurer la protection juridictionnelle des justiciables[665].

b. La branche procédurale de l'autonomie

341. La branche procédurale du principe d'autonomie trouve son fondement dans l'arrêt *Fleischkontor* du 11 février 1971 dans lequel la Cour de justice a déclaré que « dans les cas

---

662 PLATON S. « L'autonomie institutionnelle des Etats membres de l'Union européenne : parent pauvre ou branche forte du principe d'autonomie institutionnelle et procédurale ? », in Potvin-Solis L. (dir.), Le statut d'État membre de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2018.

663 *Ibid.,*

664 *Ibid.,*

665 CJCE, 19 décembre 1968, *Salgoil,* aff. 13/68.

où la mise en œuvre d'un règlement communautaire incombe aux autorités nationales, il convient d'admettre qu'en principe cette application se fasse dans le respect des formes et procédures du droit national »[666]. La doctrine considère généralement que les arrêts *Rewe* et *Comet,* rendus en 1976 dans le domaine de la répétition de l'indu, sont les arrêts fondateurs en ce domaine. Dans ces derniers, la Cour a affirmé qu'en l'absence de règlementation communautaire, « il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire, étant entendu que ces modalités ne peuvent pas être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne »[667].

342. Il convient de souligner que le principe d'autonomie procédurale se compose lui-même de deux branches car il faut distinguer l'autonomie relative à la procédure juridictionnelle de l'autonomie qui s'applique à la procédure administrative. Si l'autonomie institutionnelle désigne la compétence des États membres pour déterminer les organes internes chargés de mettre en œuvre le droit de l'Union, la compétence procédurale désigne celle de déterminer les « procédures » par lesquelles ces organes mettront en œuvre le droit de l'Union. Cependant, à la différence de la reconnaissance de l'autonomie institutionnelle, l'Union s'est montrée plus réticente à laisser les États membres totalement libres de déterminer lesdites modalités par lesquelles doit se réaliser le droit de l'Union. Contrairement à l'autonomie institutionnelle qui se présente comme une autonomie quasi-absolue car ne souffrant que de peu d'exceptions, l'autonomie procédurale est nécessairement limitée par des principes comme la primauté, la coopération loyale, l'équivalence et l'effectivité. Comme l'a relevé la doctrine, ces derniers principes limitent le principe d'autonomie procédurale « mais guère le principe d'autonomie institutionnelle » car « pour qu'il en soit autrement, il faudrait que l'État confie le soin d'exécuter le droit de l'Union à un organe qui, par sa nature même, et indépendamment des procédures qu'il utilise, serait inapte à procéder à une mise en œuvre correcte du droit de l'UE »[668]. La jurisprudence *Rewe et Comet* qui semble consacrer le principe d'autonomie institutionnelle/procédurale, tout en

---

[666] CJCE, 11 février 1971, *Fleischkontor,* aff. C-39-70, pt 4. Nous soulignons. Voir aussi : CJCE, 4 avril 1968, *Firma Gebrüder Lück*, aff. 34-67. La Cour y a affirmé que le traité *« ne limite pas le pouvoir des juridictions nationales compétentes d'appliquer, parmi les divers procédés de l'ordre juridique interne, ceux qui sont appropriés pour sauvegarder les droits substantiels conférés par le droit communautaire »*.

[667] CJCE 16 décembre 1976, *Rewe c/Landwirtschaftskammer für das Saarland*, C- 33/76 et *Comet BV,* C-45/76. On souligne.

[668] PLATON S. « L'autonomie institutionnelle des Etats membres de l'Union européenne : parent pauvre ou branche forte du principe d'autonomie institutionnelle et procédurale ? », in Potvin-Solis L. (dir.), Le statut d'État membre de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2018., p. 465.

l'encadrant au moyen du principe d'équivalence, montre bien que cette limitation s'applique, en réalité, à la seule branche procédurale de l'autonomie. En effet, il y est expressément affirmé que « ces modalités ne peuvent pas être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne »[669]. Aussi, le renvoi opéré aux procédures nationales est-il conditionnel. L'autonomie procédurale que la Cour de justice octroie aux États membres est, par conséquent, « une autonomie en sursis »[670]. Le juge européen comme le législateur de l'Union peuvent y porter atteinte, le premier par son encadrement des modalités procédurales et le second par ses interventions législatives dans le droit procédural national.

B. Autonomie institutionnelle et procédurale et principe de subsidiarité

343. Sur le plan théorique, le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale et le principe de subsidiarité ont été progressivement, et de façon quelque peu rétrospective, assimilés (1), le second pouvant servir de fondement juridique au premier malgré une consécration constitutionnelle relativement tardive. En pratique, cette assimilation se traduit par l'invocation combinée des deux principes par les requérants au contentieux de sorte que la subsidiarité peut se concevoir comme un principe de droit administratif européen (2).

1. L'assimilation des principes de subsidiarité et d'autonomie

344. Beaucoup d'auteurs ont vu dans la notion d'autonomie institutionnelle et procédurale une manifestation du principe de subsidiarité impliquant « une mise en oeuvre décentralisée du droit communautaire »[671]. Elle serait même « l'illustration du principe d'administration indirecte et du principe de subsidiarité »[672]. Aussi le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale peut-il être envisagé comme l'expression de la subsidiarité au stade de l'exécution du droit de l'Union européenne (a). À cet égard, la question du respect de l'autonomie locale et régionale — que l'on rattache généralement au principe de l'autonomie institutionnelle et à la subsidiarité — mérite d'être examinée étant donné que les autorités infra-étatiques sont souvent impliquées dans l'exécution du droit de l'Union (b).

---

669 *Rewe et Comet,* précité.

670 ROCCATI M.,« *Quelle place pour l'autonomie procédurale des États membres* ? », Revue Internationale de Droit Economique (R.I.D.E.), 2015, n°4, pp. 429-439.

671 ACCETO M. And ZLEPTING S., « The Principle of effectiveness : rethinking its role in Community law », p. 395 ; GUILLARMOD J., « Autonomie procédurale des Etats (article 6, 13, 35 et 46 CEDH) : de l'apport possible de la jurisprudence de Luxembourg à celle de Strasbourg » in MAHONEY P., MATSCHER, PETZOLD et WILDHABER (dir), Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal, Cologne, 2000, pp.617-633, p. 622.

672 COURONNE V., La compétence procédurale des Etats membres, p. 43. En ce sens aussi : GILLIAUX P., Droit(s) européen(s) à un procès équitable, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 288 ; NEFRAMI E., « Le principe de solidarité des Etats membres vis à vis du droit communautaire : Le devoir de loyauté » Université de Grenoble, 2006, p.2.

a. L'autonomie institutionnelle et procédurale, expression de la subsidiarité exécutive

345. Dans la mesure où l'administration indirecte se fonde, à l'instar du fédéralisme d'exécution, sur la subsidiarité[673], le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale qui en découle peut être considéré comme une expression de ce principe consacré par Maastricht. En effet, la subsidiarité implique non seulement une priorité d'action, dans la mise en oeuvre du droit de l'Union, mais également une certaine autonomie dans cette mise en oeuvre. Le droit administratif qui est le principal bénéficiaire de l'autonomie institutionnelle et procédurale traduit cette idée de la jurisprudence de la Cour de justice selon laquelle les États membres « usent des techniques juridiques qui leur conviennent pour assurer la mise en œuvre du droit communautaire »[674]. Comme le relève R. Mehdi, le droit administratif devrait, à ce titre, être logiquement « épargné par les conséquences de l'intégration »[675].

346. Certains vont jusqu'à évoquer la « souveraineté administrative des États membres en matière d'application du droit communautaire » en vertu de laquelle, en l'absence de droit procédural général de l'Union, « les États membres sont habilités à désigner les organes administratifs et juridictionnels compétents pour appliquer le droit communautaire au niveau étatique ». Toutefois, cette souveraineté administrative, à laquelle se rattache l'autonomie procédurale, ne délie pas les États de l'obligation de respecter certains impératifs, notamment le principe d'efficacité[676]. En vertu des principes d'autonomie institutionnelle et procédurale, les États membres qui détiennent la compétence de droit commun en matière d'exécution du droit de l'Union, l'exercent selon les procédures et les règles d'organisations définies au niveau national[677]. En ce sens, « l'exercice de l'autonomie procédurale est lié au respect du principe de la subsidiarité, qui est ainsi appelé 'subsidiarité procédurale' »[678]. En faisant le choix de laisser la question décidée au niveau national, la Cour de justice fait une « application judiciaire du principe de subsidiarité ». En d'autres termes, la Cour de justice « applique de manière implicite le principe de subsidiarité » lorsqu'elle considère que

---

[673] DUBEY B., «Administration indirecte et fédéralisme d'exécution en Europe», Cahiers de droit européen (Bruxelles) 8° 2208, (2003) 38ème année: n°1-2, p.87-133, p. 95.

[674]AUBY J.-B., « Le droit administratif européen : entre l'observation et l'hypothèse », A.J.D.A., numéro spécial, juin 1996, p. 189.

[675] MEHDI R., «Le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif», in J. Dutheil de la Rochère et J.-B. Auby (dir.), Droit administratif européen, p. 936.

[676] Conclusions de l'Avocat général de Mme Verica Trstenjak présentées le 3 mai 2007 dans l'affaire C−62/06 *Fazenda Pública c/ZF Zefeser*.

[677] CHEVALIER E., « Les mécanismes de la procédure administrative non contentieuse de l'Union » in Traité de droit administratif européen, 2 éd, AUBY J.-B. Et DUTHEIL de la ROCHERE J. (dirà-), Bruylant, 2014, p.202.

[678] PELIN RADUCU I., Dialogue déférent des juges et protection des droits de l'homme, Larcier, p. 381.

certaines questions, comme celle des sanctions par exemple, seront mieux traitées au niveau national[679].

347. Au regard des différents types d'exécution, normative, administrative ou répressive, c'est surtout au sein de cette dernière que s'inscrit l'équation juridique complexe destinée à « assurer l'existence effective des droits découlant des traités tout en respectant la structure institutionnelle et procédurale de chaque État membre »[680]. C'est en effet au stade de l'exécution répressive que la réalisation du droit de l'Union prend toute sa matérialité[681]. Dans l'arrêt *Amsterdam Bulb,* la Cour avait jugé qu'en l'absence de réglementation communautaire prévoyant des sanctions particulières, les États sont compétents pour choisir les sanctions appropriées, même pénales[682]. C'est donc aux États que revient, en premier lieu, la compétence de sanctionner toute mauvaise exécution du droit de l'Union. La Cour va dans ce sens lorsqu'elle affirme qu'en l'absence d'harmonisation des mécanismes nationaux d'exécution forcée, il appartient à chaque État membre « d'établir de telles règles, en vertu du principe de l'autonomie procédurale »[683]. Ainsi, « tout en conservant le choix des sanctions applicables aux violations du droit de l'Union, les États membres doivent notamment veiller à ce que celles-ci aient un caractère effectif, proportionné et dissuasif »[684]. Le législateur européen reprend cette approche lorsqu'il prévoit, dans le droit dérivé, que « les États membres déterminent le régime des sanctions applicable en cas de violation des dispositions nationales adoptées en application de la présente directive et prennent toute mesure nécessaire pour assurer la mise en œuvre de celles-ci » tout en précisant que « les sanctions prévues doivent être effectives, proportionnées, non discriminatoires et dissuasives »[685]. Comme l'a relevé un Avocat général, « conformément au principe de subsidiarité, les États membres sont, en règle générale, mieux placés que la Communauté pour traduire la notion de 'sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives' dans leurs systèmes juridiques et contextes sociaux respectifs »[686]. Dans la mesure où le principe de subsidiarité commande que l'Union agisse seulement dans la mesure où les objectifs recherchés seront mieux réalisés au niveau

---

679 *Ibid.,* p. 385.

680 CAULET F., Le principe d'effectivité comme pivot de répartition des compétences procédurales entre les Etats membres et l'Union européenne, RTD Eur. 2012 p.594-29.

681 *Ibid.*

682 CJCEn 2 février 1977, *Amsterdam Bulb* (50/76, Rec. p. 137, pts 32 et 337).

683 CJUE, 10 septembre 2014, *Monika Kušionová,* aff. C-34/13. *Ibid.,* pt 50.

684 *Ibid.*, pt 59.

685 Directive 2004/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004, « concernant la sécurité des chemins de fer communautaires/

686 Conclusions de l'Avocat général M. Jan Mazak présentées le 28 juin 2007 dans l'affaire C−440/05, *Commission c/Conseil de l'Union européenne.*

de l'Union qu'au niveau des États membres, « l'autonomie procédurale — telle que mise en œuvre par la Cour de justice — répond bien de l'application de ce principe d'exercice des compétences dans le cadre de la procédure juridictionnelle »[687].

b. La question de l'autonomie locale et régionale

348. Une des conséquences du principe de l'autonomie nationale est que les États membres sont totalement libres de leur organisation administrative et territoriale dans la mesure où elle ne contrarie pas le respect de leurs obligations envers l'Union. Quant à la portée de cette autonomie, si elle peut être limitée sur le plan procédural, elle ne l'est pas sur le plan institutionnel. Le principe de l'autonomie institutionnelle protège donc la compétence des États membres en ce qui concerne leur organisation constitutionnelle interne et les institutions de l'Union doivent respecter leur souveraineté en ce domaine[688]. Dans la mesure où le principe de l'autonomie institutionnelle vise à garantir la séparation verticale des pouvoirs dans l'ordre interne, de sorte que les États membres puissent confier l'exécution du droit de l'Union aux autorités infra-étatiques, régionales ou locales, il présente des affinités avec l'autonomie locale et régionale qui s'inscrit elle-même dans le principe de subsidiarité. Cela se traduit, dans la jurisprudence de la Cour de justice, par l'affirmation selon laquelle il n'appartient pas à l'Union « de se prononcer sur la répartition des compétences par les règles institutionnelles de chaque État membre » et, tout particulièrement en ce qui concerne les États fédéraux comme l'Allemagne, « sur les obligations qui peuvent incomber respectivement aux autorités de la République fédérale et à celles des *Länder* »[689].

349. L'autonomie institutionnelle englobe le respect de l'autonomie locale et régionale et se présente à ce titre comme un droit matériellement constitutionnel[690]. En ce sens, l'autonomie institutionnelle s'inscrit dans le principe du respect de l'identité nationale, tel que le traité de Lisbonne l'a défini à l'article 4.2 TUE. Aux termes de cet article, «l'Union respecte l'identité nationale des États membres « inhérente à leurs structures fondamentales politiques et

---

687 COURONNE V., « L'autonomie procédurale des États membres de l'Union européenne à l'épreuve du temps », CDE, 3-4, 2010, p. 292. Voir aussi :PHILIP C., et BOUTAYEB C., « Principe de subsidiarité », in A. Barav et C. Philip (dir.), Dictionnaire juridique des Communautés européennes, Presses Universitaires de France, 1993, p. 1023; CONSTANTINESCO V., «Le principe de subsidiarité: un passage obligé vers l'union européenne?», in L'Europe et le Droit, précité, pp. 35-46.

688 MARCOU G., « Les collectivités territoriales et l'Union européenne », Propos introductifs, *in Potvin-Solis L. (dir.), Le statut d'État membre de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2018. p. 14.*

689 CJCE, 12 juin 1990, *Allemagne c/ Commission*, aff. 8/88.

690 POTVIN-SOLIS L., De la fonction du concept à la portée du principe d'autonomie Locale et régionale dans l'ordre Juridique de L'union européenne in Potvin-Solis L. (dir.), Le statut d'État membre de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2018. p. 327.

constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale »[691]. Il a déjà été relevé que l'identité nationale est un élément du principe de subsidiarité[692]. En outre, la dimension locale et régionale de la subsidiarité a été renforcée par le traité de Lisbonne puisqu'aux termes de l'article 5.3 TUE « l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union »[693]. Or, c'est essentiellement au stade de la mise en oeuvre du droit de l'Union que l'autonomie locale doit être prise en compte. Les collectivités territoriales impliquées dans l'application du droit de l'Union sont dotées, à ce titre, de compétences d'exécution. S'agissant de la transposition des directives, cette obligation doit être assurée au regard de la répartition des compétences internes. La Cour a déclaré que chaque État est « libre de répartir comme il juge opportun les compétences sur le plan interne et de mettre en œuvre une directive au moyen de mesures prises par les autorités régionales et locales »[694]. La fonction d'exécution des collectivités infra-étatiques a vocation à s'épanouir et se renforcer avec les développements d'un véritable fédéralisme d'exécution dans l'Union européenne[695].

350. Dans la mesure où la fonction exécutive de principe incombe aux États, comme cela est expressément affirmé dans le traité depuis Lisbonne[696], ces derniers sont encouragés à confier l'exécution du droit de l'Union aux autorités locales. L. Potvin-Solis note qu'en ce domaine, « une marge d'appréciation locale est protégée à la fois lorsqu'elle s'inscrit dans la marge d'appréciation reconnue à l'État dans sa fonction d'exécution ou de mise en œuvre du droit de l'Union et quand elle tient à l'existence d'une autonomie normative infra-étatique reconnue et protégée dans l'État »[697]. L'autonomie institutionnelle revêt une importance décisive pour les États présentant une structure fédérale car si ce principe ne leur permet pas d'échapper à leurs obligations — ces dernières s'imposant aux États « en tant que tels, et non

---

691 Nous soulignons.

692 Voir le premier chapitre de la présente étude.

693 Nous soulignons.

694 CJCE, 25 mai 1992, *Commission. c/ Pays-Bas,* aff. C-97/81.

695 POTVIN-SOLIS L., Collectivités territoriales et système juridique de l'Union européenne, JCl, Europe Traité, fasc. 475, décembre 2016.V. aussi. ZILLER J., Exécution centralisée et exécution partagée : le fédéralisme d'exécution en droit de l'Union européenne, L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux : Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2009, 298 p., spéc. p.111. POTVIN-SOLIS, « De la fonction du concept à la portée du principe d'autonomie locale et régionale dans l'ordre juridique de l'Union européenne », in L'Union européenne et l'autonomie locale et régionale.

696 L'article 291.1 TFUE indique que les États membres prennent toutes les mesures de droit interne nécessaires pour la mise en œuvre des actes juridiquement contraignants de l'Union.

697 POTVIN-SOLIS L., Collectivités territoriales et système juridique de l'Union européenne, JCl, Europe Traité, fasc. 475, décembre 2016.

pas aux États membres en fonction de leur structure administrative ou constitutionnelle »[698] — leur structure fédérale est toutefois prise en considération à un autre niveau. Dans l'arrêt *Bero*, la Cour de justice a ainsi précisé que la directive n'exigeait pas de l'Allemagne qu'elle instaure des centres de rétention spécialisés dans chaque État fédéré mais seulement qu'elle garantisse que les États fédérés ne disposant pas desdits centres puissent placer les ressortissants de pays tiers dans des centres de rétention situés dans d'autres États fédérés[699].

351. Reste à savoir si le lien qui unit l'autonomie institutionnelle à l'exigence de respect de l'identité nationale des États membres (article 4.2 TUE) ainsi qu'au principe de subsidiarité (article 5.3 TUE) trouve une expression plus forte dans la jurisprudence[700]. L'autonomie institutionnelle qui se présente comme un droit fondamental des États membres est-elle dotée d'une effectivité lorsque les États l'invoquent devant la Cour de justice ? S. Platon juge que c'est seulement de façon médiate que le principe d'autonomie institutionnelle peut se manifester comme un principe opposable à l'Union. Ce principe pourrait ainsi à l'avenir « être protégé au titre des principes de subsidiarité et de proportionnalité »[701]. En d'autres termes, la subsidiarité *lato sensu* devrait pouvoir prendre en charge la question du respect de l'autonomie nationale au stade de l'exécution du droit de l'Union.

2. La combinaison des principes au contentieux par les parties

352. Certains requérants n'hésitent pas au contentieux à combiner l'invocation des principes de subsidiarité et d'autonomie institutionnelle et/ou procédurale à l'occasion de certains litiges relatifs à la mise en oeuvre du droit dérivé de l'Union, accréditant ainsi la thèse de la subsidiarité « principe de droit administratif européen ». Si les arrêts sont encore rares, l'analyse de la jurisprudence révèle que l'autonomie institutionnelle (a) et plus fréquemment, l'autonomie procédurale (b) peuvent être invoquées devant le juge européen concomitamment à l'invocation du principe de subsidiarité.

a. Autonomie institutionnelle et subsidiarité

353. L'arrêt *Gmina Wrocław*[702], rendu dans le cadre d'une procédure préjudicielle relative à l'interprétation des dispositions de la directive *2006/112/CE* sur la TVA, a donné l'occasion à la Cour de justice d'interpréter le droit dérivé de l'Union à la lumière des principes de

---

[698] CJUE, 17 juillet 2014, *Bero,* aff. jtes C- 473/13 et C-514/13, pt 28.

[699] *Ibid*.

[700] G. Marcou estime qu'on ne trouve pas encore d'expression jurisprudentielle d'un tel lien dans les arrêts de la Cour. MARCOU G., « Les collectivités territoriales et l'Union européenne », Propos introductifs, *in Potvin-Solis L. (dir.), Le statut d'État membre de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2018. p. 16*.

[701] PLATON S., L'autonomie institutionnelle, précité,…, p. 473.

[702] CJUE, 29 septembre 2015, *Gmina Wroclaw,* aff. C−276/14.

subsidiarité et d'autonomie institutionnelle. La demande était présentée dans le cadre d'un litige ayant opposé une Commune de Pologne au ministre polonais des Finances au sujet de la possibilité de qualifier d'assujettie à la TVA une entité budgétaire communale. En l'espèce, la ville de Wrocław exerçait, en vertu du droit polonais, ses missions au moyen d'entités budgétaires. Souhaitant savoir qui de la commune ou de l'entité budgétaire devait être considérée comme assujettie à la TVA, la commune a formé une demande auprès du Ministère compétent. Selon la commune de Wroclaw, le fait qu'elle seule exerçait, d'une façon indépendante, une activité économique, devait conduire l'administration à considérer qu'elle était assujettie à la TVA. Le ministre a cependant estimé que les entités budgétaires devaient être considérées comme assujetties à la TVA. La commune ayant introduit un recours auprès de la Cour suprême administrative, celle-ci a a estimé qu'il fallait analyser le statut juridique de l'entité budgétaire au regard de la constitution. Sur ce dernier point, le juge polonais a relevé qu'une commune disposait de la personnalité morale tandis qu'une entité budgétaire était une entité dénuée de personnalité juridique. La Cour a donc jugé qu'en vertu du droit national, une entité budgétaire ne pouvait pas, en raison de son absence d'autonomie, être assujettie à la TVA mais s'est toutefois interrogée sur la question de savoir si, au regard du droit de l'Union, les mêmes conséquences en matière d'assujettissement à la TVA pouvaient être tirées de l'absence d'autonomie des organismes de droit public qui exécutent des opérations soumises à la TVA. À cet égard, le juge indiquait que la jurisprudence européenne relative au critère d'indépendance concernait les seules personnes physiques, la Cour ne s'étant pas prononcée sur la relation entre le critère d'indépendance prévu dans la définition d'assujetti figurant à l'article 9 de la directive TVA et les dispositions spécifiques de l'article 13 de celle-ci par rapport aux organismes de droit public. Le juge cherchait à savoir si ce critère devait être rempli pour qu'un tel organisme puisse être qualifié d'assujetti à la TVA. Surtout, la Cour se posait la question de savoir comment il convenait d'interpréter ces deux dispositions à la lumière du principe d'autonomie institutionnelle et de subsidiarité prévu aux articles 4. 2 et 5. 3 TUE. Aussi la Cour suprême administrative a-t-elle décidé de de poser à la Cour la question préjudicielle suivante: « Au regard de l'article 4.2 TUE, lu en combinaison avec l'article 5.3 TUE, une entité organisationnelle communale (collectivité locale de Pologne) peut-elle être qualifiée d'assujettie à la TVA dès lors qu'elle exerce des activités en une qualité autre que celle d'autorité publique au sens de l'article 13 de la directive TVA, bien qu'elle ne remplisse pas la condition d'autonomie (d'indépendance) que prévoit l'article 9§1 de ladite directive ? »[703]. La juridiction de renvoi cherchait donc à savoir

[703] Le gouvernement polonais a d'ailleurs demandé que la Cour de siéger en grande chambre.

si la directive TVA devait être interprétée en ce sens que des entités budgétaires communales pouvaient être qualifiés d'assujettis à la TVA alors qu'elles ne remplissaient pas le critère d'indépendance. Dans la mesure où cette interprétation se heurtait au droit constitutionnel, le juge polonais incitait la Cour à interpréter la directive à la lumière de l'article 4.2 TUE auquel il rattachait le principe de l'autonomie institutionnelle, en combinaison avec le principe de subsidiarité de l'article 5.3 TUE.

354. La Cour de justice a tout d'abord déclaré qu'en vertu de l'exigence d'application uniforme du droit de l'Union, les termes d'une disposition ne comportant aucun renvoi au droit national pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver « une interprétation autonome et uniforme »[704]. Elle a ensuite rappelé que pour qu'un organisme soit qualifié d'assujetti, au sens de la directive, il devait exercer, d'une façon indépendante, une activité économique. Or, en l'espèce, le caractère économique des activités n'était pas contesté. S'agissant de savoir si les entités budgétaires exerçaient d'une façon indépendante ces activités, la Cour de justice a rappelé sa jurisprudence selon laquelle il fallait apprécier l'existence d'un lien de subordination vis-à-vis de la commune à laquelle ces entités étaient rattachées[705]. Au terme d'une brève analyse, le juge de l'Union a estimé que la commune et ses entités budgétaires devaient être considérées « comme un seul et même assujetti » dans la mesure où les entités budgétaires ne remplissaient pas le critère d'indépendance. Elles ne pouvaient donc pas être qualifiés d'assujettis à la TVA. Tout en confortant la position de la Cour Suprême administrative qui s'était, quant à elle, fondée sur le droit constitutionnel national pour parvenir à la même conclusion, la Cour de justice a pris soin de répondre aux interrogations de la juridiction de renvoi, au regard des principes de l'autonomie institutionnelle et de subsidiarité[706]. Elle a ainsi précisé que cette constatation, dès lors qu'elle ne portait que sur la question de l'assujettissement à la TVA des personnes publiques ou privées, n'affectait pas les garanties prévues à l'article 4.2 TUE. Cette constatation était, selon la Cour de justice, également conforme au principe de subsidiarité dans la mesure où l'harmonisation des législations nationales aux fins d'établir un système commun de TVA, pouvait être mieux réalisée au niveau de l'Union que des États membres[707]. Si la Cour de Luxembourg a fait l'effort de répondre à la juridiction nationale sur ces deux points, il n'est pas certain que les principes de subsidiarité et d'autonomie institutionnelle

---

[704] *Ibid.*, pt 25 de l'arrêt.

[705] En prenant en compte l'absence de lien hiérarchique, le fait que les organismes agissent *pour leur compte et sous leur responsabilité,* qu'ils organisent *librement* les modalités d'exécution et qu'ils *perçoivent eux-mêmes* les émoluments constituant leurs revenus.

[706] *Ibid.,* pts 39 et 42.

[707] *Ibid.,* pts 40 et 41.

aient été réellement pris en compte. La Cour de justice s'est contentée d'interpréter la directive à la lumière de sa jurisprudence constante en se bornant à relever que le principe de subsidiarité avait été respecté par le législateur de l'Union, l'objectif d'harmonisation poursuivi par celle-ci ne pouvant être atteint de manière suffisante par les États membres. Quant à l'autonomie institutionnelle que la juridiction de renvoi croyait voir consacrée à l'article 4.2 TUE, la Cour de justice a soigneusement évité de mentionner ce principe et s'est bornée à relever prudemment que les garanties prévues à l'article 4.2 TUE n'étaient, en l'espèce, pas affectées.

b. Autonomie procédurale et subsidiarité

355. Si la Cour à été invitée à interpréter, dans le cadre d'une procédure préjudicielle, les dispositions d'une directive à la lumière des principes d'autonomie institutionnelle et de subsidiarité, l'analyse des arrêts révèle que les requérants étatiques ont également tenté de combiner le principe de subsidiarité avec le principe d'autonomie procédurale au contentieux. C'est essentiellement en matière d'administration des Fonds européen de développement régional (FEDER) et de Fonds européen d'orientation et de garantie agricole (FEOGA) que les États tendent à invoquer ces deux principes à l'encontre des décisions adoptées par la Commission. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si ces derniers ont massivement mobilisé la subsidiarité et l'autonomie procédurale dans le contentieux de l'administration des fonds dans la mesure où les dispositions générales prévoient une procédure complexe composée de plusieurs étapes relatives à l'élaboration, le financement, la surveillance et l'évaluation et faisant intervenir les autorités nationales comme les institutions de l'Union.

356. Dans l'arrêt *Allemagne c/ Commission*[708], l'État requérant demandait l'annulation d'une décision de la Commission qui avait écarté du financement certaines dépenses au titre du FEAGA et du FEADER. Dans le cadre de son recours, l'Allemagne faisait valoir que, par son interprétation extensive du règlement n°1698/2005, la Commission avait méconnu « le principe de subsidiarité en empiétant sur l'autonomie procédurale des États membres et des communes dans le domaine de l'aménagement du territoire ». L'État requérant considérait qu'en ce domaine, la gestion était mieux assurée par les États et les acteurs régionaux, d'autant plus que l'organisation de l'aménagement du territoire bénéficie, en Allemagne, d'une protection constitutionnelle. Dans la mesure où la décision de la Commission entraînait des coûts supplémentaires pour l'Allemagne, cette dernière entendait faire annuler les dispositions litigieuses de la décision sur le fondement d'une violation de la subsidiarité lue à

[708] TUE, 3 avril 2017, *Allemagne c/ Commission*, aff. T-28/16.

la lumière de l'autonomie procédurale. Le Tribunal a tout d'abord rappelé que, en vertu du principe de subsidiarité, l'Union n'intervient que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent être atteints de manière suffisante par les États et peuvent donc être mieux atteints par l'Union[709]. Il a ensuite relevé que la nécessité de prendre en considération la subsidiarité apparaissait, en l'espèce, dans les termes du considérant 61 du règlement 1698/2005 en vertu duquel « il convient, conformément au principe de subsidiarité, que, sous réserve d'exceptions, les règles nationales pertinentes régissent l'éligibilité des dépenses », complété par le considérant 63 du même règlement, selon lequel « la mise en œuvre décentralisée des actions du FEADER devrait s'accompagner de garanties portant notamment sur la qualité de la mise en œuvre, les résultats, la bonne gestion financière et le contrôle ». C'est donc en sa qualité de responsable de l'exécution du budget que la Commission devait vérifier les conditions dans lesquelles les financements ont été versés et les contrôles effectués en ne finançant les dépenses que si ces conditions offraient les assurances nécessaires quant à la conformité aux règles de l'Union. Tout en constatant que la répartition des rôles entre la Commission et l'Allemagne aboutissait à confier à la seconde l'élaboration des règles régissant l'éligibilité des dépenses, le Tribunal a rappelé que la Commission devait contrôler si les autorités allemandes remplissaient « effectivement leurs obligations dans ce domaine ». Le juge a toutefois précisé que ce contrôle ne conférait pas à la Commission un pouvoir lui permettant d'imposer des règles particulières au regard de la législation nationale relative à la procédure de rénovation des villages[710]. Le Tribunal n'ayant relevé aucune remise en cause de la législation nationale, ni régionale, relative à la procédure de rénovation des villages, l'Allemagne était mal fondée à se prévaloir d'une violation du principe de subsidiarité. Le juge considérait que l'État requérant n'avait pas démontré que la Commission empiétait sur son domaine de compétence, tel qu'il résultait de la mise en œuvre du principe de subsidiarité, en exigeant le respect du règlement 1698/2005.

357. Dans l'arrêt *Pologne c/ Commission*[711] qui avait également pour objet une demande d'annulation d'une décision de la Commission écartant du financement de l'Union des dépenses étatiques au titre du FEOGA et FEADER, la Pologne soutenait que la Commission avait porté atteinte aux principes de subsidiarité et d'autonomie procédurale en remettant en cause certains mécanismes institutionnels du droit national. L'État requérant reprochait en substance à la Commission d'avoir estimé que certaines déclarations n'étaient pas fiables et ne pouvaient être utilisées comme une preuve de la possession des compétences requises,

---

[709] *Ibid*., pt 107.

[710] *Ibid*., pts 108,109, 110.

[711] TUE, 25 février 2015, *Pologne c/ Commission,* T-257/13.

alors même que le droit polonais permettait l'utilisation des dépositions de témoins en tant que moyen de preuve. Le juge européen a néanmoins estimé que la Commission était en droit de considérer que la simple déclaration de proches n'était pas suffisante pour démontrer les compétences professionnelles du repreneur agricole. En effet, le fait que la déclaration d'un proche puisse avoir une valeur probante en droit national n'était pas de nature à empêcher la Commission de vérifier si le contrôle étatique sur ladite déclaration permettait de conclure que celle-ci était suffisante pour démontrer l'absence de risque pour les Fonds[712].

Paragraphe 2. L'encadrement de l'autonomie

358. De la même façon que le fédéralisme d'exécution, s'il offre une certaine autonomie aux États fédérés dans la mise en oeuvre du droit fédéral n'exclut pas un contrôle de la Fédération, de même, l'autonomie dont bénéficient les États membres dans l'exécution du droit de l'Union s'accompagne d'un encadrement de la part des institutions européennes.

359. En Allemagne, si une réglementation uniforme sur tout le territoire est nécessaire, la Fédération peut régler la procédure administrative sans que les *Länder* puissent y déroger et le Gouvernement fédéral est habilité à s'assurer de la bonne exécution des lois fédérales. Lorsque les *Länder* exécutent par délégation la législation fédérale, ils sont compétents pour l'organisation de l'administration sauf si les lois fédérales en disposent autrement. Dans cette hypothèse, les administrations des *Länder* seront soumises aux instructions des autorités fédérales et la Fédération pourra édicter des prescriptions administratives générales[713]. La Cour constitutionnelle allemande a, par ailleurs, développé le principe non écrit de loyauté ou fidélité fédérale (*Bundestreue*) en vertu duquel Fédération et *Länder* doivent faire preuve de respect mutuel en coopérant[714]. Rattachée aujourd'hui à l'article 20 de la Constitution[27], la fidélité fédérale s'exprime dans les mécanismes de contrôle de l'exécution de la législation fédérale par les *Länder*, étant précisé que ce contrôle varie selon que ces derniers agissent selon leurs compétences propres[715] ou par délégation[716]. La loyauté fédérale justifie que

---

[712] *Ibid*., pts 89, 185.

[713] Commission des affaires européennes du Sénat français, Étude de législation comparée n° 242 - mars 2014 - L'organisation des Etats fédéraux : démocratie, répartition des compétences, Etat de droit et efficacité de l'action publique.

[714] RAINER A., Annuaire international de justice constitutionnelle, 22-2006, 2007. Autonomie régionale et locale et constitutions - La répartition des compétences normatives entre le parlement et le gouvernement. pp. 107-129.

[715] Article 84 de la Loi fondamentale.

[716] Article 85 de la Loi fondamentale.

l'autonomie des *Länder* soit soumise au respect de la loi fédérale sous le contrôle de la Cour constitutionnelle fédérale[717].

360. En Suisse, l'autonomie des Cantons subit également des limites, en raison des risques d'application différenciée du droit fédéral ou de distorsion de concurrence. Afin de préserver l'unité d'application d'une réglementation fédérale, il est parfois nécessaire de déroger au principe d'autonomie et de restreindre les pouvoirs d'exécution des Cantons. Dans certains cas, l'encadrement de la Confédération est telle que les Cantons ne se voient attribuer par le législateur que quelques « miettes » de la compétence d'exécution qui, en principe, doit leur revenir[718]. À l'instar de la loyauté fédérale du fédéralisme allemand, la fidélité fédérale ou confédérale se trouve au coeur du fédéralisme d'exécution suisse et vient utilement compléter le principe de subsidiarité[719].

361. Quant à l'Union européenne, celle-ci connait avec le principe de coopération loyale une formulation expresse de la fidélité fédérale[720]. Si l'expression « coopération loyale » est d'origine prétorienne, elle figure aujourd'hui à l'article 4.3 TUE et est largement utilisée par la Cour de justice pour encadrer les compétences nationales d'exécution. Aussi, l'autonomie institutionnelle et procédurale qui se présente comme un « beau principe décentralisateur »[721] ne saurait être absolue et ne signifie pas que les ordres juridiques nationaux sont préservés des ingérences de l'Union dans la sphère administrative. Si les principes d'encadrement, posés très tôt dans la jurisprudence, sont consubstantiels à l'autonomie nationale (A), encore faut-il distinguer le régime des deux branches, institutionnelle et procédurale (B).

A. Les principes d'encadrement

362. On identifie généralement le droit administratif européen par un ensemble de principes qui visent à encadrer l'action des États membres dans le but de garantir une mise en œuvre effective du droit de l'Union. Ces principes qui viennent nécessairement restreindre l'autonomie des autorités nationales ont été dégagés par la Cour de justice qui s'est appuyée sur une interprétation constructive du principe de coopération loyale[722]. Dès les arrêts

---

717 ABDEREMANE K., L'ancrage de l'engagement des États membres dans l'ordre constitutionnel de l'Union : les pincipes de loyauté et de solidarité in Le statut d'état membre de l'Union européenne: quatorzièmes journées Jean Monnet / Laurence Potvin-Solis (dir.), 2018.

718 DUBEY B., Administration indirecte et fédéralisme d'exécution, précité, p. 123.

719 *Ibid*., p. 95.

720 DECHATRE L., Le pacte fédératif, précité, p. 216.

721 AUBY J.-B., et DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J., « À propos de la notion de droit administratif européen introduction à l'ouvrage droit administratif européen, *Revue française d'administration publique*, vol. 123, no. 3, 2007, pp. 373-385.

722 ABDEREMANE K., L'ancrage de l'engagement des États membres, précité, p. 250.

fondateurs relatifs à l'autonomie institutionnelle et procédurale, il ressortait que celle-ci n'était pas absolue dans la mesure où elle était encadrée par des principes régulateurs. Si l'on cite souvent, et à juste titre, les principes d'effectivité et d'équivalence (2) ces derniers découlent du principe de coopération loyale qui s'impose depuis toujours aux États (1).

1. Le principe de coopération loyale

363. En se fondant sur l'ex-article 10 CE, la Cour de justice a posé, sur le modèle du fédéralisme d'exécution, une exigence de loyauté pour encadrer la compétence d'exécution nationale du droit de l'Union (a). Il en résulte, dans la mise en oeuvre de ce droit par les États membres, une tension entre le devoir de coopération loyale et l'autonomie nationale (b).

a. L'ex-article 10 CE comme fondement du devoir de coopération loyale

364. Jusqu'à l'adoption du traité de Lisbonne, le principe qui régissait la compétence d'exécution nationale se fondait sur l'ex-article 10 CE[723]. La Cour de justice avait dégagé, sur ce fondement, un principe de coopération loyale qui s'impose aux États membres lorsqu'ils mettent en oeuvre le droit de l'Union. Il existait, en doctrine, un débat sur la question de savoir s'il s'agissait d'une expression du principe international de bonne foi ou d'un véritable principe de fidélité fédérale[724] sur le modèle des États fédéraux connaissant une forme de fédéralisme coopératif[725]. Au regard des exigences croissantes que la Cour de justice a pu forger sur cette base, il apparait que le devoir de coopération loyale doit davantage être considéré comme une déclinaison du second. En effet, à l'instar du principe de coopération loyale, le principe de fidélité fédérale joue un rôle central dans l'effectivité du droit fédéral. Ce principe est d'autant plus indispensable lorsque la mise en oeuvre du droit fédéral dépend des États fédérés comme c'est le cas en Allemagne et en Suisse, ces États fédéraux connaissant le fédéralisme d'exécution. L'article 5 du traité imposait donc aux États l'obligation d'assurer une exécution efficace du droit communautaire. Dans la mesure où l'Union ne dispose que d'une compétence ponctuelle pour régler la procédure administrative des États membres — là où en Allemagne d'importantes compétences

---

[723] Ex-article 5 CEE et nouvel article 4.3 TUE. Aux termes de cet article « en vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités. Les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union. Les États membres facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union ».

[724] CONSTANTINESCO V., « l'article 5 CEE, de la bonne foi à la loyauté communautaire », in Du droit international au droit de l'intégration. *Liber Amicorum P. Pescatore, baden-baden, nomos-Verlag,* 1987, p. 97.

[725] A la différence du fédéralisme « coopératif », le fédéralisme « dualiste », comme les Etats-Unis à leur début, ne connait pas ce principe.

d'encadrement existent — le devoir de loyauté remplit, comme l'a relevé L. Dechatre, une fonction encore plus importante dans le cadre européen qu'en Allemagne[726].

365. Sur le fondement de l'ex-article 5 CEE, la Cour de justice a imposé aux États membres des obligations allant au-delà des dispositions prévues dans le droit communautaire dans le but d'assurer l'effectivité de ce dernier. Dès 1972, dans *Schlüter & Maack,* la Cour avait nuancé le principe selon lequel lorsque l'exécution d'un règlement incombe aux autorités nationales, « cette exécution doit avoir lieu selon les règles de forme et de procédure du droit national » en précisant que cette règle devait se concilier avec « les nécessités d'une application uniforme du droit communautaire »[727]. Quelques années plus tôt, dans l'arrêt *Scheer* de 1970, la Cour a déclaré que l'intervention des autorités nationales dans le cadre du régime d'organisation des marchés du secteur des céréales constituait « la mise en œuvre de l'obligation générale formulée par l'article 5 du traité, aux termes duquel les États membres sont tenus de prendre toutes mesures propres à assurer l'exécution des obligations résultant des actes des institutions et, en général, de faciliter à la Communauté l'accomplissement de sa mission »[728]. À cette occasion, le juge a précisé que dans la mesure où les modalités d'application n'avaient pas été déterminées, « les États membres avaient le droit et, en vertu des dispositions générales de l'article 5 du traité, l'obligation de tout faire pour assurer l'effet utile de l'ensemble des dispositions du règlement »[729]. C'est en se fondant sur le principe de coopération loyale que la Cour de justice a formalisé les obligations de États membres aux fins d'une réalisation efficace du droit de l'Union en exigeant une application uniforme du droit communautaire. Dans l'arrêt *Deutsche Milchkontor* de 1983, le juge a dit pour droit que « conformément aux principes généraux qui sont à la base du système institutionnel de la Communauté et qui régissent les relations entre la Communauté et les États membres, il appartient aux États membres, en vertu de l'article 5 du traité, d'assurer sur leurs territoires l'exécution des réglementations communautaires (…) les autorités nationales procèdent, lors de cette exécution des réglementations communautaires, en suivant les règles de forme et de fond de leur droit national, étant entendu (…) que cette règle doit se concilier avec la nécessité d'une application uniforme du droit communautaire, nécessaire pour éviter un traitement inégal des opérateurs économiques »[730]. Aussi, l'article 5 CEE a-t-il permis à la Cour de justice d'assurer la protection de « l'uniformité de force exécutive du droit

---

[726] DECHATRE L., Le pacte fédératif, précité, …p. 223.

[727] CJCE, 6 juin 1972, Schlüter & Maack, aff. 94-71, pts 10 et 11.

[728] CJCE, 17 décembre 1970, *Scheer*, aff. 30/70,, pt.8.

[729] *Ibid*., pt 10.

[730] CJCE, 21 septembre 1983, *Deutsche Milchkontor*, aff. 205 à 215/82, pt.17. Nous soulignons.

communautaire »[731]. En effet, la coopération a été mise au service d'une application uniforme du droit de l'Union selon une lecture tendant à promouvoir l'efficacité du droit de l'Union.

366. Avec l'adoption du traité de Lisbonne, le principe de coopération loyale, désormais consacré à l'article 4.3 TUE, se trouve complété par l'article 291 TFUE aux termes duquel « les États membres prennent toutes les mesures de droit interne nécessaires pour la mise en œuvre des actes juridiquement contraignants de l'Union ». Selon E. Chevalier, la répartition des compétences d'exécution qui implique la reconnaissance d'une marge de manœuvre au profit des États présente un risque pour la mise en œuvre des exigences imposées par l'Union[732]. C'est pourquoi, l'article 291 TFUE qui pose le principe du « caractère national de la compétence d'exécution » ne fait, en réalité, que confirmer « l'importance du principe de coopération loyale, afin d'assurer l'exécution uniforme du droit de l'Union »[733]. Aussi, si les règles tendant à assurer l'application du droit de l'Union, et à sanctionner les manquements, sont en principe nationales, « c'est à la condition d'assurer l'application loyale du droit de l'Union » de sorte que l'on a assisté, ces dernières décennies, à « un encadrement croissant de l'autonomie des États »[734].

b. La tension entre le principe de coopération loyale et l'autonomie nationale

367. L'autonomie institutionnelle et procédurale est indissociable de l'obligation de coopération loyale qui tend à la limiter. Comme le résume L. Potvin-Solis, une telle autonomie est encadrée et conditionnée par le devoir de coopération loyale car ces principes intrinsèquement liés « sont au coeur d'une dialectique qui lie autorité et autonomie[735]. En effet, les modalités d'exécution du droit de l'Union s'inscrivent dans un processus dont les pierres angulaires sont les principes d'attribution et de subsidiarité, d'une part, et le principe de loyauté, d'autre part[736]. La question de l'exécution du droit de l'Union par les États membres, qui relève de la problématique relative à la répartition des compétences, doit être appréhendée à l'aide de principes régulateurs comme la subsidiarité, la proportionnalité et la loyauté qui ont vocation à régir l'exercice des compétences[737]. S'agissant de la question de la mise en oeuvre nationale du droit de l'Union, l'article 5 du traité, tel qu'interprété par la Cour

---

[731] BLANQUET M., L'article 5 du traité CEE : recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté, Paris, LGDJ, 1994, p. 172.

[732] CHEVALIER E., Bonne administration et Union européenne, Bruylant, 2014, p. 428.

[733] *Ibid*., p. 425.

[734] MARCOU G., précité, p. 21.

[735] Le principe de coopération loyale », in Le droit constitutionnel européen, quel droit constitutionnel européen ?, H. GAUDIN (dir.), Annuaire de droit européen, Volume VI, 2011, p. 188.

[736] SCHMIDT-ASSMANN E., « le modèle de l'administration composée et le rôle du droit administratif européen », RFDA, 2006, p. 1246.

[737] DUBEY B., Administration indirecte et fédéralisme d'exécution en Europe, précité, p. 97.

de justice, a davantage servi à encadrer et délimiter l'exercice par les États membres de leurs compétences d'exécution qu'à fournir de fondement général au principe d'administration indirecte et son corollaire le principe d'autonomie institutionnelle/procédurale[738]. B. Dubey a regretté la tendance du juge européen à faire référence à cette disposition dans le seul but de préciser les obligations des autorités nationales lorsqu'elles exécutent le droit de l'Union, sans en décrire le fondement général[739].

368. Cette lacune apparaissait d'autant plus préjudiciable que le droit primaire ne consacrait pas le principe de l'exécution du droit de l'Union par les États membres, pas plus que le principe d'autonomie institutionnelle/procédurale ou, autre principe régulateur, la subsidiarité juridictionnelle[740]. Ce dernier principe qui renvoie à l'autonomie procédurale des États membres et à la marge d'appréciation des autorités nationales en vue d'assurer l'application homogène du droit de l'Union revêt une grande importance dans la mesure où le respect des diversités nationales est inhérent à la logique de subsidiarité[741]. Comme le souligne D. Akoumianaki, il s'agit « des diversités qui sont susceptibles d'être respectées à l'issue du principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale »[742]. Cela dit, la nécessité de respecter la marge de manœuvre des États lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union cède, en pratique, devant l'intensité avec laquelle l'Union peut encadrer l'autonomie de ces derniers. Ainsi est-ce en vertu du devoir de coopération loyale que le juge européen impose au juge national l'obligation d'interpréter le droit national conformément aux dispositions d'une directive non transposée afin d'atteindre le résultat visé et d'assurer la pleine efficacité du droit communautaire[743]. De même, la Cour a pu déclarer que l'obligation qui incombe aux juridictions nationales d'assurer une protection juridictionnelle effective des particuliers est issue du principe de coopération[744]. Très tôt, elle a précisé la portée de ce principe en affirmant que cette disposition énonce une obligation générale des États membres dont le

---

[738] *Ibid,* p. 99.

[739] *Ibid.,* p. 114. Il est vrai que le principe d'administration indirecte semblait suffisamment ancré dans la pratique pour qu'il ne soit pas nécessaire de le consacrer dans les traités ou la jurisprudence. En outre, l'on pouvait considérer, depuis la consécration de la subsidiarité par le traité de Maastricht, que l'administration indirecte trouvait sa source dans ce principe, au même titre qu'en Suisse, le fédéralisme d'exécution, bien que non inscrit dans la Constitution pendant plus d'un siècle, a toujours été considéré comme un principe constitutionnel.

[740] D. SIMON, Le système juridique communautaire, op. cit., p. 151.

[741] AKOUMIANAKI D., Les rapports entre l'ordre juridique constitutionnel et les ordres juridiques européens, analyse à partir du droit constitutionnel grec, 2014, p.148.

[742] *Ibid*.

[743] CJCE, 16 avril 1984, *Von Colson et Kamann*, aff. C-14/83, Rec. 1984, p. 1891 pt 26 ; CJCE, 13 novembre 1990, *Marleasing contre Comercial Internacional de Alimentación*, aff. C-106/89, Rec. 1990, p. 395. CJCE, 5 octobre 2004, *Pfeiffer e.a.*, C-397/01 à C-403/01, Rec. 2004 p. I-8835, pt 114.

[744] CJCE, 27 février 1980, Hans Just / Ministère danois des impôts, aff. 68/79, Rec. 1980, p. 501, pt 25.

contenu concret dépend dans chaque cas particulier des dispositions du Traité et des règles qui se dégagent de son système général[745]. Le principe de coopération loyale a également permis d'encadrer la compétence pénale des États en déclarant qu'ils devaient « veiller à ce que les violations du droit communautaire soient sanctionnées dans des conditions analogues à celles applicables aux violations du droit national d'une nature similaire et qui « confèrent à la sanction un caractère effectif, proportionné et dissuasif »[746]. Aussi l'équilibre entre le principe de coopération loyale et l'autonomie institutionnelle et procédurale a-t-il été peu à peu dévoyé devant l'impératif d'application uniforme du droit de l'Union duquel sont issus les principes d'effectivité et d'équivalence.

2. Les principes d'effectivité et d'équivalence

369. Qualifié de mal nécessaire, le principe d'autonomie reste dangereux pour l'application uniforme du droit de l'Union[747]. L'équilibre entre les principes de coopération ou de loyauté, d'une part, et d'autonomie institutionnelle et procédurale, d'autre part, tend fréquemment à céder devant la nécessité d'encadrer des compétences d'exécution nationales. Aussi l'impératif d'uniformité impose-t-il de nombreuses exigences aux administrations nationales, conduisant à une certaine « européanisation » des droits administratifs nationaux[748]. Cet encadrement contraignant a d'abord été prétorien puisque c'est le juge européen qui, le premier, a imposé aux États membres les principes d'équivalence et d'effectivité. La nécessité d'une application uniforme et effective du droit de l'Union a progressivement conduit la Cour de justice a posé un encadrement exigeant de nature à limiter l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres à travers les principes d'équivalence (a) et d'effectivité (b).

a. Le principe d'équivalence

370. De la même façon que les branches procédurale et institutionnelle de l'autonomie nationale sont souvent confondues, de même a-t-on tendance à présenter conjointement les principes d'équivalence et d'effectivité comme des principes siamois conditionnant ladite autonomie. Ces deux notions doivent, là encore, être soigneusement distinguées car elles présentent une indépendance fonctionnelle bien qu'elles aient été consacrées comme les deux

---

[745] CJCE, 8 juin 1971, Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH c/ Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG, aff. 78/70, Rec. 1971, p. 499, pt 5.

[746] CJCE, 21 septembre 1989, *Commission c/ Grèce*, aff. 68/88, Rec., p. 2965, pt 24.

[747] LE BARBIER-LE BRIS M., «Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et de coopération loyale. Les États membres de l'Union européenne, des États pas comme les autres», in Le droit de l'Union européenne en principe, Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux, Éd. Apogée, 2006, p. 422.

[748] BERTRAND B., Le juge de l'Union européenne, juge administratif, précité, p. 228.

éléments cumulatifs de l'encadrement de l'autonomie des États membres. En effet, les principes d'effectivité et d'équivalence, issus du contentieux de « deuxième génération », ont été introduits par la Cour à l'occasion de la « répétition de l'indu ». Dans l'arrêt *Rewe-Zentral* du 16 décembre 1976, considéré comme un arrêt fondateur en matière d'autonomie institutionnelle et procédurale, la Cour a dit pour droit que « par application du principe de coopération énoncé à l'article 5 du traité, c'est aux juridictions nationales qu'est confié le soin d'assurer la protection juridique découlant, pour les justiciables, de l'effet direct des dispositions du droit communautaire; que, dès lors, en l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire étant entendu que ces modalités ne peuvent être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne »[749]. L'arrêt *Comet,* rendu le même jour, allait dans le même sens[750]. Bien que le terme n'apparaisse pas expressément, comme c'est souvent le cas en droit de l'Union, c'est bien le principe d'équivalence qui a été consacré par la Cour dans ces deux arrêts[751].

371. En vertu du principe d'équivalence, les États membres auxquels il appartient de déterminer les organes et les modalités procédurales visant à assurer la sauvegarde des droits que les particuliers tirent du droit de l'Union, doivent s'assurer que ces modalités ne soient pas moins favorables que celles concernant les réclamations semblables de nature interne. En d'autres termes, les procédures nationales de mise en œuvre du droit de l'Union ne doivent pas être plus difficiles que les procédures de mise en œuvre du droit national. Bien qu'il ait pour effet de limiter l'autonomie nationale, le principe d'équivalence est lui-même soumis à des limites puisque la Cour a indiqué que le respect du principe de l'équivalence qui suppose que la modalité litigieuse s'applique indifféremment aux recours fondés sur la violation du droit de l'Union et à ceux fondés sur la méconnaissance du droit interne, s'agissant d'un même type de taxes ou redevances, « ne saurait en revanche être interprété comme obligeant un État membre à étendre à l'ensemble des actions en restitution de taxes ou redevances perçues en violation du droit communautaire son régime de répétition interne le plus favorable ». Aussi ne s'est-elle pas opposée à ce qu'une législation comporte, à côté d'un délai de prescription de droit commun applicable aux actions en répétition de l'indu entre particuliers, des modalités

---

749 CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe,* aff. 33/76, pt 5.

750 CJCE, 16 décembre 1976, Comet, aff. 45/76, pt 13.

751 La jurisprudence plus récente désigne expressément les principes d'effectivité et d'équivalence. Par exemple : CJCE, 15 septembre 1998, Edilizia Industriale, aff. C-231/96.

particulières de réclamation et de recours en justice moins favorables pour la contestation des taxes et autres impositions[752].

b. Le principe d'effectivité

372. Les arrêt *Rewe* et *Comet* de 1976 qui ont consacré le principe d'équivalence ont également introduit, de façon tout aussi tacite car sans le nommer, le principe d'effectivité. La Cour a ainsi affirmé qu'à défaut de mesures d'harmonisation, « les droits conférés par le droit communautaire doivent être exercés devant les juridictions nationales selon les modalités déterminées par la règle nationale; qu'il n'en serait autrement que si ces modalités et délais aboutissaient à rendre en pratique impossible l'exercice de droits que les juridictions nationales ont l'obligation de sauvegarder »[753]. En vertu du principe d'effectivité, les procédures nationales de mise en œuvre du droit de l'Union ne doivent pas rendre impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits que les justiciables tirent de ce droit. Par la suite, la jurisprudence aura tendance à associer les principes d'effectivité et d'équivalence en les mentionnant dans une même phrase. Dans *Denkavit Italiana*, la Cour a dit pour droit qu'« en l'absence de réglementation communautaire en matière de contestation ou de récupération de taxes nationales illégalement réclamées ou indûment perçues, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire, étant entendu que ces modalités ne peuvent être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne et qu'en aucun cas elles ne sauraient être aménagées de manière à rendre pratiquement impossible l'exercice des droits »[754].

373. En dépit du fait que les principe d'effectivité et d'équivalence sont traditionnellement présentés comme allant de pair, le principe d'effectivité a une portée bien plus large et plus approfondie que le principe d'équivalence. De plus, le contrôle de son respect se montre plus efficace. L'analyse des arrêts de la Cour révèle que celle-ci est passée d'un contrôle dualiste à une approche centrée sur le seul principe d'effectivité, même si elle continue à se référer, désormais de façon explicite mais purement formelle, au principe d'équivalence. Si l'on

---

[752] CJCE, 15 septembre 1998, Edilizia Industriale, aff. C-231/96, pts 35, 36, 37.

[753] CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe,* aff. 33/76, pt 5 ; CJCE, 16 décembre 1976, *Comet,* aff. 45/76, pt 16. Nous soulignons.

[754] CJCE, 27 mars 1980, *Denkavit italiana*, 61/79. Voir aussi : CJCE, 27 février 1980, *Hans Just,* 68/79 ; CJCE 10 juillet 1980, *Ariete* 811 et 826/79. Nous soulignons.

persiste à voir dans l'effectivité une des deux branches de l'encadrement de l'autonomie nationale, cette vision se heurte aujourd'hui à des limites[755].

374. Comme l'a démontré F. Caulet, « l'évolution de la jurisprudence montre que le principe d'effectivité est devenu prééminent dans l'économie de cette jurisprudence, car il est un outil fondamental de protection de la validité de la norme européenne »[756]. L'auteur a montré que le principe d'effectivité est une forme du « test de l'efficacité comparative » inhérent au principe de subsidiarité et que c'est par la combinaison de ces deux principes que la Cour de justice applique, dans la plupart des cas, une répartition descendante des modalités de mise oeuvre du droit de l'Union. En effet, s'il se montre plus intrusif que le principe d'équivalence dans l'exercice des compétences nationales, le principe d'effectivité n'intervient pas dans une logique impérialiste mais « en combinaison avec le principe de subsidiarité, comme une clef de répartition des compétences procédurales européennes et nationales »[757].

B. Le régime différencié des branches institutionnelle et procédurale de l'autonomie

375. La présentation qui est souvent faite des principes d'effectivité et d'équivalence tend à faire penser que les modalités d'exécution nationale du droit de l'Union font l'objet d'un test cumulatif et que ces deux principes ont la même portée. Cette vision est un leurre puisque l'effectivité joue un rôle plus important que l'équivalence dans l'encadrement des modalités procédurales. De plus, l'effectivité présente des liens avec le principe de subsidiarité entendu comme un principe dynamique permettant au juge ou au législateur de l'Union de porter atteinte à l'autonomie procédurale des États membres chaque fois que ces derniers échouent à assurer une application uniforme du droit de l'Union. Cette distinction a également des implication sur le régime de l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres puisque si la branche institutionnelle de l'autonomie nationale a été relativement préservée (1), sa branche procédurale a fait l'objet d'un encadrement beaucoup plus fort par le biais de l'effectivité (2).

---

[755] CAULET F., Le principe d'effectivité comme pivot de répartition des compétences procédurales entre les Etats membres et l'Union européenne, RTD Eur. 2012 p. 594-29.

[756] *Ibid*.

[757] *Ibid*.

1. La préservation de l'autonomie institutionnelle des États

376. Par rapport à l'autonomie procédurale, l'autonomie institutionnelle semble absolue (a). L'on relève cependant, tant dans la jurisprudence que dans le droit dérivé, des atteintes ponctuelles de la part de la Cour de justice et du législateur de l'Union (b).

a. Une autonomie a priori complète

377. Le régime de l'autonomie institutionnelle semble, dans une très large mesure, se différencier du régime de l'autonomie procédurale en ce que la première serait « complète »[758] et ne subirait « aucune atténuation »[759] tandis que la seconde ferait l'objet d'un véritable encadrement. La doctrine s'accorde généralement à considérer que le principe de l'autonomie institutionnelle a une portée « limitée sur le plan procédural mais pas sur le plan institutionnel »[760]. Prise dans son sens strict, c'est-à-dire entendue comme la liberté des États membres dans le choix des structures auxquelles confier l'exécution du droit de l'Union, l'autonomie institutionnelle parait jouir d'une portée absolue[761] puisque les principes d'équivalence et d'effectivité ne semblent pas en mesure de remettre en cause la capacité des États à désigner les organes et autorités chargés d'appliquer le droit de l'Union. Sauf à considérer que lesdits organes et autorités présentent, par nature, un risque pour l'application du droit de l'Union.

378. Notons qu'il existe toutefois, au-delà de la problématique de l'encadrement, un domaine dans lequel l'autonomie institutionnelle des États est tout simplement inexistante : en matière monétaire, dans le cadre du système européen de banques centrales, l'autonomie institutionnelle est d'emblée « déniée »[762] puisque les seules autorités susceptibles de mettre en oeuvre les règles européennes sont les banques centrales des États membres. Le haut degré d'intégration en ce domaine explique l'atteinte portée à l'autonomie dont bénéficient en principe les États membres en vertu de la jurisprudence *International Fruit*[763].

---

[758] L'autonomie institutionnelle *lato sensu* est conçue comme un principe matriciel et générique duquel découle l'autonomie procédurale (cf RIDEAU J., 1972 précité). En ce sens, elle désigne l'autonomie des Etats membres à déterminer les organes chargés de mettre en oeuvre le droit de l'Union ainsi que les modalités procédurales par lesquelles ce droit doit se réaliser. *Stricto sensu,* le principe d'autonomie institutionnelle se borne à la question de la détermination des organes nationaux chargés d'exécuter le droit national.

[759] GIRERD P., Les principes d'équivalence et d'effectivité : l'encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des Etats membres, RTD eur. 2002, p. 76.

[760] MARCOU G., Les collectivités territoriales, précité, p. 14.

[761] ISAAC G., et BLANQUET M., Droit général de l'Union européenne,10e éd., 2012, p. 156.

[762] MARTUCCI F., « Système européen de banques centrales – Banque centrale européenne et Eurosys- tème – organisation », *JCl. Europe Traité*, fasc. 243, pts 63 et s.

[763] CJCE, 15 décembre 1971, *International Fruit Company,* aff. 51 à 54-71.

b. L'autonomie institutionnelle relativisée par les atteintes ponctuelles de la Cour de justice et du législateur de l'Union

379. Une analyse plus approfondie de la question révèle que l'autonomie institutionnelle, lorsqu'elle existe, peut subir quelques entorses, bien que celles-ci soient rares. Les atteintes à l'autonomie peuvent être le fruit de la Cour de justice ou du législateur européen.

380. En premier lieu, sans y porter atteinte, la Cour de justice a eu l'occasion de relativiser la portée de l'autonomie institutionnelle en rappelant la nécessité du respect des objectifs de l'Union européenne. Dans l'arrêt *Comisión del Mercado*, le juge national cherchait à savoir si l'État pouvait attribuer des fonctions de réglementation, prévues dans une directive, à plusieurs autorités. La directive indiquait que les États membres devaient garantir l'indépendance des autorités réglementaires, afin d'assurer leur impartialité, tout en précisant que cette exigence ne portait pas atteinte à l'autonomie institutionnelle. La Cour a répondu que « si les États membres jouissent en la matière d'une autonomie institutionnelle dans l'organisation et la structuration de leurs autorités réglementaires (…) celle-ci ne peut toutefois être exercée que dans le plein respect des objectifs et des obligations fixés par cette directive ». Ainsi, il appartenait aux États membres d'assurer l'indépendance fonctionnelle de ces autorités[764]. Cela montre bien qu'aux yeux de la Cour, l'autonomie dont bénéficient les États est purement instrumentale car mise au service de la réalisation du droit de l'Union.

381. Il arrive que la jurisprudence heurte, de façon plus frontale, l'autonomie institutionnelle comme dans l'arrêt *Connect Austria* à l'occasion duquel la Cour a affirmé qu'il appartenait à chaque État de désigner la juridiction compétente pour trancher les litiges mettant en cause des droits individuels, « étant entendu cependant que les États membres portent la responsabilité d'assurer, dans chaque cas, une protection effective de ces droits »[765]. Tout en se défendant d'intervenir dans l'organisation judiciaire nationale, la Cour a estimé que le *Verwaltungsgerichtshof* devait être compétent pour connaître des recours en cause alors que la constitution excluait la compétence de la Cour administrative dans cette situation. Une autre façon de limiter de façon prétorienne l'autonomie institutionnelle, sans toutefois l'annihiler, consiste à l'interpréter de façon restrictive. Le contentieux de l'indépendance des autorités de régulation dans les domaines de l'énergie, des postes et des communications, a donné l'occasion à la Cour de justice de condamner des États membres pour non respect de l'exigence d'indépendance des autorités chargées de garantir la protection de certaines

---

764 CJCE, 6 mars 2008, *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones c/ Administración del Estado,* aff.C−82/07, pts 24, 25.

765 CJCE, 22 mai 2003, *Connect Austria,* C-462/99, Rec. 5197.

données. La Cour a ainsi déclaré que l'Allemagne avait manqué à ses obligations en soumettant à la tutelle de l'État certaines autorités, alors même que ce système relevait d'un régime constitutionnel. L'Allemagne avait invoqué les principes de subsidiarité et de proportionnalité, selon lesquels il était contraire de l'obliger à abandonner un système efficace qui avait fait ses preuves. La Cour de justice a rejeté l'argument, estimant que l'interprétation de l'exigence d'indépendance comme s'opposant à une tutelle de l'État, n'excédait pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du traité[766].

382. S'agissant de la seconde hypothèse, à savoir les limitations par le législateur de l'Union, il arrive que le droit dérivé oblige les États membres à confier des tâches à un certain type d'organe, à l'instar des autorités publiques indépendantes de la directive *95/46* relative au traitement des données personnelles[767]. De façon plus remarquable, la directive *2009/72/CE* relative au marché de l'électricité et la directive *2009/73*/CE relative au marché du gaz naturel exigent que l'autorité soit « juridiquement distincte et fonctionnellement indépendante de toute autre entité publique ou privée » et qu'elle « puisse prendre des décisions de manière autonome, indépendamment de tout organe politique ». Comme l'a souligné S. Platon, il résulte de ces deux exigences cumulatives que l'organe ne peut être qu'une autorité publique indépendante. L'autonomie institutionnelle semble ici abolie car même dans l'hypothèse d'un retrait complet de l'État du secteur régulé, le gouvernement ne pourra pas s'en voir confier la régulation[768]. Malgré des atteintes ponctuelles, l'autonomie institutionnelle est, en général, préservée. En comparaison, l'autonomie procédurale fait l'objet d'un encadrement bien plus important.

2. Des atteintes plus fortes à l'autonomie procédurale des États membres

383. Si la Cour de justice a reconnu dans l'arrêt *Milchkontor* du 21 septembre 1983 que les autorités nationales procèdent à « l'exécution des réglementations communautaires, en suivant des règles de forme et de fond de leur droit national », ce n'est que « pour autant que le droit communautaire, y compris les principes généraux de celui-ci, ne comporte pas de règles communes à cet effet », préfigurant, de cette façon, les empiètements futurs du droit de l'Union sur ladite autonomie. Les atteintes répétées à l'autonomie procédurale des États membres résultent de l'effort conjugué de la Cour de justice (a) et du législateur de l'Union (b).

---

[766] CJUE, 9 mars 2010, *Commission c/ Allemagne*, aff. C−518/07,pt 55.

[767] Article 28 de la Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

[768] PLATON S., L'autonomie institutionnelle, précité, p. 480.

a. Les atteintes à l'autonomie procédurale par la Cour de justice

383. À la différence de l'autonomie institutionnelle qui jouit *a priori* d'une portée absolue, l'autonomie procédurale apparait, d'emblée, limitée car encadrée par la Cour de justice. Dès les arrêts *Rewe* et *Comet* de 1976[769], le juge communautaire a laissé entendre que le renvoi aux modalités procédurales est soumis au respect des principes d'équivalence et d'effectivité que la jurisprudence postérieure s'est attachée à affiner[770]. En effet, il y est clairement indiqué qu'il appartient à l'ordre juridique interne de « désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire étant entendu que ces modalités ne peuvent être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne »[771]. L'on voit bien que la limitation s'attache à la seule branche *procédurale* de l'autonomie. Aussi peut-on affirmer qu'« équivalence et effectivité sont intimement liées à la notion même d'autonomie procédurale, telle que définie par la Cour de justice dans ses arrêts de 1976 »[772]. L'encadrement de l'autonomie procédurale est tout à fait justifié puisque les modalités procédurales touchent aux recours par lesquels les particulier peuvent réclamer, devant les juges nationaux, la sauvegarde des droits qu'ils tirent du droit de l'Union.

384. Dès 1968, dans l'arrêt *Salgoil,* la Cour de justice affirmait que les juges nationaux doivent sauvegarder les intérêts des justiciables « en leur assurant une protection directe et immédiate »[773]. Équivalence et effectivité visent donc à assurer une protection juridictionnelle effective des justiciables. La jurisprudence *Rewe* et *Comet* qui concernait la question de la répétition de l'indu en matière de taxes d'effet équivalent à des droits de douane semblait concevoir l'autonomie de façon large puisque la Cour de justice ne s'était pas opposée, en l'espèce, à la fixation de délais « raisonnables » de recours à peine de forclusion, considérant qu'il s'agissait d'une application du principe de sécurité juridique qui protège le contribuable et l'administration.

385. La jurisprudence *post-Rewe et Comet* s'est toutefois montrée plus intrusive bien que l'ingérence dans les modalités procédurales n'ait pas été systématique. L'on citera l'arrêt *Simmenthal*, rendu peu de temps après, dans lequel la Cour de Luxembourg estima qu'était incompatible avec le droit de l'Union toute disposition ou pratique ayant pour effet de

---

769 CJCE 16 décembre 1976, *Rewe*, C- 33/76 et *Comet,* C-45/76.

770 Dans les premiers arrêts, ces deux principes ne sont pas formellement désignés mais le concept apparait déjà.

771 CJCE 16 décembre 1976, *Rewe*, C- 33/76, pt 5.

772 ROCCATI M., « *Quelle place pour l'autonomie procédurale des États membres* ? », Revue Internationale de Droit Economique, 2015, n°4, pp. 429-439.

773 CJCE, 19 décembre 1968, *Salgoil,* aff. 13-68.

diminuer l'efficacité de ce droit par le fait de refuser au juge le pouvoir de faire tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions nationales formant obstacle à la pleine efficacité du droit communautaire[774]. La Cour de justice n'hésita pas à imposer l'efficacité du droit de l'Union face à des règles constitutionnelles en condamnant l'obligation faite au juge interne de saisir une Cour constitutionnelle. En raison de l'interventionnisme croissant de la Cour de justice dans l'autonomie procédurale des États membres, certains auteurs ont soutenu que le principe d'autonomie était fictif[775]. C'est surtout à partir des années 1990 que le juge européen a semblé remettre en cause, par plusieurs arrêts, la notion même d'autonomie procédurale[776]. Comme précisé plus haut, c'est sur le principe d'effectivité et non d'équivalence que la Cour de justice s'est, le plus fréquemment, fondé pour restreindre ladite autonomie[777].

b. Les atteintes à l'autonomie procédurale par le législateur européen

386. Outre la Cour de justice, le législateur a également contribué à fragiliser l'autonomie des États membres en investissant, à plusieurs reprises, le domaine procédural. L'immixtion de ce dernier dans les modalités procédurales nationales est motivée par le souci de garantir une protection juridictionnelle effective des droits que les particuliers tirent du droit de dérivé de l'Union européenne. À partir des années 1990, certains instruments ont donné la possibilité aux particuliers d'intenter une action devant les juridictions nationales afin de faire valoir leurs droits comme la directive *96/71/CE* du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services[778]. L'on peut aussi mentionner la directive *84/450/CEE* qui prévoyait l'obligation pour les États membres d'assurer des moyens efficaces pour contrôler la publicité trompeuse dans l'intérêt des consommateurs. Ces moyens devaient permettre aux personnes ayant un intérêt légitime à l'interdiction de la publicité trompeuse d'intenter une action contre cette publicité[779].

387. Plus récemment, et de façon assez remarquable, une directive adoptée en 2014 dans le domaine des actions en dommages et intérêts pour les infractions au droit de la concurrence a

---

774 CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal,* aff. 106-77, Rec. 629.

775 MILLET F.-X., L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres, dir. DE WITTE B. et MARCOU G., soutenue à European University Institute, 2012, p 314. KAKOURIS C., « Existe-t-il une « autonomie » procédurale judiciaire des États membres ? », in État, loi, administration. Mélanges en l'honneur de Epaminondas Spiliotopoulos, Bruylant, 1998, p. 159. PRECHAL S., « Community Law in National Courts : The Lessons from Van Schijndel », (1998) 35 CMLR, p. 681, sp. 687s.

776 CJCE, 19 juin 1990, *Factortame, a*ff. C-213/89 ; CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik,* aff. jointes C-143/88 et C-92/89; CJCE, 9 novembre 1995, *Atlanta,* aff. 465/93.

777 Cette problématique sera abordée plus précisément dans la seconde partie de cette thèse.

778 JO L 018, 21 janvier 1997, pp. 1-6, article 6.

779 Directive 84/450/CEE, voir : article 4.

pu encadrer les règles nationales par lesquelles les personnes ayant subi un préjudice peuvent exercer leur droit de réparation. La directive a pour objet de fixer les règles coordonnant la mise en œuvre des règles de concurrence par les États membres et leur mise en œuvre dans le cadre d'actions intentées devant les juridictions nationales[780]. Reprenant la jurisprudence, l'article 4 de celle-ci prévoit que conformément au principe d'effectivité, les États membres veillent à ce que les procédures soient conçues et appliquées de manière à ne pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice du droit à réparation du préjudice causé par une infraction au droit de la concurrence. Conformément au principe d'équivalence, ces règles ne doivent pas être moins favorables que celles régissant les actions similaires en dommages et intérêts découlant d'infractions au droit national[781]. Précisons encore que l'intensité de cet encadrement varie en fonction des instruments normatif, ces derniers pouvant être plus ou moins précis et détaillés.

---

[780] *Ibid*., article 1.

[781] Directive *2014/104/UE* du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, JO L 349, 5 décembre 2014, pp. 1-19.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

388. Après avoir montré que suivant le modèle du fédéralisme constitutionnel, la subsidiarité pouvait être considérée, du fait de sa double dimension politique et juridique, comme un principe de droit constitutionnel de l'ordre juridique de l'Union, la question de savoir si le même principe pouvait être qualifié de principe de droit administratif européen a pu se poser. Contrairement à ce qui est souvent avancé, la subsidiarité n'a pas seulement vocation à régir l'activité législative car la problématique fédérale de la répartition des compétences entre l'Union et les États peut également concerner la question des compétences d'exécution. À ce titre, il nous a paru pertinent de convoquer le modèle du fédéralisme d'exécution — que connaissent des États fédéraux comme l'Allemagne et la Suisse — dans la mesure où la subsidiarité trouve à s'exprimer dans le domaine de l'activité d'exécution du droit fédéral. À la différence du fédéralisme américain dans lequel les compétences d'exécution de la fédération sont en corrélation directe avec ses compétences législatives, le fédéralisme d'exécution allemand ou suisse est marqué par la décentralisation exécutive. Aussi la subsidiarité apparait-elle comme un principe de droit administratif fédéral.

389. La décentralisation dans la mise en oeuvre du droit de l'Union peut être interprétée comme une expression du principe de subsidiarité dans la sphère administrative. Ainsi, le modèle de l'administration indirecte de l'Union européenne peut-il être assimilé, dans une certaine mesure, au modèle du fédéralisme d'exécution qui se fonde précisément sur le principe de subsidiarité. La subsidiarité exécutive s'exprime, comme nous l'avons montré, de deux façons : d'une part, conformément au principe de l'administration indirecte, les États membres disposent d'une compétence de principe dans l'exécution, la mise en oeuvre et le contrôle de l'application du droit de l'Union, c'est-à-dire que les autorités nationales, y compris judiciaires, sont en ce domaine prioritaires par rapport aux institutions européennes. C'est aussi ce que traduit, en matière juridictionnelle, le concept de subsidiarité juridictionnelle dans la mesure où le juge national est qualifié de juge européen de droit commun. D'autre part, et de façon corrélative, les États membres disposent d'une certaine autonomie, dont l'étendue peut être variable, dans l'exercice de leurs compétences d'exécution. Cela signifie que les autorités nationales, lorsqu'elles appliquent le droit de l'Union où qu'elles en contrôlent la bonne exécution, se voient attribuer une certaine marge de liberté afin d'adapter les exigences européennes aux spécificités nationales. C'est ce que cherchent à traduire les notion d'autonomie institutionnelle/procédurale et, là encore, de subsidiarité juridictionnelle.

CONCLUSION DU TITRE I

390. Le choix d'une approche comparative pour traiter d'un principe comme la subsidiarité semble justifié dans la mesure où ce dernier présente des analogies évidentes avec des principes fédéraux, consacrés ou non, au coeur de la plupart des États à structure fédérale, tant en Europe qu'en Amérique. Placée dans une perspective comparatiste, la subsidiarité révèle ainsi que l'Union européenne n'est pas/plus indifférente à la question « fédérale » de la répartition des compétences entre l'Union et les États et qu'elle y apporte une réponse proche des solutions retenues par les grands systèmes fédéraux, tant en ce qui concerne le partage des compétences législatives que des compétences d'exécution. Sous l'angle du fédéralisme constitutionnel, il s'avère que la subsidiarité agit directement sur l'attitude du législateur européen — que l'on peut assimiler à un législateur fédéral — en ce qu'elle lui impose de s'assurer que son intervention respecte l'autonomie des États et n'empiète pas, de façon excessive, sur les compétences de ces derniers. Le respect de la subsidiarité par les institutions européennes fait, dans un second temps, l'objet d'un contrôle juridictionnel que l'on peut raisonnablement assimiler à un contrôle de type constitutionnel, sur le modèle d'une Cour Suprême américaine (États-Unis et Canada) ou de la Cour constitutionnelle allemande. À cette occasion, le juge européen doit revêtir l'habit d'un arbitre fédéral destiné à trancher, de façon impartiale, les litiges opposant l'Union aux autorités étatiques, même si l'expérience démontre que les juges fédéraux ont tendance, en pratique, à favoriser la fédération au détriment des États fédérés. Il est intéressant de noter que le juge de l'Union fait l'objet des mêmes critiques. Malgré les limites inhérentes à la nature de l'Union comme l'absence d'une structure étatique, l'importance de la Cour de justice mérite d'être soulignée. En effet, alors même qu'elle ne saurait être qualifiée de Cour suprême, en l'absence de hiérarchie entre cette dernière et les juridictions nationales, son rôle demeure central puisqu'elle veille, aux cotés des juges nationaux et dans le respect de la subsidiarité, à la bonne application du droit de l'Union. À cet égard, le modèle du fédéralisme coopératif et du fédéralisme d'exécution présente un grand intérêt pour l'Union puisque l'on retrouve une certaine analogie dans l'exécution indirecte du droit européen et la mise en oeuvre décentralisée du droit fédéral de l'Allemagne ou de la Suisse, ainsi que dans le recours à des mécanismes de régulation et de contrôle comme le principe de coopération loyale/fidélité fédérale. En plus d'être un principe « constitutionnel » régissant l'action du législateur de l'Union, la subsidiarité peut être qualifiée de principe « administratif » européen. Il semble donc permis de voir dans la subsidiarité européenne, au fondement de l'administration indirecte et de l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres, un principe de droit administratif fédéral.

Titre II. Un instrument de fédéralisation

391. Si dans une optique descriptive et une approche résolument statique, la notion de subsidiarité recèle une valeur heuristique en ce qu'elle permet de découvrir, tant sur le plan matériel qu'institutionnel, certaines convergences entre l'Union européenne et des structures fédérales, les analogies avec les expériences étatiques – fussent-elles fédérales – se heurtent à des limites tenant à la nature même de l'Union européenne. En effet, l'Union n'étant pas un État, les fondements du droit européen — tant constitutionnel qu'administratif —diffèrent nécessairement de ceux des structures fédérales de type étatique. Comme le rappelle inlassablement la doctrine, si les États ont par définition une compétence générale sur leur territoire, l'Union européenne reste encore soumise au principe d'attribution propre aux organisations internationales[782]. Le principe de subsidiarité ne saurait, par conséquent, éclipser le principe d'attribution, le premier n'étant qu'un principe de régulation de l'exercice des compétences, lesquelles sont attribuées par les États. Dès lors, le système de compétences de l'Union européenne ne peut être pleinement assimilé à ceux des ordres juridiques nationaux. Aussi faut-il éviter à tout prix de tomber dans l'écueil d'une approche stato-centrée, en se référant aveuglement aux catégories du droit constitutionnel ou administratif interne, pour analyser la construction européenne, même si des comparaisons entre le système institutionnel de l'Union et le fédéralisme américain ou allemand sont toujours possibles[783].

392. Une autre voie est néanmoins envisageable pour étudier le principe de subsidiarité sous l'angle du fédéralisme. En effet, on peut appréhender ce principe dans une perspective plus dynamique et une approche exploratoire. Principe de philosophie sociale devenu une règle politico-juridique, la subsidiarité se présente comme un outil conceptuel inépuisable pour la pensée fédéraliste. De façon quelque peu spéculative et dans une logique plus prescriptive ou normative, sans pour autant verser dans l'utopie ou la fantaisie, le principe de subsidiarité peut être envisagé comme un instrument de « fédéralisation » de l'Union européenne. Encore s'agit-t-il de définir plus précisément ledit fédéralisme au déploiement duquel un principe comme la subsidiarité pourrait contribuer et d'interroger le rôle de la Cour de justice dans la mesure où les juridictions sont souvent engagées dans un tel processus[784].

---

[782] ZILLER J., « « Les concepts d'administration directe, d'administration indirecte et de coadministration et les fondements du droit administratif européen » in Traité de droit administratif, précité, p. 330.

[783] PETIT Y., BARBATO J.-C., Pluralité conceptuelle et renouvellement du débat sur la nature juridique de l'Union européenne, rapport introductif général in L'Union européenne, une Fédération plurinationale en devenir ?, Bruylant, 2015., p. 10.

[784] ORBAN E. *et al.. Fédéralisme et cours suprêmes, précité. p. 24.*

393. Envisager la subsidiarité comme un instrument au service de la fédéralisation de l'Union implique, bien entendu, d'appréhender la construction européenne sous un angle fédéral. L'hypothèse fédéraliste étant, depuis toujours, l'objet d'une vive controverse au sein des États membres, il conviendra de revenir sur la définition même du phénomène fédéral. Cette clarification s'impose d'autant plus fortement que les limites de la distinction canonique entre l'État fédéral et la Confédération ont incité la doctrine la plus récente à redéfinir la notion de Fédération à la lumière de l'expérience de l'intégration européenne. Dans cette optique, le fédéralisme est à distinguer de tout « étatisme », c'est-à-dire que l'on doit renoncer à appréhender le phénomène fédéral en recourant à une démarche « stato-centrée ». Cela suppose de concevoir le fédéralisme moins comme une structure qu'un processus, moins comme un résultat définitif à atteindre qu'un équilibre vers lequel il faut tendre. Équilibre toujours précaire en ce qu'il s'agit de concilier l'unité et la diversité, l'autorité de l'échelon fédéral et l'autonomie des échelons fédérés, l'approche comparative ayant montré que les systèmes fédéraux apportent à cette question des réponses diverses. En outre, l'expérience révèle qu'au sein d'une même structure fédérale, les rapports entre les forces centripètes et les forces centrifuges peuvent considérablement varier dans le temps. Aussi convient-il de privilégier une approche dynamique et ouverte, et non statique ou dogmatique, du fédéralisme. En cela, le fédéralisme présente des affinités électives aussi bien avec l'Union européenne — en tant que construction inachevée — que le principe de subsidiarité dont le caractère dynamique et la réversibilité ont déjà été soulignés. En effet, la double dimension — ascendante et descendante — du principe de subsidiarité qui permet, en fonction des circonstances, de procéder à une lecture centralisatrice ou décentralisatrice de l'intégration épouse parfaitement la dialectique fédérale de l'unité et la diversité.

394. La fédéralisation doit donc être soigneusement distinguée du processus d'étatisation mais également d'autres processus, concurrents ou concomitants, de centralisation et d'intégration. Comme le rappelle E. Orban, on ne peut pas traiter du processus de fédéralisation sans évoquer la question de l'intégration et de sa nature dans la mesure où les Cours suprêmes sont impliquées dans le double processus de fédéralisation-intégration[785]. Ces Cours peuvent simultanément accélérer d'autres processus parallèles tels que ceux de centralisation, d'unification, voire d'assimilation. Or, si ces trois derniers mouvements sont poussés à l'extrême, le fédéralisme est vidé de sa substance car alors « que reste-t-il comme marge de manoeuvre ou autonomie en ce qui concerne les unités de base composant la

[785] *Ibid.*, p. 24.

fédération ? »[786] Dans la mesure où les juridictions — Cours suprêmes américaines, Cours constitutionnelles européennes ou Cour de justice de l'Union — sont censées interpréter une constitution ou quasi-constitution, elles sont souvent amenées, parfois malgré elles, à jouer le rôle d'arbitre entre deux niveaux de gouvernement. À ce titre, la Cour de justice semble bien se situer « au début d'un processus de fédéralisation largement amorcé »[787].

395. Appréhender la construction européenne à travers la dimension dynamique du fédéralisme nous permet d'envisager l'Union européenne, non comme un État fédéral, mais comme une Fédération, une Fédération toujours en cours d'élaboration néanmoins car « l'intégration européenne n'est pas un être mais un devenir »[788]. Dans la mesure où la « fédéralisation » de l'Union européenne n'implique pas son « étatisation », l'autonomie des États membres et *a fortiori* leur existence ne doivent pas être menacées. En effet, la fédéralisation ne suppose pas la poursuite d'une plus grande centralisation et ne correspond pas nécessairement à la mise en place d'un État — fût-il fédéral. Elle ne requiert, pas davantage, une intégration économique poussée à son paroxysme. Bien au contraire, la prise en compte de l'autonomie et de l'identité des États membres ainsi que le respect de la diversité au sein de l'Union sont les traits distinctifs de toute structure fédérale ayant atteint un stade de maturation avancé. En cela, le concept de Fédération d'Etats-nations, malgré les critiques dont il a pu faire l'objet à l'époque, recèle une certaine pertinence. C'est ce qui explique qu'un certain nombre d'auteurs ont, plus récemment, jugé bon de redéfinir celui-ci en proposant l'expression « Fédération plurinationale » qui semble plus appropriée dans la mesure où tous les États, en Europe, ne sont pas des nations. À cet égard, l'activation de la subsidiarité descendante pourrait offrir l'occasion à l'Union européenne de s'ériger en une véritable Fédération respectueuse non seulement de l'autonomie nationale mais également régionale et locale. En partant de l'hypothèse que le fédéralisme est un processus, un principe comme la subsidiarité pourrait, du moins virtuellement, contribuer au déploiement fédéral de l'Union européenne (Chapitre I). Il ressort cependant de l'état actuel de nos recherches que le potentiel fédéraliste du principe de subsidiarité est insuffisamment exploité par les institutions de l'Union pour espérer fédéraliser l'Europe (Chapitre II).

---

[786] *Ibid., p. 24.*

[787] *Ibid.*, p. 27.

[788] CONSTANTINESCO L.-J.,, La nature juridique des Communautés européennes, conférence P.-H. Spaak, Liège, 1980, cité par J.-P. Jacqué, op. cit., p. 25.

Chapitre I. Le fédéralisme comme processus : contribution du principe de subsidiarité au déploiement fédéral de l'Union

396. Si l'Union européenne procède d'un projet comportant, dès le début des Communautés, une dimension fédéraliste substantielle, « les pratiques et textes relatifs à l'intégration européenne, tout en puisant largement dans la grammaire fédéraliste, s'abstiennent soigneusement – avec la notable exception du principe de subsidiarité – d'en utiliser le vocabulaire »[789]. De la même façon, les chercheurs ont peu à peu délaissé l'analyse de l'intégration européenne en termes de construction fédérale, au motif qu'une telle étude serait « idéologiquement marquée »[790]. Il est vrai que l'intégration de l'Union tarde à se manifester sur le plan politique. Il est tout aussi vrai que l'expérience de la construction européenne recèle une certaine complexité car l'Union se laisse difficilement appréhender à travers une seule clef de lecture, fût-elle aussi diverse que celle fournie par le fédéralisme[791]. Une partie de la doctrine à laquelle nous nous rattachons estime néanmoins que le paradigme fédéraliste se présente comme le mieux à même, parmi les différentes grilles d'analyse à disposition, de rendre compte de cette complexité[792]. Encore faut-il préciser, malgré la difficulté, la notion de fédéralisme tant il est vrai qu'il n'existe pas un modèle fédéral unique qui serait applicable partout[793].

397. C'est à la lumière des développements doctrinaux les plus récents, mettant l'accent sur la diversité et le caractère dynamique du fédéralisme, qu'il conviendra de s'atteler à une telle tâche afin de saisir le concept de Fédération avec un regard renouvelé[794]. D'autant plus que les théories traditionnelles, fondées sur des approches statiques ne retenant que des caractéristiques institutionnelles et des critères purement formels, ne semblent plus en mesure de saisir les évolutions au sein des systèmes fédéraux modernes. Une manière de dépasser l'opposition entre les catégories traditionnelles que sont l'État fédéral et la Confédération et qui tient à la question controversée de la localisation de la souveraineté, consiste à forger une nouvelle catégorie, celle de « Fédération ». La Fédération serait ainsi une forme

---

[789] LEVRAT N., L'Union européenne : une fédération internationale. In: Gaudreault-Desbiens, Jean-François ; Gélinas, Fabien (Ed.). Le fédéralisme dans tous ses états : gouvernance, identité et méthodologie. *The states and moods of federalism:governance, identity and methodology*. Montréal. Bruxelles : Bruylant, 2005. p. 285-305.

[790] *Ibid*.

[791] BARROCHE J., Théories fédéralistes et Union européenne in Civitas Europa 2017/1 (N° 38), p. 337 à 367.

[792] *Ibid*. Notamment par rapport à l'intergouvernementalisme, constitutionnalisme, gouvernance, cosmopolitisme.

[793] WATTS R., Comparaison des régimes fédéraux des années 1990, Institut des relations intergouvernementales, 1998, p. 1« There is no single pure model of federation that is applicable everywhere ».

[794] POPELIER P., 2019, « Le fédéralisme dynamique », *50 déclinaisons de fédéralisme*. Disponible [en ligne] : https://capcf.uqam.ca/veille/le-federalisme-dynamique/.

d'organisation politique non étatique, apte à désigner à l'avenir la forme que pourrait prendre l'Union européenne. Ce n'est qu'en procédant de cette manière que l'on pourra envisager l'Union sous un angle fédéral. Reste encore à préciser la nature d'une telle Fédération.

398. S'il existe depuis longtemps des définitions du fédéralisme, tant chez les auteurs francophones qu'anglo-saxons, une définition claire et unanime de la notion n'est pas encore établie en doctrine. Aussi constate-t-on un décalage « entre la conception du fédéralisme développée en France et la perception de ce concept par des États ayant adopté cette forme d'organisation » en raison d'une incompréhension de notions comme la souveraineté ou la subsidiarité dont la signification varie en fonction des pays[795]. Ainsi que l'a parfaitement résumé l'auteur d'une thèse sur le fédéralisme, l'existence de notions contradictoires ou opposées, comme la centralisation des compétences malgré une logique décentralisatrice, les principes de séparation, de participation, d'autonomie et de coopération ne peuvent que gêner « un esprit extérieur à cette forme d'organisation », surtout s'il est issu d'un pays unitaire et centralisé comme la France[796]. Nous nous rattachons néanmoins à la vision doctrinale, de plus en plus répandue, qui conçoit le fédéralisme comme « un système dynamique au sein duquel un équilibre constant doit être trouvé entre les forces centralisatrices et les forces décentralisatrices qui organisent la *vie* de la Fédération »[797]. Dans cette optique, le fédéralisme doit être vu comme « un système et pas seulement en fonction de ses structures » car ce qui le caractérise fondamentalement est la recherche de l'adaptabilité et le maintien d'une certaine cohérence. Pour R. Barrué-Belou, le fédéralisme moderne aussi bien que le fédéralisme originel défendent « le droit à la diversité tout en cherchant à créer ou maintenir une solidarité entre les membres ». Aussi le fédéralisme peut-il se définir, en règle général, comme un système évolutif « d'adaptation aux conditions tant historiques, politiques, qu'économiques et culturelles » basé sur une dynamique visant à trouver un équilibre entre des forces opposées, « selon un mouvement de centralisation et de décentralisation »[798]. À des fins de clarté et de simplification, une définition délibérément extensive du fédéralisme sera donnée dans un premier temps. Ainsi peut-on englober dans le phénomène fédéral « toute union volontaire de communautés politiques préexistantes créant ensemble une nouvelle entité politique durable », étant précisé que ces dernières demeurent des corps politiques

---

[795] BARRUÉ-BELOU R., Analyse des outils fédératifs aux États-Unis, au Canada et au Brésil : contribution à l'étude du fédéralisme (Thèse de doctorat, 2014). Université Laval., p. 2.

[796] *Ibid.,* p. 3.

[797] *Ibid.*, p. 60.

[798] *Ibid.*

distincts choisissant « de partager et d'exercer en commun des fonctions essentielles de leur gouvernement »[799].

399. L'intérêt de retenir une approche aussi large réside dans la possibilité d'inscrire le processus d'intégration européenne dans le cadre conceptuel des théories fédéralistes et partant, de poser l'hypothèse d'un « fédéralisme européen »[800]. Cette approche semble encore plus justifiée dès lors que l'on accepte de concevoir le fédéralisme moins comme un état qu'un processus toujours en cours[801]. Processus au déploiement duquel un principe dynamique comme la subsidiarité peut être associé. En effet, comme le relève E. Orban, le processus de fédéralisation s'effectue dans un vaste paramètre allant de l'État unitaire centralisé à la Confédération d'États et n'est pas à sens unique dans la mesure où l'on peut passer d'un processus de désintégration à celui de réintégration selon les pays concernés et les époques. Dans un tel schéma, les juridictions ont nécessairement un rôle à jouer en tant qu'arbitres entre les paliers de gouvernement[802]. Par conséquent, un principe comme la subsidiarité peut se révéler particulièrement utile pour le juge européen en raison de sa justiciabilité mais aussi de sa réversibilité puisqu'il inclut « des virtualités centripètes autant que centrifuges »[803].

400. Les travaux récents sur le fédéralisme tendent à mettre l'accent sur l'aspect dynamique du phénomène fédéral, son caractère processuel, ainsi que la grande hétérogénéité des systèmes fédéraux dans le monde, l'approche comparatiste sous l'angle d'un principe comme la subsidiarité ayant montré que les expériences des États-Unis, du Canada, de l'Allemagne ou de la Suisse sont irréductibles les unes aux autres[804]. Aussi l'Union européenne n'a-t-elle pas besoin de reproduire à l'identique la structure d'un de ces États pour revêtir les habits d'une Fédération. Plus spécifiquement, la question de savoir comment la subsidiarité pourrait contribuer à fédéraliser, activement ou virtuellement, l'Union européenne, devra être traitée. Bornons-nous, pour le moment, à souligner qu'en plus de partager avec le fédéralisme un caractère dynamique propre à assurer l'équilibre entre l'unité et la diversité, équilibre au coeur de la dialectique fédérale, la subsidiarité met l'accent sur des

---

799 BARROCHE J., Théories fédéralistes et Union européenne, précité.

800 *Ibid*.

801 FRIEDRICH C.-J., « Federal Constitutional Theory and Emergent Proposals », *in* A.-W. MACMAHON (éd.), *Federalism, Mature and Emergent*, New York, Doubleday, 1955, pp. 510-533 ; *Europe, An Emergent Nation?*, New York, Harper and Row, 1969.

802 ORBAN E., Fédéralisme et Cours suprêmes, précité, p. 16.

803 MARTUCCI F..,« L'autonomie entre efficacité et proximité. Quelques réflexions sur la subsidiarité », in C. Kessedjian (dir.), *Autonomie et droit européen*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, Collection : « Collège européen de Paris », pp. 21-40.

804 Voir le premier Titre de la première partie.

valeurs chères à la philosophie fédérale comme l'autonomie, la liberté, la limitation du pouvoir ainsi que la proximité démocratique. En effet, on ne saurait traiter du fédéralisme européen en occultant la question de la démocratie dans l'Union. S'agissant de la question de l'autonomie à laquelle la subsidiarité est traditionnellement attachée, du moins dans son aspect descendant, il s'agira de préciser la nature de celle-ci : nationale, régionale ou même individuelle. Quant aux interrogations relatives à la souveraineté ou encore à l'existence d'un peuple européen, si la consécration du principe de subsidiarité ne permet pas de les trancher, un tel principe permet néanmoins d'apporter des pistes de réflexion intéressantes.

401. En ce qui concerne les fondements juridiques de l'Union européenne, s'il est admis que la Confédération se fonde sur un traité international et qu'un État fédéral repose sur une constitution, l'Union européenne se situe dans une position intermédiaire puisqu'elle repose sur une sorte de « pacte fédératif » de nature constitutionnelle mais distinct d'une constitution étatique[805]. Le processus de constitutionnalisation que connait, par ailleurs, l'Union européenne ne désigne pas tant un mouvement inéluctable de transformation des traités en une future constitution fédérale que l'accentuation dans l'ordre juridique de l'Union des caractères constitutionnels qui s'y trouvent déjà[806]. Selon plusieurs auteurs, l'instauration d'une Fédération ne fait pas disparaître le caractère d'unité politique aux États qui la composent puisqu'il n'y a pas de fusion ou d'absorption de ceux-là dans celle-ci. Aussi l'Union peut-elle être qualifiée de « Fédération plurinationale ». En effet, contrairement à un État fédéral, cette dernière ne saurait être « souveraine » en raison notamment de la pluralité des pouvoirs constituants[807]. En partant du constat selon lequel l'Union européenne demeure une construction inachevée au sein de laquelle les États membres gardent un poids important, l'on s'attachera à montrer que celle-ci tend, malgré tout, à se hisser au rang d'une Fédération plurinationale (Section 1). Dans un second temps, seront abordées, plus en détail, les vertus fédéralisantes du principe de subsidiarité (Section 2).

---

[805] ISMAIL HAKKI M., Les droits sociaux et le processus de constitutionnalisation de l'Union Européenne. Droit. Université Nancy 2, 2008, p. 378.

[806] *Ibid*.

[807] DUMONT H. et VAN DROOGHENBROECK S., « La contribution de la Charte à la constitutionnalisation du droit de l'Union européenne », in CARLIER Jean-Yves et DE SCHUTTER Olivier (dir), La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2002, p.1.

Section 1. Une Fédération plurinationale en cours d'élaboration

402. Les réflexions doctrinales et les débats récurrents sur la nature juridique et politique de la construction européenne remontent à la création des Communautés européennes[808]. Si l'on s'accorde généralement à qualifier l'Union européenne d'organisation *sui generis* du fait de sa singularité, il reste que la question de sa qualification n'a pas véritablement été tranchée[809]. Comme le soulignait à l'époque L.-J. Constantinesco, le questionnement sur la nature juridique des Communautés n'est pas, malgré sa dimension théorique et sa grande complexité, aussi « stérile que l'était la fameuse controverse sur le sexe des anges ». Loin d'être stérile, la question est, au contraire, cardinale car y répondre permet de comprendre ce que sont les Communautés, « ce qu'elles peuvent ou doivent être »[810]. C'est pourquoi, l'absence de consensus parmi les commentateurs, la controverse doctrinale et le silence des traités sur la question ne doivent pas nous dissuader de toute entreprise de qualification. Dans la mesure où le fédéralisme nous apparait particulièrement propice à « l'appréhension de la construction européenne dans sa globalité »[811], ainsi que dans sa dynamique, nous retiendrons la grille d'analyse fournie par les théories fédéralistes. Encore faudra-t-il affiner ce cadre conceptuel. Si, comme le rappelle M. Kieffer, les auteurs internistes assimilent volontiers l'Union européenne à un « État fédéral partiel ou en devenir », les internationalistes la conçoivent encore comme une « Confédération » tout en admettant qu'elle présente certaines spécificités au regard du droit international classique. Une telle ambiguïté se retrouve jusque dans la consécration même du principe de subsidiarité et dans la nature, politique et juridictionnelle, des mécanismes de garantie et de contrôle qui lui sont attachés. En effet, si pour les tenants de l'intergouvernementalisme, l'introduction du principe de subsidiarité dans le traité de Maastricht visait exclusivement à revaloriser le poids des États membres dans la construction européenne[812], ce qui tendrait à valider l'hypothèse confédérale, des fédéralistes convaincus, à l'instar de A. Spinelli, ont toujours défendu la consécration de ce principe dans

---

808 CONSTANTINESCO L.-J., *La nature juridique des Communautés européennes,* Leçon, Fondation P.-H. Spaak, Université de Liège, 23 novembre 1978, p.155 : CONSTANTINESCO V., Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes. Contribution à l'étude juridique des Communautés, L.G.D.J., 1974, p.7.

809 Comme le note L.-J. Constantinesco, la qualification *sui generis* est loin d'être satisfaisante pour décrire l'organisation européenne car c'est la catégorie à laquelle les juristes ont recours lorsqu'ils sont embarrassés, in CONSTANTINESCO L.-J., *La nature juridique des Communautés européennes,* précité. En effet, malgré sa pertinence pour décrire l'Union européenne, le terme « sui generis » ne nous renseigne pas sur sa nature.

810 *Ibid*.

811 KIEFFER Maeve, *Recherches sur l'identité de l'Union européenne*, thèse, Strasbourg, 2015, p.37.

812 Selon la théorie de l'intergouvernementalisme, les États instaurent et font évoluer des organisations internationales afin de poursuivre leurs seuls intérêts. MARCHAND-TONEL X., « La subsidiarité, un enjeu des débats sur l'Union européenne » Présentation du dossier, *Droit et société,* 2012/1 n° 80, p 7

le droit primaire[813]. En outre, sur le plan des garanties, la question de l'organe — politique ou juridictionnel — chargé de contrôler le respect de la subsidiarité est également significatif. En effet, si le recours à des organes politiques, comme le fait de confier le contrôle de subsidiarité aux Parlements nationaux, tend à faire basculer l'Union dans un système confédéral[814], ainsi que le souligne V. Constantinesco, la solution juridictionnelle visant à confier le contrôle ultime à la Cour de justice de l'Union européenne inscrit davantage l'Union dans la logique du fédéralisme, eu égard à l'importance que revêt dans une Fédération l'organe juridictionnel censé être un arbitre des conflits de compétence.

403. À la lumière des travaux doctrinaux les plus récents qui cherchent à développer une acception souple du fédéralisme, l'on retiendra le concept de Fédération pour qualifier l'Union européenne et tenter de dépasser le clivage traditionnel entre État fédéral et Confédération. Dans la mesure où l'Union européenne reste une construction inachevée, le processus d'intégration étant toujours en cours, elle ne peut qu'être une Fédération *en devenir* (paragraphe 1). En outre, la singularité de l'Union européenne ne doit pas être négligée, eu égard à l'importance et au poids de ses États membres. C'est pourquoi, il n'est pas inutile de préciser qu'elle doit être une Fédération *plurinationale* (paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'Union européenne comme Fédération en devenir

404. Comme le suggère J. Barroche, les analyses prenant pour base le seul droit positif se heurtent à des limites puisque « tout phénomène fédéral se révèle nécessairement évolutif, variable et changeant, et n'aboutit pas automatiquement à ce que la doctrine juridique classique a pris l'habitude de labelliser 'fédéralisme' sur la base d'un repérage statique de certains éléments structurels »[815]. En tant qu'« objet doctrinal non identifié », l'Union européenne faisait traditionnellement l'objet de deux types de débats : un débat politique divisant les partisans d'une Europe fédérale à ceux d'une Europe intergouvernementale et un débat plus juridique opposant les catégories classiques d'État fédéral et de Confédération d'États »[816]. Prenant acte des limites des catégories juridiques

---

[813] Mentionnons le fameux Projet Spinelli — dont les auteurs se revendiquaient du fédéralisme — adopté, en 1984, par le Parlement européen mais finalement rejeté par les Etats. Ce projet de traité instituant une Union d'inspiration fédérative préconisait la consécration du principe de subsidiarité dans le domaine des compétences concurrentes de la Communauté. A cette époque, les Etats ont clairement rejeté l'introduction du principe de subsidiarité dans les traités censé favoriser une Union de nature fédérale.

[814] CONSTANTINESCO V., « Brève note sur la répartition des compétences comme clé de la future constitution européenne ? », *in Cinquante ans de droit communautaire. Mélanges en hommage à Guy Isaac*, T. 1 ? Toulouse, Presses de l'Université de sciences sociales de Toulouse, 2004, p. 163.

[815] BARROCHE J., Théories fédéralistes et Union européenne in Civitas Europa 2017/1 (N° 38), p. 337 à 367.

[816] *Ibid*., p.46.

traditionnelles, certains auteurs ont récemment mis en lumière le concept de Fédération. Cette relecture du fédéralisme nécessite toutefois de renoncer au modèle conceptuel étatique pour tenter de « comprendre et décrire la Fédération »[817]. Sous l'angle des théories fédéralistes classiques, l'Union européenne se situe, en tant que construction inachevée, entre deux modèles, l'État fédéral et la Confédération (A). Il nous semble cependant plus pertinent, au regard des insuffisances du paradigme doctrinal classique, de renouveler les termes du débat en qualifiant l'Union européenne de Fédération — fût-elle *en devenir* (B).

A. L'Union européenne, entre Confédération et État fédéral

405. Si du point de vue des théories classiques du fédéralisme et des concepts traditionnels du droit public, interne ou international, l'on distingue scrupuleusement l'État fédéral de la Confédération, force est de constater que l'Union européenne présente un caractère hybride car elle n'entre dans aucune de ces deux catégories tout en empruntant des aspects à l'une et à l'autre. En effet, si le système européen n'est que partiellement confédéral dans la mesure où cette organisation d'intégration dépasse la simple Confédération (1), il semblerait que l'Union européenne n'ait pas vocation non plus à s'ériger en État — fût-il fédéral — en raison du refus de ses membres de renoncer à leur souveraineté (2).

1. Un système partiellement confédéral

406. Par certains de ses aspects, l'Union européenne peut, aujourd'hui encore, être rapprochée d'une Confédération d'États et être étudiée à ce titre sous l'angle du droit international public. La doctrine internationaliste rappelle ainsi que celle-ci demeure fondamentalement une organisation internationale dans la mesure où elle reste juridiquement fondée sur des accords internationaux conclus et ratifiés par des États souverains. À la différence des États-Unis, du Canada, de l'Allemagne, ou de la Suisse (dont l'appellation de Confédération ne doit pas nous abuser), l'Union européenne est fondée sur des traités. La Constitution américaine, la Loi constitutionnelle canadienne, la Loi fondamentale allemande et la Constitution fédérale de la Confédération suisse confèrent à ces Fédérations un caractère proprement étatique. En l'absence d'une constitution fédérale, l'Union reste à certains égards une simple Confédération dépourvue de souveraineté. Suite à l'échec du Traité établissant une Constitution pour l'Europe qui avait vocation à remplacer les deux grands traités par un texte nouveau[818], le traité de Lisbonne, entré en vigueur le 1er décembre 2009, a repris les textes

---

[817] BEAUD O., Théorie de la fédération, Paris, Presses Universitaires de France, 2009, 456 p., P. 63.

[818] Deux référendums sur l'adoption du traité constitutionnel avaient donné un résultat négatif, en mai et juin 2005.

antérieurs tout en les rebaptisant[819]. Si le Traité dit constitutionnel avait clairement pour ambition de doter l'Union européenne de certains symboles propres aux États[820], à commencer par le terme « Constitution », il restait, sur un plan juridique, un traité international. Le traité de Lisbonne a d'ailleurs repris dans une large mesure les innovations apportées par son prédécesseur sur le fond, comme la rationalisation de la répartition des compétences entre l'Union et les États membres, tout en renonçant à son ambition constitutionnelle du fait de la suppression des connotations formelles allant en ce sens.

407. Depuis le début, donc, l'Union européenne repose sur des traités internationaux et la parenthèse du « fiasco constitutionnel »[821] de 2005 montre bien que les États qui sont les « Maîtres des Traités »[822], pour reprendre une expression empruntée à la Cour constitutionnelle allemande, ne sont pas prêts à abandonner leurs privilèges. D'ailleurs, la Cour de Karlsruhe n'a pas hésité à qualifier l'Union européenne de « regroupement d'États souverains » *(« Verbindung souverän bleibender Staaten »*[823]) dans sa décision *Lisbonne* relative à l'examen du traité du même nom. Le juge allemand dénie formellement à l'Union toute prétention à s'ériger en État fédéral (« *Bundesstaat* »[824]) car la caractéristique que l'Union repose sur des traités implique que la souveraineté réside, aux yeux du juge allemand, non pas dans l'Union, mais dans les États membres. Reprenant la théorie de l'État de laquelle découle la notion de souveraineté *(« Souveränität »)*, la Cour constitutionnelle allemande en tire les conséquences les plus rigoureuses, à savoir l'absence d'un ordre juridique autonome[825] et de la compétence de la compétence (« *Kompetenz-Kompetenz »*[826]). Bien que la rhétorique employée par la Cour constitutionnelle puisse être considérée comme étrangement souverainiste[827], il n'est pas moins vrai qu'à défaut d'être juridiquement fondée sur une constitution, l'Union se rattache, dans une certaine mesure, à la catégorie de la

---

[819] Le *Traité instituant la Communauté européenne,* renommé *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* (TFUE) et le *Traité sur l'Union européenne*.

[820] Ainsi, l'article I-8 indiquait expressément que les symboles de l'Union étaient le drapeau de l'Union représentant « *un cercle de douze étoiles d'or sur fond bleu* », l'hymne tiré de l'«*Ode à la joie» de la Neuvième symphonie de Ludwig van Beethoven*, la devise «*Unie dans la diversité»,* l'euro comme monnaie unique. L'article indiquait aussi que *« la journée de l'Europe est célébrée le 9 mai dans toute l'Union »*.

[821] NICOLAÏDIS K., « UE : Un moment tocquevillien », *Politique étrangère* 2005/3 (Automne), p. 495-509.

[822] *« Herren der Verträge » :* § 231 et 235 de la décision *Lisbonne : BVerfGE 123, 267*.

[823] *Ibid.,* § 229.

[824] *Ibid*., § 228.

[825] *Ibid*., § 231.

[826] *Ibid*., § 233

[827] MILLET F. X., L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres, LGDJ, 2013. L'auteur note que si *« le droit allemand tend en général à faire un usage modéré du concept de souveraineté, le jugement de la Cour constitutionnelle fédérale relative au traité de Lisbonne se singularise tout d'abord par le fait que la rhétorique de l'État souverain est omniprésente »., p. 103*.

Confédération, c'est-à-dire une organisation internationale, fût-elle *sui generis*. En effet, comme l'a souligné le juge constitutionnel allemand, les traités sont adoptés par des États souverains et indépendants, et ils sont révisés à l'unanimité[828]. Aux États-Unis, par exemple, la révision de la Constitution ne nécessite pas l'approbation de tous les États fédérés[829]. Par ailleurs, contrairement à un État fédéral, les membres d'une Confédération peuvent décider, unilatéralement, d'en sortir. C'est, là aussi, un élément caractéristique de la distinction traditionnelle entre une Constitution et un traité international. Une Confédération d'États souverains ne peut que reconnaitre un droit de retrait de l'association à ses membres et c'est ce qui fait un critère essentiel pour la distinguer de l'État fédéral qui interdit toute sécession[830].

408. Une des conséquences majeures de l'appartenance à un État fédéral est l'impossibilité pour les États fédérés qui en sont membres d'en sortir de façon unilatérale. Même si aucune clause expresse ne l'interdit, le droit de sécession unilatéral doit être exclu dans la mesure où les principes issus du droit international ne sauraient s'appliquer[831]. Comme l'a relevé, L. Dechatre, la plupart des auteurs considèrent que les membres d'un État fédéral sont dans une relation de subordination par rapport aux autorités fédérales, ce qui rend impossible tout droit de sécession[832]. Les travaux de G. Jellinek[833], P. Laband[834] et L. Le Fur[835] s'inscrivent dans ce sens. Pour certains auteurs, l'exemple de la guerre de Sécession des États-Unis qui a actualisé le conflit de souveraineté montre que l'État fédéral est véritablement né à cette époque[836]. Aux États-Unis, la guerre de sécession, perçue comme une véritable guerre civile, a débouché sur la victoire des Unionistes contre les Sécessionnistes. C'est donc l'argumentation des premiers qui s'est imposée et qui a été transposée, par la Cour Suprême, dans l'arrêt *Texas v. White* de 1868[837]. Celle-ci présente le droit de sécession comme un droit conditionné à l'accord des États fédérés et non comme un droit unilatéral. C'est sensiblement la même interprétation qui sera reprise par la Cour suprême du Canada.

---

828 L'article 48 TUE précise que *« les modifications entrent en vigueur après avoir été ratifiées par tous les États membres conformé ment à leurs règles constitutionnelles respectives »*.

829 Voir l'article 5 de la Constitution américaine.

830 PARENT C., L'état des fédérations, Tome 2 : Sécession et fédéralisme, Presse de l'Université du Québec.

831 GREBER A., Die Vorpositiven Grundlagen des Bundesstaates, éd. Helbing & Lichtenhahn, 2000, p.186.

832 DECHATRE L., Le pacté fédératif, précité, p. 42.

833 JELLINEK G., *Die Lehre von den Staatenverbindungen,* Goldbach, éd. Keip, 1996, p.52.

834 LABAND P., Le Droit public de l'Empire allemand, t.1, trad. de GANDILHON (C.), Paris, éd. Giard et Brière, 1900, p.56.

835 LE FUR L., L'Etat fédéral et la Confédération d'Etats, éd. Panthéon-Assas, 2000, p. 541.

836 BEAUD O., « Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération », RDP, no 1, 1998, p. 112.

837 *Texas v. White*, 74 U.S. (1 Wall.), 700 (1868).

409. Bien avant la question de la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne, le fédéralisme canadien a été confronté à l'hypothèse d'un retrait de la province du Quebec. En effet, un parti souverainiste qui faisait valoir l'indépendance du Québec a organisé, en 1995, un référendum sur la souveraineté de la Province[838]. Sollicitée pour clarifier l'hypothèse d'une possible sécession d'un État fédéré, en l'absence d'une clause constitutionnelle prévoyant ou interdisant un droit de retrait, la Cour Suprême a dû se prononcer sur une problématique touchant à l'existence même du fédéralisme canadien. Il est intéressant de relever que c'est à cette occasion que la Cour suprême a reconnu la subsidiarité comme principe d'interprétation du partage des compétences. La lecture structurelle du principe du fédéralisme proposée dans le *Renvoi sur la sécession du Québec d*e 1998[839] comprenait une déclaration de la Cour selon laquelle la structure fédérale du Canada « facilite aussi la participation démocratique des pouvoirs au gouvernement pensé pour être le plus adapté à la réalisation de l'objectif sociétal donné compte tenu de cette diversité »[840]. Dans cette décision, la Cour a insisté sur les principes relatifs au fédéralisme, à la démocratie et au respect des minorités et consacré un droit constitutionnel à la sécession, tout en encadrant fermement sa mise en œuvre. Ainsi déclarait-t-elle illégale toute sécession unilatérale et conditionnait-t-elle le droit de sécession à la tenue d'un référendum. Elle a également imposé, dans une hypothèse de référendum positif, la tenue de négociations et un principe de bonne foi de la part des acteurs politiques. Il reste que le Québec ne s'est pas retiré, faute d'une majorité claire en faveur d'une sécession, contrairement au Royaume-Uni dont le référendum sur la sortie de l'Union s'est soldé par une réponse positive à la question. Le droit de retrait de l'Union européenne que le récent *Brexit* a mis en lumière semble ainsi inscrire cette organisation dans une grille de lecture résolument confédérale.

410. La distinction traité/constitution n'est pas un simple artifice terminologique car un tel clivage implique également la souveraineté du peuple fédéral dans la mesure où « il devient impossible de concevoir l'État fédéral à l'image d'un pacte unissant plusieurs peuples souverains ayant conservé le droit de recouvrer leur indépendance par l'exercice de leur droit à l'autodétermination »[841]. En l'absence d'un peuple européen, l'Union européenne ne semble pas avoir vocation à s'ériger en État — fût-il fédéral — alors même que le processus d'intégration présente « un certain nombre d'originalités par rapport au droit international qui contribuent à fédéraliser (au sens de l'État fédéral) les rapports entre l'Union et ses États

---

838 Un premier referendum avait été organisé en 1980 avec un résultat négatif dans les deux cas.

839 *Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217.*

840 AGUILON C., Justice constitutionnelle et subsidiarité, p. 27.

841 PARENT C, L'état des fédérations, Tome 2, précité.

membres »[842]. L'on peut citer à cet égard le processus de constitutionnalisation de l'Union qu'une partie de la doctrine croit pouvoir déceler dans la construction européenne, n'hésitant pas à affirmer que les traités européens constituent déjà, au sens matériel, une véritable constitution pour l'Union européenne[843]. La Cour de justice elle-même voit dans les traités originaires la Charte constitutionnelle de base de l'ordre juridique européen[844].

411. En outre, le processus d'intégration conduit nécessairement à des incursions constantes de l'Union européenne dans « la sphère théoriquement hermétique des souverainetés nationales »[845]. A. Leclerc souligne ainsi que l'Union jouit d'une « souveraineté matérielle partagée » dans la mesure où certaines de ses compétences exclusives, comme la monnaie, relèvent des prérogatives de base d'exercice de la souveraineté. Dans cette optique, l'Union européenne « n'a pas de souveraineté négative mais elle possède une souveraineté positive »[846]. Aussi l'intégration européenne échappe-t-elle au cadre étroit des analyses internationalistes classiques dans la mesure où elles ne rendent pas suffisamment compte de la nature juridique particulière de l'Union européenne. Pour autant, comme nous allons le voir, les spécificités de cette organisation d'intégration, par rapport au droit international classique, n'en font pas, et n'en feront sans doute jamais, un État fédéral, même partiel.

2. *L'impossible État fédéral*

412. Ainsi que le résume M. Kieffer, « tant du point de vue de son fondement conventionnel que sur le plan de sa nature institutionnelle, l'Union demeure une association d'États » dans la mesure où certains traits essentiels lui font défaut comme l'absence de territoire *stricto*

---

[842] KIEFFER M., recherches sur l'identité, précité, 39. Voir aussi : SIMON D., « L'Union européenne comme Fédération » in BENLOLO CARABOT, M., CANDAS, U., et CUJO E. (dir)., Union européenne et droit international en l'honneur de P. Daillier, Pedone, Paris, 2013, pp. 139-230.

[843] Voir, par exemple, la thèse de MARTI G., Le pouvoir constituant européen, 2011. L'auteure cite une littérature abondante à ce sujet : BLANCHARD D., *La constitutionnalisation de l'Union européenne*, thèse, Rennes, 2001, Rennes, Editions Apogée, 2001, 476 pages ; DAUPS T., *L'idée de constitution européenne*, thèse, Paris X, 1992, 519 pages ; JACQUE J.-P., « Cours général de droit communautaire », *RCADE,* 1990, vol. I-1., pp. 237-367 ; BOULOUIS J., « Le droit des Communautés européennes dans ses rapports avec le droit international général », *RCADI*, tome 235 (1992-IV), pp. 9-79 ; DEHOUSSE R.(Dir.), *Une constitution pour l'Europe ?*, Paris, Presses de Sciences-Po, 2002, 290 pages ; MAGNETTE P., *La constitution de l'Europe*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2000, 201 pages ; *Does Europe need a constitution ?* Conferences proceedings, London, june 1996, Bruxelles, The Philip Morris Institute for public policy research, 1996, 33 pages ; WEILER J., *The constitution of Europe : do the new clothes have an emperor ? and other essays on European integration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, 364 pages.

[844] CJCE, 23 avril 1986, *Les Verts c/Parlement,* aff. 294/83, *Rec*. p. 1339, spéc. pt. 23 ; CJCE, 14 décembre 1991, Accord sur la création de l'Espace économique européen, avis 1/91, *Rec*. p. 6079, pt. 21.

[845] MEHDI R., « L'autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif »,précité, p. 915.

[846] LECLERC A., « L'intégration européenne et la science politique : débattre du modèle de la fédération plurinationale » in Jean-Denis Mouton, Jean-Christophe Barbato (dir.), *L'Union européenne, une fédération plurinationale en devenir ?*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p.118.

sensu, l'existence discutable d'un peuple européen ou encore le défaut d'un pouvoir politique organisé ou d'un gouvernement européen qui sont autant de qualités étatiques[847]. Si l'Union n'est pas un État fédéral, c'est parce qu'il n'existe pas pour commencer de « souveraineté formelle » à l'échelle européenne. Aussi étendues soient-elles, les compétences exercées par l'Union demeurent des compétences d'attribution et la souveraineté des États demeure, en théorie du moins, « intacte »[848]. Le juge européen lui-même n'a jamais qualifié l'Union de souveraine, préférant évoquer « les droits souverains »[849]. Pour reprendre l'analyse de la Cour constitutionnelle allemande, l'Union n'a pas la compétence de sa compétence. Si l'on envisage la question de la souveraineté sous l'angle du fédéralisme institutionnel, c'est-à-dire en prenant pour modèle l'État fédéral, force est de reconnaitre l'absence, à l'heure actuelle, des États-Unis d'Europe. Dans les expériences américaines, allemande ou suisse, l'on constate, au contraire, un transfert de la souveraineté principale à l'échelle fédérale[850]. Dans toutes ces hypothèses, les États fédérés sont « partiellement dépossédés de leur souveraineté et régis par un principe de subsidiarité »[851]. Il est, certes, théoriquement possible que l'Union devienne un jour un État (fédéral) car il suffirait, pour cela, que les différents peuples de l'Europe acceptent de lui transférer la souveraineté « formelle » ou « négative » (la compétence de la compétence)[852]. Pour autant, cette option qui ne semble pas envisageable à court terme n'est peut-être pas même souhaitable. Pour certains auteurs, l'Union européenne n'a tout simplement pas vocation à s' « étatiser » en s'engageant sur une voie absolutiste[853].

413. Selon É. Maulin, deux conditions sont nécessaires pour fédéraliser l'Union européenne, au sens institutionnel du terme, « l'une facile, lui donner une constitution européenne, l'autre difficile, lui donner un peuple d'Européens »[854]. Plus encore que l'absence d'une Constitution, c'est l'absence d'un *demos*, ou plutôt la présence de plusieurs *démoï* nationaux qui conduit à dénier la qualification fédérale à l'Union. Aussi, sa légitimation démocratique, nécessaire à toute ambition fédérale, semble impossible. Le fédéralisme étant le résultat d'un processus de fédéralisation par lequel des communautés

---

847 KIEFFER M., précité, p. 42.

848 MEHDI R., « L'autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif », in J.-B. Auby & J. Dutheil de La Rochère, *Droit administratif européen*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 889.

849 MEHDI R., «Commentaire de l'article I-60», in L. Burgorgue-Larsen, Levade A.et F. Picod, Traité établissant une constitution pour l'Europe, commentaire article par article. Parties I et VI, Bruylant, 2007, pp. 735-750.

850 LECLERC A., « L'intégration européenne et la science politique, précité, p. 116.

851 *Ibid.*

852 *Ibid., p. 124.*

853 FERRY J.M., *L'Europe interdite*, Paris, Les éditions de Passy, 2012, pp. 42-45. L'Union ne pourrait être qu'une organisation postétatique. Voir : FERRYJ.-M., La question de l'État européen, Paris, Gallimard, 2000.

854 MAULIN E., « Le pouvoir constituant dans l'union européenne », *Droits*, vol. 45, no. 1, 2007, pp. 73-88.

antérieurement séparées décident de former une nouvelle communauté politique, il en résulte un nouvel ordre de gouvernement et une structure gouvernementale spécifique. Pour reprendre la définition de G. Scelle, le fédéralisme est un « système d'organisation juridico-politique supra-national »[855]. À l'heure actuelle, l'Union européenne n'a pas généré de structure fédérale puisqu'il n'existe pas, en son sein, de gouvernement à proprement parler[856]. En effet, la Commission ou le Parlement européen, s'ils sont des instances supranationales (au même titre que la Cour de justice) ne forment pas un ordre de gouvernement fédéral. Ces institutions doivent recevoir l'impulsion des gouvernements nationaux pour exercer leur médiation entre les différents États membres. De plus, ce sont les Chefs d'État et de gouvernement de ces États qui occupent encore largement la première place dans le processus normatif de l'Union[857].

414. Pour G. Scelle, l'association fédérale qui modifie les compétences des gouvernés et des gouvernants dans chaque État doit se réaliser « par un pacte ou par un covenant incorporé dans un traité ou dans une constitution »[858]. En réalité, nous dit l'auteur, « le mode de réalisation » importe peu pourvu que « l'association se forme librement et repose sur un contrat social ». Ce pacte ne doit pas être hypothétique mais réel, c'est-à-dire qu'il peut être négocié par des conventions constituantes ou être le résultat de transactions diplomatiques mais, dans tous les cas, il doit « être ratifié par les populations intéressées » car le fédéralisme est « démocratique »[859]. En d'autres termes, il doit être voulu par les collectivités, et non seulement par les gouvernements car dans un système fédéral les organes doivent tenir leur mandat du peuple. En cela, le fédéralisme s'oppose moins à la Confédération qu'au système diplomatique[860]. Le fédéralisme étant par définition démocratique[861], une Union véritablement fédérale devrait être une démocratie européenne. Toute démocratie, y compris représentative, implique un « demos », c'est-à-dire un peuple composé d'individus ayant suffisamment en commun pour désirer prendre des décisions collectives sur leurs propres affaires et approuver ou contester la façon dont ils sont gouvernés[862]. Aussi la fédéralisation de l'Union implique-t-elle sa démocratisation. Or, précisément, « le sentiment général est qu'avec la construction

---

855 SCELLE G., Le problème du fédéralisme. In: Politique étrangère, n°2 - 1940 - 5eannée. pp. 143-163.

856 CROISAT M. & QUERMONNE J.-L, *L'Europe et le fédéralisme,* Montchrestien, Clefs politiques, 2e éd, 1999, p. 60.

857 *Ibid*.

858 SCELLE G., Le problème du fédéralisme, précité.

859 *Ibid*.

860 *Ibid*.

861 DELMARTINO F.& DESCHOUWER K., Les fondements du fédéralisme in Le fédéralisme, approches politique, économique et juridique, Centre d'étude du fédéralisme, De Boeck Université, 1994, p. 30.

862 NICOLAÏDIS, K., « Demos et Demoï : fonder la constitution », *Lignes*, vol. 13, no. 1, 2004, pp. 88-109.

européenne, on aurait plutôt perdu en démocratie »[863]. Cela s'explique par l'absence d'un véritable *demos* européen

415. La conception démocratique de la souveraineté selon laquelle celle-ci appartient au peuple postule le lien entre fédéralisme et démocratie et conduit à concevoir la Fédération comme une unité politique reposant sur la souveraineté du peuple. Cette conception repose sur l'expérience du fédéralisme des États-Unis qui met en évidence l'existence d'un peuple[864]. Le fameux préambule de la Constitution américaine y fait référence à travers la formulation « *We the people* »[865], postulant la souveraineté et l'unicité du peuple, c'est-à-dire une nation[866]. À la question de savoir s'il existe un *demos* européen une réponse négative doit *a priori* être apportée. En effet, les traités ne répondent pas à la définition d'« acte d'autodétermination d'une société sur la nature et la forme de son unité politique »[867] puisqu'ils découlent des seuls États. Reprenant les dispositions du préambule, l'article 1 TUE évoque, en outre, « une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe »[868]. Cette disposition indique, de façon explicite, la présence de plusieurs peuples, soit des *demoï* et non un *demos* unique. Ajoutons à cela le manque de légitimité dont souffre le Parlement européen, bien qu'il soit, depuis 1979, élu au suffrage universel direct. Même s'il a vu ses pouvoirs renforcés, le Parlement reste limité dans ses pouvoirs d'initiative et de décision[869]. De plus, il souffre d'un affaiblissement du fait de l'effondrement du taux de participation des citoyens

---

[863] MATALA-TALA L., La légitimation politique de la Fédération européenne in L'Union européenne, une Fédération plurinationale en devenir, précité, p. 79.

[864] BARRUÉ-BELOU R., Analyse des outils fédératifs aux Etats-Unis, au Canada et au Brésil : contribution à l'étude du fédéralisme, 2013, p. 373.

[865] Notons que la formule reste ambiguë quant à déterminer s'il s'agit ou non d'un seul peuple. En effet, sur le plan grammatical, le peuple peut être entendu au pluriel comme au singulier.

[866] Critiquant la conception démocratique de la souveraineté, O. Beaud estime pour sa part que l'existence d'une *souveraineté du peuple* suppose que le peuple américain formait une *nation* avant l'entrée en vigueur de la Constitution de 1787 : BEAUD O., « Fédéralisme et souveraineté – Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération », Revue de Droit public, 1998, n°1, p. 115. Pour R. Barrué-Belou,l'unicité d'un peuple ne conduit pas nécessairement à la reconnaissance d'une *nation* car il est impossible d'appliquer une telle notion sur le plan fédératif. De plus, si l'on prend l'exemple de la Constitution américaine, le terme nation n'apparait pas. L'auteur considère qu'il n'est pas nécessaire de se demander si une nation étasunienne préexistait à l'adoption de la Constitution des États-Unis et juge possible de « considérer que dès lors que les treize États ont décidé de se regrouper dans un ensemble et de signer la Constitution des États-Unis, il a existé un peuple à ce moment-là ». Le peuple serait, par ailleurs, l'élément constitutif de la Fédération par son existence dans les États membres : BARRUÉ-BELOU R., Analyse des outils fédératifs aux Etats-Unis, au Canada et au Brésil, précité.

[867] GRIMM D., « Le moment est-il venu d'élaborer une Constitution européenne ? », *in* Renaud DEHOUSSE (Dir.), *Une Constitution pour l'Europe ?*, Presses de Sciences Po, 2002, p. 72.

[868] Le préambule souligne de la même façon la poursuite d'un *« 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 »*.

[869] BARRUÉ-BELOU R., Analyse des outils fédératifs aux Etats-Unis, au Canada et au Brésil : contribution à l'étude du fédéralisme, 2013, p. 373. p. 535.

aux élections des députés qui témoigne d'un désintérêt des peuples européens pour l'institution qui est censé les représenter[870]. Selon E. Bernard, le lien distendu entre ces derniers et leurs représentants a de multiples causes comme « l'éloignement géographique de l'institution, le nombre important de citoyens que chaque parlementaire est appelé à représenter ou encore la mauvaise compréhension qu'ont les citoyens d'un fonctionnement et de prérogatives parlementaires qui ne sont pas conformes à celles qui leur sont familières au niveau national »[871]. K. Nicolaïdis note cependant que parmi les supranationalistes — dont font partie les fédéralistes — certains croient en l'existence d'un *demos* européen, tandis que d'autres s'accordent sur un *demos* en devenir annonçant une identité européenne émergente. Si les supranationalistes pensent que « l'émergence d'un demos européen est à la fois possible et souhaitable », les souverainistes, tout en admettant un minimum de démocratie au niveau européen, « s'opposent à la création d'un lien direct entre les citoyens et les institutions européennes » car ils jugent que l'intergouvernementalisme est adapté au fonctionnement de l'Union européenne[872].

416. Il est indéniable que l'absence d'un peuple européen a comme conséquence l'absence d'un peuple constituant. Le pouvoir constituant est, pour reprendre l'expression de É. Maulin, « l'impensé de la construction européenne »[873]. Le processus d'intégration qui a conduit la Cour de justice à évoquer la notion de constitution[874] semble avoir laissé de coté la question de la volonté des peuples. Or, pour accéder au stade politique de l'intégration, l'Union devrait se présenter comme une Communauté politique voulue par les États mais également par les peuples. La question du pouvoir constituant, c'est-à-dire celle de la source politique légitime, a été occultée dans le cadre du Traité établissant une Constitution pour l'Europe. À l'instar des traités précédents, ce texte a été le fruit d'un accord entre les exécutifs nationaux et non entre les peuples. Le rejet dont il a fait l'objet, lors des référendums en France et aux Pays-Bas, en témoigne. Si l'on part du principe qu'une Constitution est l'acte de volonté d'un peuple, force est de constater que l'Union ne bénéficie pas d'un pouvoir constituant propre[875].

---

[870] A noter toutefois que les taux de participation pour les élections européennes 2019 sont les plus élevés en vingt ans.

[871] BERNARD E., Les pouvoirs législatifs et exécutifs, in L'Union européenne, une Fédération plurinationale, précité, p. 268.

[872] NICOLAÏDIS, K., « Demos et Demoï : fonder la constitution », *Lignes*, vol. 13, no. 1, 2004, pp. 88-109.K. Nicolaïdis estime, pour sa part, que si l'Union est une communauté des peuples, pas seulement des États, « la démocratie en Europe n'exige pas que cette communauté devienne un demos unique dont la volonté s'exprime par le biais des institutions étatiques traditionnelles ».

[873] MAULIN E., « Le pouvoir constituant dans l'union européenne », *Droits*, vol. 45, no. 1, 2007, pp. 73-88.

[874] CJCE, 23 avril 1986, Parti écologiste *Les Verts c/ Parlement européen*, affaire 294/83, Rec., p. 1339, 1365.

[875] LEBON, *Le constitutionnalisme européen*, Pulim, Droit public, 2007, p. 66.

Celle-ci est fondée sur une tension entre sa prétention à réaliser une union politique susceptible de dépasser les souverainetés étatiques et la logique intergouvernementale, d'une part, et la division de son pouvoir constituant entre les différentes nations, d'autre part[876]. Puisqu'il n'existe pas de peuple européen, la souveraineté des peuples des différents États constitue « l'horizon indépassable du pouvoir constituant européen »[877].

417. Partant de ce constat, la Cour de Karlsruhe, dans sa célèbre décision *Maastricht* de 1993, en a conclu que la démocratie au niveau européen n'existait pas. En outre, en raison des spécificités propres au mode d'élection des députés européens, elle a estimé que le Parlement européen ne pouvait être l'organe représentatif d'un peuple européen souverain[878]. Dans sa décision Lisbonne de 2009, la Cour a réaffirmé que les traités ne pouvaient aboutir à la création d'un État puisque tout pouvoir étatique doit émaner du peuple. L. Dechatre a relevé que le juge allemand semblait davantage attaché au maintien de l'État-nation qu'au principe démocratique en raison de l'importance accordée au principe d'homogénéité du peuple[879]. L'auteur souligne qu'une telle position « enferme par sa compréhension du principe démocratique le débat dans une alternative insoluble, soit une union d'États conservant la légitimité des parlements nationaux, soit un État fédéral européen avec un peuple européen »[880]. Aussi la Cour de Karlsruhe ne laisse-t-elle pas la possibilité d'envisager une démocratie en dehors de l'État. En réalité, le juge allemand se fonde sur un postulat contestable lorsqu'il pose l'exigence préalable d'un peuple pour toute entreprise d'union politique[881]. Une telle conception relève d'un stato-centrisme contesté par la doctrine, y compris allemande[882]. En réalité, il est possible de concevoir l'Union européenne sous un angle fédéral si l'on accepte de distinguer la fédéralisation de tout processus d'étatisation.

B. Une Fédération en cours d'évolution

418. Si les auteurs tendent majoritairement à concevoir le fédéralisme comme une forme déterminée d'organisation étatique, l'approche comparative montre qu'il est difficile d'identifier une forme particulière du fédéralisme au regard de la diversité du phénomène

---

876 MAULIN E., précité.

877 *Ibid*.

878 La Cour de Karlsruhe a réaffirmé sa position dans l'arrêt du 30 juin 2009 relatif à *la loi d'approbation du traité de Lisbonne, aff. 2 BvE 2/08 et autres*. La Cour constitutionnelle se fonde notamment sur le principe *« un homme – une voix »*.

879 DECHATRE L., Le pacte fédératif, précité, p. 133.

880 *Ibid*.

881 Sur le plan historique, l'Etat a parfois précède le peuple.

882 HABERMAS J., L'État-nation a-t-il un avenir?, in : ID., L'intégration républicaine : essais de théorie politique, trad. par ROCHLITZ (R.), Fayard, 1998, p.136. WEILER J.,The State 'über alles'. Demos, Telos, and the German Maastricht decision, Festschrift für Everling, p.1671.

fédéral, tant d'un point de vue historique ou temporel que géographique et spatial[883]. Il convient donc d'adopter une approche souple et, surtout, une perspective dynamique, et non statique, pour appréhender le phénomène fédéral dans toute sa complexité. Dans cette optique, le fédéralisme est un « processus de libre association » et la Fédération, « une union des États »[884]. En effet, le caractère évolutif du fédéralisme nous conduit à envisager ce dernier comme un processus, plus qu'un état (1). Le processus de fédéralisation doit, par la suite, être soigneusement distingué de celui d'étatisation. Les théories fédéralistes récentes permettent à cet égard de qualifier l'Union européenne de Fédération si l'on accepte de se défaire du paradigme étatique pour appréhender la construction européenne (2).

1. Le caractère processuel du fédéralisme

419. Le fédéralisme étant un processus et non une forme fixe et déterminée, il peut être appréhendé comme un système et pas seulement en fonction de ses structures[885]. Raisonner en termes de processus permet de dépasser les constats superficiels ou circonstanciés puisque la fédéralisation se déploie au-delà du renforcement des institutions réputées fédérales ou supranationales et prend des formes diverses et variées[886]. Évolutif et hétérogène[887], le fédéralisme se caractérise par sa grande flexibilité et une dynamique qui confèrent, selon certains auteurs, un aspect flou au principe fédératif[888]. Pour E. Brouillet le fédéralisme serait « un processus politique et juridique d'adaptation perpétuelle oscillant entre deux besoins, l'unité et la diversité, entre centralisation et décentralisation du pouvoir »[889]. Cette dynamique implique notamment « un ajustement permanent du partage des compétences »[890].

420. Le principe fédératif évolue constamment et s'adapte en fonction de l'évolution des mœurs de la société et des circonstances[891]. Les travaux récents sur le fédéralisme mettent l'accent sur la souplesse du phénomène fédéral et insistent sur la grande flexibilité du principe

---

883 BARRUÉ-BELOU R., Analyse des outils fédératifs, précité, p.37.

884 RICARD-NIHOUL G., Pour une Fédération européenne d'États-nations. La vision de Jacques Delors revisitée, éditions Larcier, coll. « Essais », 2012.

885 BARRUE-BELOU R., *précité,* p. 418.

886 BARROCHE J., Théories fédéralistes et Union européenne in Civitas Europa 2017/1 (N° 38), p. 337 à 367.

887BURGESS M., « Federalism », *in* A. WIENER, T. DIEZ (éd.), *European Integration Theory*, Oxford, UP, 2009, pp. 25- 44, spéc. pp. 31-33.

888 JOACHIM C., Le partage des compétences en matière de protection de la qualité des eaux douces au Canada et dans l'Union européenne, Th. Toulouse 1, 2014, p. 215.

889 BROUILLET E., « La dilution du principe fédératif et la jurisprudence de la Cour suprême du Canada », *Les Cahiers de Droit*, vol.45, 1, mars 2004, p 13, p 28.

890 JOACHIM C., précité.

891 *Ibid*.

fédératif[892]. Beaucoup d'auteurs voient dans le fédéralisme un processus plus qu'une institution[893] et rejettent une conception rigoureuse du fédéralisme ou en distinguent, à tout le moins, deux types, un « fédéralisme dur » et un « fédéralisme mou »[894]. L'Union européenne s'inscrirait davantage dans le second, c'est pourquoi l'appréhender s'avère une tâche particulièrement difficile. Pour une partie de la doctrine, le fédéralisme européen serait d'un genre particulier — plus constitutionnel qu'institutionnel, plus processus que structure — où la répartition technique des compétences et le politique importerait moins que la limitation du pouvoir et le souci de l'individu[895]. Une approche souple du fédéralisme permettrait de s'extraire d'une définition *a minima* réduisant le phénomène fédéral à une technique de distribution des compétences et de fournir à l'Union européenne un cadre conceptuel suffisamment hétérogène afin de poser l'hypothèse d'un fédéralisme européen[896].

421. Selon J. Barroche, tout fédéralisme est « toujours plus ou moins en puissance, en cours, en processus » et celui de l'Union européenne revêtirait, plus spécifiquement encore, la forme d'un processus de fédéralisation non linéaire qu'il faudrait rétrospectivement reconstruire dans la mesure où il n'est pas toujours assumé ni repérable[897]. Il s'agit donc moins de considérer les structures juridiques ou institutionnelles qu'interpréter un processus en s'efforçant de restituer la charge normative du projet européen et l'horizon d'attente dont il est porteur « où plutôt les différents horizons d'attente – potentiellement contradictoires –, la grille de lecture fournie par le fédéralisme, elle-même plurielle, permettant justement de rendre raison de cette indétermination »[898]. Les travaux d'O. Beaud concevant le fédéralisme comme « un processus d'agrégation d'unités politiques sans que cette association ne débouche sur la fusion de ces unités dans la nouvelle unité créée »[899] incitent des auteurs de plus en plus nombreux à détacher la Fédération de la figure de l'État (fédéral). En effet, si les auteurs fédéralistes ont, selon une perspective statique ou dynamique et prospective,

---

892 FOUCHER P., « Flexibilité du Fédéralisme », in G.-A. BEAUDOIN *et al.*, *Le fédéralisme de demain : réformes essentielles/Federalism for the Future : Essential Reforms*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, pp 67.

893 FRIEDRICH C.J., Tendances du fédéralisme en théorie et en pratique, Bruxelles, Institut belge de science politique, 1971, p. 15 ; « Federal Constitutional Theory and Emergent Proposals », *in* A.-W. MACMAHON (éd.), *Federalism, Mature and Emergent*, New York, Doubleday, 1955, pp. 510-533 ; *Europe, An Emergent Nation?*, New York, Harper and Row, 1969. ZOLLER E., « Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération d'États », in RCADI, Tome 294 (2002), p. 71.

894 BONNEAU T., Régulation bancaire et financière européenne et internationale: 4e édition.

895 MILLET, F.-X., L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres, Paris, LGDJ, 2013, p. 437.

896 BARROCHE J., Théories fédéralistes et Union européenne in Civitas Europa 2017/1 (N° 38), p. 337 à 367.

897 *Ibid*.

898 *Ibid*.

899 BEAUD O., *Théorie de la fédération*, coll. Léviathan, Paris, PUF, 2017, 456 p.

longtemps envisagé les Communautés européennes puis l'Union comme un État fédéral « partiel » ou « en devenir », il semble plus satisfaisant de concevoir l'Union européenne comme une Fédération, fût-elle inachevée[900].

2. La théorie de la Fédération

422. Si, à l'origine, les débats sur la nature fédérale ou confédérale de la construction européenne ne connaissaient que l'alternative Confédération d'États/État fédéral, les récents travaux doctrinaux sur le fédéralisme tendent à mettre en lumière une troisième catégorie à travers la figure de la Fédération[901]. Dans son célèbre ouvrage *Théorie de la Fédération*, devenue une référence en matière de fédéralisme, O. Beaud explique qu'une telle théorie est née du défi posé par la construction européenne et qu'elle a germé en réaction à la doctrine dominante qui n'a pas trouvé la réponse aux questions que l'on se posait pour tenter de comprendre le fédéralisme[902]. Le concept de Fédération entend ainsi se détacher du modèle traditionnel de l'État, jugé insatisfaisant au regard du gouffre qui sépare encore l'Union européenne de l'État fédéral, et du modèle désuet de la Confédération. À ce titre, on peut voir dans l'ouvrage d'O. Beaud une « théorie modernisée de la Confédération d'États » qui sera par la suite reprise par un nombre de chercheurs toujours plus grand[903]. Prenant ses distances avec les catégories du droit international classique, un tel courant se fonde sur les attributs du fédéralisme en tant que tel et non sur ceux de l'État, le cadre étatique offrant une grille d'analyse inadaptée aux spécificités de l'Union européenne. Aussi le processus de fédéralisation doit-il être soigneusement découplé de celui d'étatisation. Un auteur comme J. Weiler considère, par exemple, que l'Union européenne peut déjà être considérée comme un sytème fédéral si on distingue le principe fédéral de l'État fédéral[904]. La dynamique constitutionnelle supra-étatique de la construction européenne que cet auteur décrit accrédite ainsi la thèse d'une fédéralisation de l'Union européenne. Si l'on part du principe que le fédéralisme recherche un équilibre entre l'unité et l'autonomie des entités qui composent la Fédération, une telle philosophie juridico-politique peut, en effet, être adaptée à tous les contextes et tous les niveaux, local et international[905]. Dès lors que l'on accepte d'extraire le

---

900 RICARD-NIHOU G., Pour une fédération d'États-nations. La vision de Jacques Delors revisitée, p. 62.

901 LEBEN C., « Fédération d'États-nations ou État fédéral ? », in Joerges C., Mény Y., Weiler J. H. H., dir., What Kind of Constitution for What Kind of Polity ? Responses to Joschka Fischer, Florence-Cambridge, Robert Schuman Centre for Advanced Studies / Jean Monnet Chair, 2000, p. 2.

902 BEAUD O., *Théorie de la fédération*, coll. Léviathan, Paris, PUF, 2017, p. 11.

903 DUMONT H., L'Union européenne, une Fédération plurinationale fondée sur un pacte constitutionnel, in *L'Union européenne, une Fédération plurinationale en devenir, précité,* p. 38.

904 WEILER J. H., « Fédéralisme et constitutionnalisme : le *Sonderweg* de l'Europe », *in* R. Dehousse, *Une constitution pour l'Europe ?,* Presses de Sciences Po, 2002.

905 KIEFFER M., Recherches sur l'identité, précité, p. 47.

fédéralisme de l'orbite de l'État en déliant conceptuellement ces deux notions, l'on peut aisément concevoir une fédéralisation de l'Union européenne au-delà du schéma classique de l'État fédéral[906].

423. Rejetant les vieux schémas qui opposent systématiquement l'État fédéral à la Confédération, le concept désétatisé de Fédération rejette également la souveraineté en tant que critère distinctif, cette notion étant, selon O. Beaud, « structurellement incompatible avec la notion de Fédération »[907]. Quant à la notion de constitution, dans une Fédération, celle-ci devrait nécessairement prendre la forme d'un « pacte constituant fédératif ». En effet, dans la mesure où ce sont des États qui se fédèrent, en l'absence d'une constitution donnée par le pouvoir constituant d'un peuple européen (inexistant), on ne peut pas véritablement parler de Constitution nationale[908]. Cette notion de « pacte fédératif » ou de « pacte constitutionnel » demeure néanmoins assez floue[909], certains auteurs sceptiques ayant fait remarquer que « soit le pacte fédératif, une fois établi, perd son caractère conventionnel et c'est une constitution au sens classique des constitutions d'États ; soit le pacte fédératif conserve son caractère conventionnel et il est une convention de droit international et fonde un lien international ou confédéral »[910].

424. Toujours est-il que l'absence d'un pouvoir constituant européen et le refus de fonder l'Union européenne sur un acte constituant, « motivé par la crainte que celle-ci n'aboutisse à la création d'un super-État européen »[911], ont incité la doctrine à rechercher une alternative moins inquiétante. G. Marti estime que « l'évitement du pouvoir constituant européen étant fondé sur la crainte d'une dérive étatique de l'Union européenne, c'est sous l'égide de la Fédération, envisagée comme une entité politique englobant les États sans les faire

---

906 BARROCHE J., Théories fédéralistes et Union européenne in Civitas Europa 2017/1 (N° 38), p. 337 à 367.

907 BEAUD O., « Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie de la Fédération », *Revue du droit public,* 1998, p. 89-104.

908 JOUANJAN O., « Ce que « donner une constitution à l'Europe » veut dire », *Cités*, 2003/1 (n° 13), p. 21-35.L'auteur estime que cette question rappelle le débat, à l'époque en Amérique sur le sens de l'acte constituant américain dont le *Fédéraliste* se faisait l'écho : J. Madison, A. Hamilton, J. Jay, *The Federalist Papers,* Number XXXIX, Penguin Books, 1987, p. 254 sq.

909 Sur le plan terminologique, O. Beaud assimile le pacte constitutionnel et le pacte fédératif, certains auteurs, auxquels nous nous rattachons, établissent néanmoins une distinction entre ces deux notions : BEAUD O., « La notion de pacte fédératif. Contribution à une théorie constitutionnelle de la Fédération », *in* J.-F. KERVÉGAN ET H. MOHNHAUPT (dir.), *Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Philosophie*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1999, pp. 197-270. Un auteur comme H. Dumont réserve ainsi le concept de pacte fédératif aux Confédérations et celui de pacte constitutionnel à la Fédération. Voir DUMONT H., L'Union européenne, une Fédération plurinationale, précité, p. 41.

910 *Ibid*. Voir aussi : LEBEN C., « Fédérations d'États-nations ou État fédéral ? », *in* C. Joerges, Y. Mény, J. H. H. Weiler, *What Kind of Constitution for what Polity ? Symposium : Responses to Joschka Fischer,* Florence, Robert-Schuman Centre for Advanced Studies, European University Institute, 2000, p. 85.

911 MARTI G., Le pouvoir constituant européen, 2011 p. 31.

disparaitre, que doit être placée la question de l'avènement du pouvoir constituant européen »[912]. Définie, à l'instar de l'État, comme une unité politique, la Fédération s'en distingue dans la mesure où les peuples qui la composent doivent former, tout en conservant leur existence distincte, « une même communauté politique ». En effet, c'est cette dernière qui conditionne l'unité politique de la Fédération[913].

425. Le concept de Fédération de O. Beaud a offert aux européanistes les clés d'une nouvelle compréhension et qualification de l'Union européenne même si l'auteur de la *Théorie de la Fédération* s'est toujours montré quelque peu réticent à définir lui-même la construction européenne en ces termes[914]. Des auteurs moins frileux n'ont toutefois pas hésité à se servir des éléments fournis par la théorie de la Fédération pour tenter de catégoriser l'Union européenne comme telle. Le concept générique de Fédération a ainsi été repris par de nombreux chercheurs qui ont tenté de l'affiner afin de faire correspondre ce modèle théorique à l'Union européenne. Répondant aux conclusions de J.-D. Mouton qui a rappelé que la construction européenne est fondamentalement un processus et qu'il est, à ce titre, difficile de « catégoriser un processus », H. Dumont plaide néanmoins en faveur de la nécessité d'un travail de catégorisation pour mieux comprendre l'Union européenne[915]. Parce que l'intégration européenne n'est pas « une situation acquise mais un processus », comme le déclarait déjà L.-J. Constantinesco à son époque, il nous semble donc important de préciser, à l'instar de nombreux chercheurs, qu'elle est une Fédération « en devenir »[916]. Si le concept de Fédération est un instrument précieux, encore faut-il le préciser. Nous souscrivons, à cet égard, aux travaux doctrinaux mettant en lumière le modèle particulièrement intéressant de « Fédération plurinationale en devenir »[917] dans la mesure où il ne cherche pas à occulter l'existence des États membres de l'Union européenne.

Paragraphe 2. L'Union européenne comme Fédération plurinationale

426. Certains auteurs rejettent l'idée de fédéralisme européen au motif que l'Union européenne ne permettrait pas l'épanouissement d'une démocratie en prenant pour exemple des États fédéraux comme l'Allemagne ou les États-Unis. À la différence de l'Union, ces États

---

912 *Ibid.*

913 BEAUD O., Théorie de la Fédération, op. cit., p. 271.

914 BEAUD O., « Peut-on penser l'Union européenne comme une Fédération ? », *in* F. ESPOSITO et N. LEVrat (dir.), *Europe : de l'intégration à la Fédération*, Academia-Bruylant – Université de Genève, 2010, pp. 88-89.

915 DUMONT H., L'Union européenne, une Fédération plurinationale, précité, p. 37.

916 *Ibid, Voir aussi :* CONSTANTINESCO L.J.., « La nature juridique des Communautés européennes », précité.

917 Dumont H., « L'Union européenne, une Fédération plurinationale fondée sur un pacte constitutionnel », *in* Jean-Christophe Barbato et Yves Petit (dir.), *L'Union européenne, une fédération plurinationale en devenir ?*, Bruxelles, Bruylant, 2015 p. 35-76.

présenteraient « une homogénéité de langue, culture, économie, et donc un peuple » nécessaire à la stabilisation de toute union fédérale[918]. Pour beaucoup, il n'existe pas de sentiment européen de la part des peuples et faute d'un minimum d'homogénéité, il n'en existera jamais. À l'instar des États qui se montrent réticents à abandonner leurs compétences à l'Union, les peuples ne semblent pas prêts à appartenir à un même ensemble aussi uni et intégré que peuvent l'être les Fédérations américaines[919]. Selon R. Barrué-Belou, « il faut que la population européenne se sente unie pour passer de peuples européens à un peuple européen », ce qui n'est pas le cas à l'heure actuelle[920].

427. Pour autant, si l'on admet l'idée que le fédéralisme n'est pas toujours « superétatiste » ou « supranationaliste » — contrairement à une idée répandue dans les vieux États-nations comme la Grande Bretagne ou la France pour lesquels ce courant évoque les spectres d'une centralisation extrême[921] — mais qu'il s'agit au contraire d'un mode d'organisation qui cherche à préserver ce qui est distinct, un tel courant peut s'adapter à l'existence de plusieurs *demoï* plutôt qu'à un seul *demos*[922]. En effet, le fédéralisme est une forme d'organisation politique qui doit son existence à la volonté de préserver l'autonomie et la diversité des entités fédérées[923]. Aussi ne veut-il pas forcément dire « plus d'Europe et moins d'États-nations ». Comme le résume K. Nicolaïdis, en présentant l'Union européenne « comme une union fédérale et non pas comme un État fédéral », on sauve « le bébé fédéral de son eau de bain étatique » car si l'Union n'est pas aujourd'hui un État, nous ne devrions pas vouloir qu'elle en devienne un[924]. La pluralité persistante des peuples en Europe, organisés en États, nécessite que ces derniers restent au centre de la construction européenne afin que l'Union européenne continue à être une « *demoï*-cratie en devenir ».

428. Le souhait d'une Union des États et des peuples repose sur « la prémisse que l'État-nation est une catégorie trop importante en Europe pour être détournée par l'Union européenne »[925]. En effet, le *demos* de cette démocratie ne peut qu'être la multitude,

---

[918] DECHATRE L., Le pacte fédératif, précité, p. 134. L. Dechatre oppose, à cet argument, le cas de la Suisse mais l'on pourrait tout aussi bien prendre celui du Canada. Ces deux Etats fédéraux se caractérisent par une certaine diversité sur le plan linguistique et culturel.

[919] BARRUÉ-BELOU R., Analyse des outils fédératifs aux Etats-Unis, au Canada et au Brésil : contribution à l'étude du fédéralisme, 2013, p. 373. p. 535.

[920] *Ibid*.

[921] SIDJANSKI D., L'approche fédérative de l'Union européenne ou La quête d'un fédéralisme européen inédit, Paris : Notre Europe , 2001.

[922] NICOLAÏDIS, K., MESSINA A., « Demos et Demoï : fonder la constitution », *Lignes*, vol. 13, no. 1, 2004, pp. 88-109.

[923] SiDJANSKI D., précité.

[924] NICOLAIDIS K., MESSINA A., précité.

[925] *Ibid*.

autrement dit les Européens des nations historiques[926]. C'est la raison pour laquelle la notion d'État-nation utilisée à l'époque par J. Delors pour décrire sa « fédération d'États-nations » doit être comprise comme rassemblant des États reposant sur des *demoï* nationaux[927]. L'intuition de ce dernier, malgré l'ambiguïté de la formule et son caractère d'oxymore, mérite d'être saluée car le qualificatif de Fédération d'Etats-nations, en apparence contradictoire, découle du concept même de Fédération tel que nous l'avons présenté, à savoir la volonté de construire l'Union avec les États, en leur qualité de membres de la Fédération, et non contre ces derniers (A). Il nous semble néanmoins que le concept de Fédération d'Etats-nations gagnerait à être modernisé, c'est-à-dire reformulé en prenant en compte le fait que tous les États membres de l'Union ne sont pas des États-nations. En cela, le concept plus récent de « Fédération plurinationale » s'avère sans doute plus adéquat (B).

A. Une Fédération d'État-nations

429. Afin de dépasser l'antagonisme qui oppose la Confédération d'États à l'État fédéral, O. Beaud a ouvert une troisième voie en considérant que la Fédération, catégorie juridique en soi, n'est ni l'une, ni l'autre. À l'instar de la Fédération, l'Union européenne ne relève ni de la catégorie d'un État, ni de celle de la Confédération d'États. Aussi peut-elle être considérée comme une Fédération dans laquelle la question de la souveraineté est mise entre parenthèse, celle-ci ne pouvant être localisée ni à l'échelon fédéral (État fédéral) ni à l'échelon des États fédérés (Confédération d'États)[928]. Fédéralisme et souveraineté étatique peuvent se concilier dans la mesure où les États ne sont pas voués à disparaitre de cette construction puisque leur existence politique doit être assurée au sein de la Fédération. C'est pourquoi, le qualificatif de « Fédération d'États-nations », mis en lumière par J. Delors dès le milieu des années 1990, peut s'avérer commode pour décrire la nature et la vocation de l'Union européenne[929].

430. Dans son discours au Collège d'Europe de Bruges de 1989, l'ancien Président de la Commission européenne avait d'ailleurs souligné l'originalité de la construction européenne, récusant ainsi toute analogie avec d'autres expériences, comme celles des États-Unis

---

[926] MAIRET G., Le principe de souveraineté. Histoire et fondements du pou- voir moderne, Paris Gallimard (Folio-Essais), 1997. Du même auteur : La Fable du monde. Enquête philosophique sur la liberté de notre temps, Gallimard (NRF essais), 2005, p. 294.

[927] CONSTANTINESCO V., « Le fédéralisme : d'un anti-étatisme à un a-étatisme ? », *L'Europe en Formation*, vol. 355, no. 1, 2010, pp. 41-52.

[928] CONSTANTINESCO V., « La souveraineté est-elle soluble dans l'Union européenne ? », *L'Europe en Formation* 2013/2 (n° 368), p. 119-135.

[929] RICARD-NIHOUL G., Pour une Fédération européenne d'États-nations, la vision de Jacques Delors revisitée, Essais, Collection Europe, Bruxelles, Éd. Larcier, 2012, 203 p.

d'Amérique[930]. Le parallélisme avec le modèle fédéral américain présente des limites dans la mesure où l'Europe est composée de « vieilles nations, fortes de leurs traditions et de leur personnalité »[931], d'où l'intérêt de forger un concept tel que la Fédération d'États-nations. Selon V. Constantinesco, le succès de la formule de J. Delors s'explique par le fait que, malgré son ambiguïté, elle vient donner à la catégorie de Fédération « une illustration actuelle et une incarnation contemporaine ». Elle permet, en outre, de faire l'économie de la question de la souveraineté qui se trouve d'emblée écartée des débats[932]. Cette formule doit, par ailleurs, être comprise comme « rassemblant des États reposant sur des demoï nationaux »[933]. De cette façon, la formule met un terme « au débat stérile sur la nécessité d'un 'demos européen' pour faire exister une véritable démocratie européenne tout en proposant une approche vivante et active de la citoyenneté européenne »[934].

431. La formule de J. Delors connut un retentissement politique et rhétorique incontestable puisqu'elle fut reprise au début des années 2000 par J. Fischer, ministre allemand des affaires étrangères, lors d'un discours dans lequel il entendait rassurer ceux qui s'inquiétaient de l'affaiblissement de l'État-nation[935]. Ce dernier rappelait l'importance d'une Europe basée sur les traditions et insistait sur l'existence des États-nations en son sein. Si Fédération européenne il doit y avoir, celle-ci ne peut se faire sans les États. C'est seulement si ces derniers sont assurés de maintenir leur existence qu'un tel projet sera réalisable, en dépit des difficultés qu'il présente. Selon J. Fischer, un État fédéral européen, « qui remplacerait comme nouveau souverain les anciens États-nations et leurs démocraties, s'avère être élucubration artificielle qui se situe en dehors des réalités européennes traditionnelles. Parachever l'intégration européenne n'est concevable que si ce processus s'effectue sur la base d'un partage de souveraineté entre l'Europe et l'État-nation ». Il ajoutait, de façon intéressante, que « c'est précisément ce fait qui se dissimule derrière la notion de 'subsidiarité', laquelle fait actuellement l'objet de discussions partout et que personne ou presque ne comprend vraiment »[936].

---

930 Cité par J. Barroche :« La subsidiarité chez Jacques Delors. du socialisme chrétien au fédéralisme européen », *Politique européenne* 2007/3 (n° 23), p. 153-177.

931 *Ibid*.

932 CONSTANTINESCO V., « Le fédéralisme : d'un anti-étatisme à un a-étatisme ? », L'Europe en Formation 2010/1 (n° 355), p. 41-52.

933 *Ibid*.

934 RICARD-NIHOUL G., La poursuite de la voie fédérative : le saut qualitatif ou un processus progressif?in L'Union européenne, une Fédération plurinationale, précité., p. 412.

935 Discours de J. Fischer sur la finalité de l'intégration européenne prononcé le 12 mai 2000 à l'Université Humboldt de Berlin. On peut également relever que l'expression fut reprise par le président de la République française J. Chirac à l'occasion d'une conférence de presse datant du 29 avril 2004 .

936 DEHOUSSE R, *Une Constitution pour l'Europe? (dir),* Paris, Presses de Sciences Po, 2002. p. 238.

432. Le concept de Fédération d'États-nations est réapparu, plus récemment et sous une forme plus élaborée, dans le discours de l'ancien président de la Commission européenne J. M. Barroso[937]. Ce dernier a exprimé le souhait d'une « Fédération démocratique d'États-nations capable de régler nos problèmes communs en partageant la souveraineté d'une manière qui permette à chaque pays et à chaque citoyen d'être mieux équipé pour maîtriser son propre destin »[938]. Encore une fois, cette formule est employée pour s'opposer à la création d'un super-État européen et rassurer les États membres de l'Union ainsi que les citoyens européens. Au-delà d'être une formule imprécise et ambiguë, pour ne pas dire oxymorique et paradoxale, le concept de Fédération d'États-nations n'a pas toujours convaincu les juristes[939]. Le problème qui a rapidement été soulevé par la doctrine est qu'une telle conception, si elle peut être valable pour les anciennes nations européennes, comme la France, n'est pas adaptée aux États membres ayant, comme l'Allemagne, un modèle fédéral[940]. Aussi cette formule ne permet-elle pas de prendre en compte « la grande diversité constitutionnelle des pays de l'Europe ».[941] Ce qui, ne serait-ce que du point de vue du principe de subsidiarité et du fédéralisme, pose un problème majeur[942].

B. L'importance du « plurinationalisme »

433. Dans le cadre de recherches récentes portant sur la qualification de la nature de l'Union, certains auteurs se sont inspirés des travaux d'O. Beaud sur la Fédération en s'inscrivant dans la pensée de J. Delors relative à la notion d'État-nation. H. Dumont a ainsi défendu la thèse selon laquelle l'Union « gagnerait à être définie précisément comme une espèce inédite qualifiée de Fédération plurinationale » — que l'on ne doit pas confondre avec une « Fédération d'États-nations » même si ces deux notions présentent des traits similaires et poursuivent des objectifs identiques — s'inscrivant à l'intérieur du phénomène fédératif[943]. L'auteur définit la Fédération plurinationale que l'Union européenne est censée incarner

---

[937]BARROSO J. M., Discours sur l'état de l'Union 2012, Speech/12/596, 12 septembre 2012.

[938] *Ibid*.

[939] LEBEN C., « Fédération d'États-nations ou État fédéral », in Ch. JOERGES, Y. MÉNY, J. WEILER (dir.), What Kind of Constitution for What Kind of Polity? Responses to Joschka Fischer, Florence, Institut Universitaire Européen, 2000, p. 85

[940] Cette formule est, par conséquent, d'autant plus dérangeante dans la bouche d'un homme politique *allemand*.

[941] DÉKÁNY-SZÉNÁSI E., La question de la souveraineté et la construction européenne, Le Portique [En ligne], Recherches, Altérités, identités, mis en ligne le 7 décembre 2007.http://leportique.revues.org/index1385.html.

[942] Ce constat rend encore plus paradoxal le discours de J. Fischer, d'autant plus qu'il insiste sur le fait que le principe de subsidiarité n'est pas bien compris.

[943] DUMONT H., « L'Union européenne, une Fédération plurinationale fondée sur un pacte constitutionnel », in L'Union européenne, une Fédération plurinationale, précité, p.36. Le phénomène fédératif est un concept générique regroupant la confédération d'États, l'État fédéral et la Fédération plurinationale dont l'Union est le prototype.

« comme une union volontaire, durable et dotée de la personnalité juridique, qui associe par un pacte constitutionnel des États attachés au maintien de leur nationalité et de leur souveraineté négative, mais ayant consenti au remplacement de leur souveraineté positive dans les matières substantielles qu'ils ont transférées à l'Union par un dispositif institutionnel propre à un exercice en commun de ces souverainetés au service des citoyens de l'Union ».

434. En tant que Fédération plurinationale, l'Union repose sur un « pacte constitutionnel » qui est un acte distinct du « traité » d'une organisation internationale et de la « Constitution » d'un État mais également du « pacte fédératif » d'une Confédération[944]. La qualification « plurinationale » est importante car elle permet de différencier l'Union européenne d'autres Fédérations, notamment des États fédéraux, présentant un aspect « mono-national » plus ou moins marqué. L'Union n'a donc pas vocation à absorber les nations-membres dans une nouvelle nation « européenne ». Par ailleurs, l'expression « plurinationale » permet de dépasser les limites du concept de « Fédération d'États-nations » dans la mesure où tous les États membres de l'Union ne sont pas des États-nations comme la France. En effet, a coté du modèle français, existent des modèles étatiques très différents comme celui de l'Espagne, du Royaume-Uni et de la Belgique[945]. Au regard de la grande diversité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne, c'est tout naturellement que le concept de « Fédération plurinationale » s'est substitué à celui de « Fédération d'États-nations ». Si Fédération européenne il doit y avoir, il s'agira donc, non pas d'une Fédération d'États-nations, mais, eu égard à la situation particulière de certains États membres, d'une Fédération plurinationale[946]. Il en va du respect de l'identité constitutionnelle et nationale des États membres[947].

435. Il faut cependant insister sur le fait que la dimension plurinationale qui spécifie la Fédération européenne n'implique pas un droit fondamental des États au respect de leur statut d'État-nation, si l'on entend par cette expression « une sorte d'enclos constitutionnel et

---

[944] H. Dumont s'écarte de la terminologie employée par O. Beaud qui assimiler les notions de pacte fédératif et constitutionnel. Le premier emploie la notion de pacte fédératif pour désigner l'acte constitutif d'une Confédération et celle de pacte constitutionnel pour le fondement de la Fédération plurinationale..Voir : BEAUD O., « La notion de pacte fédératif. Contribution à une théorie constitutionnelle de la Fédération », *in* J.-F. KERVÉGAN ET H. MOHNHAUPT (dir.), *Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Philosophie*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1999, pp. 197-270.

[945] *Ibid*.

[946] LEHMANN P.-E., Le respect de l'identité nationale des Etats membres in l'Union Européenne, une Fédération plurinationale, précité, p. 179.

[947] Aux termes de l'article 4.2 TUE *« l'Union respecte l'égalité des États 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 »*.

culturel »[948]. La conclusion d'un pacte constitutionnel comporte nécessairement des atteintes à l'identité nationale, constitutionnelle ou culturelle[949]. Celles-ci découlent de leur statut d'« État intégré »[950]. Ce nouveau statut est, d'ailleurs, incompatible avec la notion d'État-nation. C'est parce que « la plurinationalité de la Fédération européenne s'inscrit aux antipodes d'une juxtaposition d'identités repliées sur elles-mêmes » qu'il convient de rejeter la formule de « Fédération d'États-nations ». Soulignons encore que dans une Fédération plurinationale, telle que l'Union européenne, l'identité européenne est seconde par rapport aux identités nationales, ce qui n'exclut pas une « dynamique de conciliation » qui doit se concevoir dans un esprit dialectique sans chercher à inverser la relation juridico-politique établie dans la notion même de pacte constitutionnel[951]. Dès lors, l'on s'interrogera sur le rôle que le principe de subsidiarité est amené à jouer dans une telle construction.

Section 2. Les vertus fédéralisantes de la subsidiarité

436. Pour beaucoup d'auteurs, le principe de subsidiarité est indissociable du fédéralisme européen dans la mesure où le premier devrait permettre la réalisation du second. Ainsi en est-il de J. Delors dans la pensée duquel subsidiarité et Fédération d'États-nations sont liées. La principale vertu de la subsidiarité réside dans le fait que ce principe se présente comme « un instrument opérationnel pour déterminer clairement la distribution des compétences »[952]. En effet, la répartition des compétences entre les différents échelons, sur le plan législatif ou celui de l'exécution, revêt une importance fondamentale pour toute Fédération. Au-delà de la question du partage des compétences, le principe de subsidiarité renvoie à des notions qui sous-tendent le fédéralisme, où plutôt les différentes formes de fédéralisme dans le monde, comme celles d'aide, de secours, de suppléance, de secondarité, de solidarité, d'efficacité ou encore d'autonomie[953]. Aussi la subsidiarité ne doit-elle pas être appréhendée uniquement

---

[948] *Ibid., p. 52*. Cette hypothèse devrait être distinguée de celle d'un « droit fondamental » des Etats membres au respect de leur « identité nationale », comme le défend, par exemple, J. D. Mouton. Voir :BARBATO J.-C. ET MOUTON J.-D.(Dir.), Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne. Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 3-17

[949] Qu'il s'agisse de la suprématie de leur Constitution ou de la sauvegarde de leur identité culturelle.

[950] MOUTON J.-D., « La mondialisation et la notion d'État », in SFDI, Colloque de Nancy, L'État dans la mondialisation, Paris, Pedone, 2013, pp. 30-36 ; « L'État membre entre souveraineté et respect de son identité : quelle Union européenne ? », Revue de l'Union européenne, no 556, mars 2012, pp. 204-209.

[951] DUMONT H., « L'Union européenne, une Fédération plurinationale fondée sur un pacte constitutionnel », précité, p.73.

[952] BARROCHE J., « La subsidiarité chez Jacques Delors. du socialisme chrétien au fédéralisme européen », *Politique européenne* 2007/3 (n° 23), p. 153-177.

[953] BARRUE-BELOU R., p. 271-272. L'auteur a étudié l'usage du principe de subsidiarité dans les trois fédérations américaines suivante : le Canada, les Etats-Unis et le Brésil. Il résulte de son analyse un usage différencié de la subsidiarité selon que les systèmes fédéraux en question mettent l'accent sur l'idée d'aide ou de suppléance (Brésil), d'efficacité (Canada) ou d'autonomie (Etats-Unis).

comme un principe reconnu par un texte — fût-il de nature constitutionnelle — mais comme un « outil fédératif » ou un « instrument servant à construire la Fédération et pouvant être utilisé selon des modalités variables en fonction des cas »[954]. En ce sens, le principe de subsidiarité apparait comme un véritable outil de fédéralisation de l'Union européenne dont la vocation fédérale est difficilement contestable (Paragraphe 1). Au-delà de cet aspect, la subsidiarité et le fédéralisme présentent de nombreux points communs et partagent des valeurs sur lesquelles il nous semble important de nous arrêter (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La subsidiarité comme outil de fédéralisation

437. L'approche dynamique de la subsidiarité et de la construction européenne permet d'envisager la première comme un moyen de fédéraliser l'Union européenne dans la mesure où cette dernière se présente comme un processus en cours toujours inachevé, à savoir une Fédération en devenir. Il nous semble néanmoins que pour que cette fédéralisation s'enclenche et qu'elle puisse fonctionner, il est nécessaire que se développe, aussi bien chez les États membres que chez les institutions européennes, une « culture de la subsidiarité »[955]. Nous rejoignons à cet égard la vision de L. Dechatre qui estime qu' « au-delà des mécanismes pouvant être pensés pour garantir l'équilibre fédéral, il est indispensable que chacun des acteurs intériorise le principe de respect mutuel des compétences, à l'image des américains qui *vivent* l'idée fédérale »[956]. En effet, même si le principe de subsidiarité n'est pas expressément consacré dans la constitution des États-Unis, « les effets qu'il implique en termes de répartition des compétences et d'exercice des compétences fédérales irriguent la culture américaine » car « les américains partent de l'idée originelle de la subsidiarité d'action d'une autorité publique uniquement dans le cas d'une nécessité »[957]. Mise au service de la fédéralisation de l'Union, la subsidiarité apparait comme un instrument ou un outil qu'il convient de bien comprendre pour appréhender au mieux la relation qui l'unit au fédéralisme européen. Le principe de subsidiarité n'est pas une fin en soi mais une méthode car il s'inscrit « dans un cadre fédératif, ou peut-être fédéralisant »[958]. Au regard des difficultés auxquelles se heurte le processus d'intégration en Europe et de la complexité du phénomène fédéral, en général, et de la construction européenne, en particulier, le principe de subsidiarité se veut tout d'abord une méthode pédagogique (A). Plus fondamentalement, en tant que composante du fédéralisme, la subsidiarité nous apparait comme comme un élément structurant de cette

---

954 *Ibid*., p. 272.

955 DELPÉRÉE F., observations de synthèse, in : DELPÉRÉE (F.)(dir.), Justice, p.200.

956 DECHATRE L., Le pacte fédératif, précité, p. 575.

957 *Ibid*.

958 *BARRUE BELOU R., précité*., p. 271.

Fédération plurinationale qu'est l'Union européenne dans la mesure où elle apporte des réponses aux problèmes posés par la question de la souveraineté ou encore celle de la démocratie en Europe (B).

A. Une Méthode pédagogique

438. Le système de répartition des compétences présente, depuis toujours, une certaine complexité dans l'Union européenne. L'impossibilité politique d'en dresser, sur le modèle de la plupart des Constitutions fédérales, des listes précises a conduit les auteurs des traités à consacrer à l'époque de Maastricht un principe général susceptible de réguler l'exercice de certaines d'entre elles, à savoir les compétences partagées. Il n'est pas inutile de rappeler à cette occasion que le traité de Maastricht, issu d'une réforme initiée par J. Delors et les *Länder* allemands, a permis le passage d'une Communauté économique à une Union plus « politique »[959]. Certains commentateurs sont allés jusqu'à affirmer que le traité de Maastricht avait abouti à la création d'un « État-nation élargi » plus ou moins fédéral car dépassant la notion d'État-nation sans détruire la souveraineté des États membres[960]. Il n'est dès lors pas étonnant qu'un principe fédéralisant comme la subsidiarité trouve, au sein de cette nouvelle construction, « une place particulière »[961]. Tout d'abord, si le texte a pu être adopté, c'est, comme le rappelle la doctrine, grâce à l'introduction du principe de subsidiarité dans le droit primaire de l'Union[962]. Si les termes « fédération » ou « fédéral » n'apparaissent pas, l'introduction de celui de « subsidiarité n'en préfigure pas moins la fédéralisation de l'Union européenne dans la mesure où ce principe est inhérent au fédéralisme. Aussi la subsidiarité se veut-elle — fût-ce de façon détournée ou subreptice — une propédeutique de l'approche fédérale (1). A l'instar du principe fédératif, le principe de subsidiarité apparait, s'il est bien compris, comme un correcteur de la répartition des compétences dans une Fédération (2).

1. Une propédeutique de l'approche fédérale

439. Dans la pensée de J. Delors, la subsidiarité est clairement « un moyen de construire le fédéralisme en se voulant une pédagogie – mieux, une propédeutique – de l'approche

---

959 HANSON S., Entre Union européenne et région wallonne : multiplicité des échelons de pouvoir et subsidiarité territoriale. Analyse de la subsidiarité territoriale au travers des directives Seveso, IPPC, responsabilité environnementale et de leurs mesures de transposition en région wallonne, thèse, 2012, p. 55.

960 MERTENS DE WILMARS J., « Du bon usage de la subsidiarité », in Revue du marché unique européen, 4/1992, p. 194.

961 HANSON S., précité, p. 56. Voir aussi WAEVER O., « Resisting the Temptation of Post Foreign Policy Analysis », in European Foreign policy : the EC and Changing Perspectives in Europe, London and Thousand Oaks, pp. 238-273 ; CAPORASO J. « The European Union and Forms of States: Westphalian, Regulatory or Post-Modern? », in Journal of Common Market Studies, 34, march 1996, pp. 44-48.

962 CONSTANTINESCO V., « Le principe de subsidiarité : un passage obligé vers l'Union européenne ? », in L'Europe et le droit – Mélanges en hommage à Jean BOULOUIS, Clamecy, Dalloz, 1991, p. 35.

fédérale »[963]. Rappelons que lors de la conférence intergouvernementale sur l'union politique de 1991, la première rédaction de l'article A, (dénommé par la suite article 1) était la suivante: « le présent traité marque une nouvelle étape dans le processus graduel menant à une Union à vocation fédérale »[964]. L'article fut changé pour faire disparaître tout terme relatif au fédéralisme et éviter une source de mécontentement pour les États les plus réticents mais l'idée sous-tendue par la notion de subsidiarité et par la mise en place du principe a perduré[965]. Bien que le mot ait disparu, l'idée ou l'inspiration fédérale était restée tant le principe de subsidiarité est « consubstantiel à l'idée fédérale »[966].

440. Le Royaume-Uni qui, à l'époque de Maastricht, rejetait obstinément toute référence au spectre repoussoir du fédéralisme, en raison de la crainte que lui inspirait toute vocation supranationale de l'Union, se voyait ainsi conforté tandis que les revendications des fédéralistes étaient, de façon tout à fait paradoxal, entendues[967]. En effet, les fédéralistes ont toujours été attachés à la subsidiarité comme l'atteste le « projet Spinelli » adopté par le Parlement européen en 1984 mais rejeté par les États qui, méfiants à l'égard d'une Union fédéraliste, lui préférèrent un texte moins ambitieux sous la forme de l'Acte unique européen[968]. Ce projet qui émanait d'auteurs se réclamant expressément du fédéralisme comportait des références à la subsidiarité en tant que principe gouvernant l'exercice de compétences concurrentes entre l'autorité fédérale (l'Union) et les États membres[969]. Si le projet Spinelli n'a pas abouti, c'est aussi parce que l'ambiguïté de la subsidiarité faisait débat. Les États n'ignoraient pas que la double facette du principe pouvait aussi bien servir à limiter

---

963 BARROCHE J., « La subsidiarité chez Jacques Delors. du socialisme chrétien au fédéralisme européen », *Politique européenne* 2007/3 (n° 23), p. 153-177.

964 Article A-2, Projet de Traité sur l'Union (document de référence de la présidence luxembourgeoise), Conférence des représentants des gouvernements des États membres - Union politique - Union économique et monétaire, CONF-UP-UEM 2008/91. Nous soulignons.

965 BARRUÉ-BELOU R., Analyse des outils fédératifs aux Etats-Unis, au Canada et au Brésil : contribution à l'étude du fédéralisme, 2013, p. 270.

966 LAMOUREUX F., Démocratie et subsidiarité dans l'Union Européenne, Rapport du Colloque du Mouvement Européen, Paris, 6 février 1993.

967 La subsidiarité n'est-elle pas ce « topos communautaire, invoquée aussi bien par les adversaires d'un approfondissement de l'Europe politique que par les partisans d'un fédéralisme intégrateur » ?ABÉLÈS M. & BELLIER I., « La Commission européenne : du compromis culturel à la culture politique du compromis », *Revue française de science politique*, vol. 46 (3), (1996), p. 450.

968 PARLEMENT EUROPÉEN, Résolution relative au projet de traité instituant l'Union européenne, 14 février 1984 ; JOCE, C 77, 19 mars 1984.

969 Outre des dispositions très proches de la formule du fédéralisme constitutionnel allemand, l'article 12 du projet ayant été directement inspiré de l'article 72 de la Loi fondamentale, le projet Spinelli dont l'auteur était un fédéraliste notoire faisait également intervenir le principe de subsidiarité dans le préambule (« confier à des institutions communes, conformément au principe de subsidiarité, les seules compétences nécessaires pour mener à bien les tâches qu'elles pourront réaliser de manière plus satisfaisante que les Etats pris isolément »).

l'action communautaire qu'à favoriser l'intervention de l'Union[970]. Il peut donc paraitre paradoxal que, quelques années plus tard, sous l'ère Maastricht, l'ambiguïté du principe de subsidiarité ait pu servir de compromis entre fédéralistes et souverainistes. Comme l'a parfaitement résumé le premier ministre britannique J. Major, « la subsidiarité est le mot qui sauve le traité de Maastricht (…) car chacun peut prétendre l'interpréter selon ses vœux »[971].

441. Si les euro-sceptiques voient dans la subsidiarité un moyen de préserver les prérogatives nationales, l'Union ne pouvant intervenir qu'à titre subsidiaire, le même principe satisfait les tenants du fédéralisme et les États de tradition fédérale ainsi que les collectivités infra-étatiques, en ce compris les *Länder* allemands, dans la mesure où la subsidiarité s'applique aux rapports entre l'Union et les États ainsi que les régions[972]. Si l'inscription du principe dans le droit primaire avait apparemment pour objectif de rassurer les États membres en limitant l'accroissement des compétences communautaires, du fait de son caractère volontairement ambigu, la subsidiarité n'en légitime pas moins potentiellement la croissance à venir des domaines d'action de l'Union. En dépit de l'aspect complexe voire contradictoire de la subsidiarité, les auteurs du traité de Maastricht ont, sans nul doute, entendu conférer une teinte ou une saveur fédérative au principe[973]. En effet, malgré une subsidiarité « négative » dans les textes, l'ambiguïté fondatrice du principe permet de légitimer l'action de l'Union dans les domaines de compétences partagées afin de ne pas fermer la porte à une évolution supranationale voire fédérale, « même si l'horizon fédéraliste est – dans les mots – plus ou moins enterré »[974]. Il n'est d'ailleurs pas anodin que la subsidiarité soit apparue dans le langage communautaire précisément au moment où des initiatives ont été prises pour transformer la Communauté en Fédération, le traité de Maastricht ayant comporté des virtualités fédérales comme la citoyenneté ou encore la monnaie unique. En tant qu'attribut essentiel de la souveraineté nationale, la mise en commun de la monnaie traduit un processus fédératif, même si dans l'Union, ce processus s'opère sans véritable union politique.

442. R. Barrué-Belou relève ainsi que même si les Pères fondateurs souhaitaient se diriger vers une Fédération, le mot ne pouvait apparaître comme tel, sous peine de rebuter les États. Le principe de subsidiarité, présent depuis Maastricht dans les traités, a donc recouvert une

---

970 HANSON S., Entre Union européenne et région wallone, précité, p. 47.

971 CHARPENTIER J., « Quelle subsidiarité ? », in Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques, n° 69, 1994, pp. 49-62.

972 L'aspect infra-étatique de la subsidiarité est renforcé depuis Lisbonne dans la mesure où il est désormais précisé que l'Union doit tenir compte tant du niveau central que du niveau « régional et local ».

973 BARRUÉ-BELOU R., Analyse des outils fédératifs, précité, p. 270.

974 BARROCHE J.,« La subsidiarité chez Jacques Delors. du socialisme chrétien au fédéralisme européen », *Politique européenne* 2007/3 (n° 23), p. 153-177.

signification particulière : s'il ne répartit pas les compétences au sein de l'Union, il en régule l'exercice. C'est donc « pour atteindre le résultat final qu'est la Fédération européenne » que les compétences ont été déterminées en fonction d'objectifs à atteindre puisque ces derniers ne sont énumérés qu'en termes généraux de manière à permettre une interprétation large et extensive[975]. Au-delà de sa signification et de sa charge symbolique – « la marche vers le fédéralisme »[976] – la subsidiarité apparait, de façon plus concrète, comme un principe-correcteur du système de répartition et d'exercice des compétences dans l'Union, ce qui permet de rapprocher le fonctionnement de celle-ci de celui d'une véritable Fédération.

2. Un correcteur de la répartition des compétences

443. Contrairement à ce qui se fait dans les pactes fédéraux, les traités européens ne comportaient, à l'origine, aucun principe de répartition ni aucune règle de dévolution ou d'exercice des compétences entre la Communauté et les États membres, comme si les auteurs n'avaient pas souhaité concevoir le système communautaire en termes de compétences[977]. Dans toute Fédération, une répartition des compétences entre la collectivité fédérale et les collectivités fédérées doit pourtant être faite[978]. Un tel partage des compétence peut être le fait du pouvoir constituant, au stade de l'attribution des compétences, ou du législateur, au stade de l'exercice des compétences[979]. Le principe de subsidiarité peut s'appliquer à ces deux hypothèses[980], étant précisé que la seconde n'est possible que si le pouvoir constituant a attribué, en amont, une compétence dite partagée à l'Union et aux États. Une compétence partagée ou concurrente ne signifie pas, pour rappel, que les deux échelons peuvent intervenir simultanément mais que l'un des deux niveaux de pouvoir peut agir aussi longtemps que l'autre ne le fait pas[981]. Ainsi que le souligne V. Constantinesco, l'essentiel d'une constitution fédérale réside dans la manière dont la répartition des compétences est agencée entre le tout et

---

975 BARRUE-BELOU R., précité, p. 271.

976 BARROCHE J., « La subsidiarité. Le principe et l'application », *Études* 2008/6 (Tome 408), p. 777-788.

977 BLUMANN C.& DUBOUIS L., Droit institutionnel de l'Union européenne, 4e éd, Litec, 2010, p. 410.

978 Souvent, les constitutions fédérales dressent des liste de matières dans lesquelles la fédération est habilité à intervenir, de façon limitative, les domaines qui ne sont pas de sa compétence relevant de celle des Etats fédérés.

979 Neven D., Le principe de subsidiarité dans les systèmes fédéraux, précité, p.14.

980 Voir Chapitre 1 de cette thèse. La subsidiarité peut s'appliquer au stade de la répartition des compétences lors de la révision des traités : CONSTANTINESCO V., 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.38.

981 GRIMM D., «Subsidiarität und Föderalismus » in La Subsidiarité. Regards croisés franco-allemands sur un principe pluridisciplinaire, (Travaux Interdisciplinaires et Plurilingues, Vol. 20), Berne, Berlin, Bruxelles , Peter Lang AG, Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2013, p. 140.

les parties[982]. En outre, la manière dont les compétences sont réparties définit, selon cet auteur, « l'identité politique de la fédération »[983]. En effet, la question de la répartition des compétences a toujours revêtu une importance majeure dans le droit constitutionnel fédéral. S. Wang écrivait, en 1920, que la « répartition constitutionnelle des compétences entre le pouvoir central et les États particuliers constitue le trait essentiel et caractéristique de l'État fédéral ». Il ajoutait que cette question ne pouvait pas se présenter dans une Confédération à défaut d'un rapport constitutionnel entre le pouvoir central et les États particuliers[984]. Comme le relève O. Beaud, il est courant de considérer la question de la répartition des compétences comme le problème central du fédéralisme[985]. À l'instar d'un titre de chapitre d'un ouvrage consacré au fédéralisme intitulé « Le fédéralisme ou la répartition des compétences »[986], l'on serait tenté de tenir pour synonymes ces deux termes en les identifiant complètement. B. Dubey voit ainsi un rapport direct entre le fédéralisme et la question du partage des compétences tel qu'il est opéré par les constitutions fédérales[987]. Dès lors, l'on comprend aisément les lacunes, au regard du fédéralisme, des premiers traités européens dans lesquels les compétences des Communautés n'étaient pas énumérées.

444. Ce n'est, en effet, que de façon progressive que la formalisation des règles encadrant les compétences communautaires s'est opérée dans l'Union de sorte que « les règles de répartition verticales des compétences, qui étaient ignorées des traités originels, sont progressivement devenues une question centrale de la construction européenne »[988]. Le traité de Maastricht a constitué, à cet égard, une première tentative de répartition des compétences dans la mesure où, reprenant la dichotomie issue de la jurisprudence de la Cour de justice, les auteurs du traité (« pouvoir constituant ») ont distingué, comme dans un système fédéral, les compétences exclusives de l'Union des compétences concurrentes, auxquelles la subsidiarité devait désormais s'appliquer[989]. Comme on a pu le relever, si l'Union européenne a reconnu la subsidiarité dans ses textes officiels, c'est bien que la répartition des compétences entre les

---

982 CONSTANTINESCO V., « *Brève note sur la répartition des compétences comme clé de la future constitution européenne* »in Mélanges en hommage à G. ISAAC : 50 ans de droit communautaire, Presse de l'Université de sciences sociales de Toulouse, 2004, p. 156.

983 *Ibid*.

984 WANG S., De la répartition des compétences dans les constitutions fédérale, thèse droit, Paris, Jouve, 1920, p. 6. En effet, il n'existe pas de rapport constitutionnel mais seulement « contractuel » entre les Etats confédérés.

985 BEAUD O., «La répartition des compétences dans une Fédération. Essai de reformulation du problème », Jus Politicum, n° 16.

986 TREMBLAY A., Le droit constitutionnel. Principes, Montréal, Blais, 2000, 2e éd., p. 191.

987 DUBEY B., La répartition des compétences au sein de l'Union européenne à la lumière du fédéralisme suisse : systèmes, enjeux et conséquences, , Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, LGDJ, 2002, p. 27.

988 KIEFFER M., recherches sur l'identité, précité p.355.

989 LAMOUREUX F., Démocratie et subsidiarité dans l'Union Européenne, Rapport du Colloque du Mouvement Européen, Paris, 6 février 1993.

institutions et les États membres n'était pas assez claire ou suffisamment établie[990]. Outre la consécration du principe de subsidiarité, le traité de Maastricht a formalisé le principe de la compétence d'attribution de l'Union. Il est aujourd'hui clair et bien établi que, conformément à l'article 5.1 TUE, le principe d'attribution régit la délimitation des compétences et que les principes de subsidiarité et de proportionnalité régissent l'exercice des compétences. La question de la répartition des compétences doit donc être soigneusement distinguée de celle de leur exercice. Comme le relève L. Dechatre, la raison pour laquelle on a intégré le principe de subsidiarité en droit de l'Union est que « dans des Fédérations comme l'Union européenne, marquées par de larges compétences partagées, un contrôle de l'existence d'une base de compétences ne suffit pas, il est également nécessaire d'avoir un complément de garantie concernant l'exercice de ces compétences par le niveau fédéral »[991]. Ainsi que le notait F. Lamoureux dans un rapport de 1993, « pierre angulaire de l'Union européenne », la subsidiarité emporte, comme dans le modèle fédéral, une conséquence radicale : la règle selon laquelle la compétence est nationale, la compétence communautaire étant l'exception[992]. L'introduction du principe de subsidiarité dans le droit primait rendait ainsi inutile la demande du gouvernement britannique d'établir une liste de compétences nationales[993]. Sur un plan institutionnel, la subsidiarité européenne revêt la même portée que le principe fédératif dans les systèmes fédéraux car ces deux règles président à un partage équilibré des compétences. En tant que principes directeurs, ils revêtent une fonction analogue : « assurer un équilibre dynamique entre les compétences des ordres de gouvernement »[994].

445. Le traité de Lisbonne qui a repris les améliorations apportées par le « traité constitutionnel »[995], s'agissant des listes de compétences, a contribué à rapprocher davantage le système de répartition des compétences de l'Union de celui de la plupart des Constitutions fédérales[996]. Le système de répartition des compétences introduit par Lisbonne est donc un élément de nature fédérale en ce qu'il permet à l'Union de disposer « pour la première fois d'une classification des compétences, qui ne ressortait pas de façon aussi nette de la version antérieure des traités »[997]. Ainsi, le premier article du TFUE indique désormais que le traité

---

990 BARRUE-BELOU R., précité, p. 272.

991 DECHATRE L., Le pacte fédératif, précité, p. 575.

992 *LAMOUREUX F., précité,*

993 *Ibid*.

994 JOACHIM C., Le partage des compétences en matière de protection de la qualité des eaux douces au Canada et dans l'Union européenne, p. 40.

995 Ce n'est donc pas un hasard si le premier traité à avoir introduit une liste de compétences était désigné sous le nom de traité établissant une « Constitution ». Rappelons que ce projet fut avorté, le traité ayant été rejeté.

996 S'agissant de la Constitution des Etats-Unis, voir : l'article 1, section 8 et l'article 2, section 2 et 3.

997 PETIT Y., précité, p. 28.

détermine les domaines, la délimitation et les modalités d'exercice des compétences de l'Union. L'article 3 énumère les domaines dans lesquels celle-ci dispose d'une compétence exclusive tandis que l'article 4 s'attache à définir ceux dans lesquels elle dispose d'une compétence partagée. La différence entre ces deux types de compétences est essentielle puisque le principe de subsidiarité est exclu des domaines relevant de la compétence exclusive de l'Union, comme l'union douanière, l'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur, la politique monétaire, la conservation des ressources biologiques de la mer et la politique commerciale commune. Là encore, le traité de Lisbonne n'a fait que codifier la jurisprudence de la Cour qui s'est attachée à préciser, dans le silence des premiers traités, la nature, exclusive ou partagée, des compétences.

446. Ainsi, en consacrant le principe de subsidiarité, le traité de Maastricht a largement contribué à la définition des compétences, amorçant d'une certaine façon la fédéralisation de l'Union européenne. En effet, dans la mesure où le principe ne s'applique pas aux compétences exclusives, le contrôle de son respect suppose, préalablement, de vérifier si le domaine dans lequel l'acte litigieux est intervenu relève d'une compétence partagée ou exclusive. Le principe de subsidiarité a ainsi contribué à l'identification des compétences dans l'Union. Dans cette optique, le traité de Lisbonne parachève une logique amorcée dans le traité de Maastricht et vient combler une lacune car en conditionnant l'application du principe de subsidiarité à l'identification d'une compétence partagée, sans toutefois en donner la liste ni la définir, le traité de Maastricht comportait une lacune.

B. Un élément structurant du fédéralisme

447. Au delà d'être un principe régulateur de l'exercice des compétences (partagées), la subsidiarité marque en douceur le passage à un nouveau paradigme : l'époque du transfert des compétences des États vers l'Union laisse ainsi sa place à « une nouvelle ère de partage et d'exercice en commun »[998]. Dans ce schéma, les compétences sont toujours plus ou moins communes, et non plus exclusives à l'Union ou aux États car « elles ne sont pas partagées seulement au stade de leur allocation mais également au stade de leur exercice et de leur mise en œuvre »[999]. Il ne s'agit donc pas tant de séparer deux ordres juridiques, européen et nationaux, sur le modèle désuet du fédéralisme dualiste[1000], que d'exercer en commun une totalité de pouvoirs indivis au niveau de l'Union européenne, sur le modèle d'un fédéralisme

---

998 BARROCHE J., Théories fédéralistes, précité.

999 *Ibid*.

1000 Le fédéralisme dual ou dualiste a été abordé dans le premier premier Chapitre de cette thèse.

dit « coopératif »[1001]. S'inscrivant dans la pensée de C. Schmitt et O. Beaud, J. Barroche souligne que c'est là une façon d'illustrer que dans une Fédération, la souveraineté demeure toujours pendante[1002]. Aussi la subsidiarité peut-elle se concevoir comme un moyen de contourner la question épineuse de la souveraineté ou, du moins, d'en relativiser l'importance (1). Sous l'angle du fédéralisme, la subsidiarité présente un autre avantage qui est celui de la démocratisation de l'Union européenne dans la mesure où ce principe « pousse à inclure les régions et les collectivités décentralisées comme interface obligatoire entre la Fédération et ses États membres »[1003]. S'il ne peut y avoir fédéralisation de l'Union européenne sans démocratisation de celle-ci, force est de reconnaitre que la subsidiarité peut également servir le fédéralisme européen en rapprochant l'Union de ses citoyens (2).

1. Un moyen de contourner la question de la souveraineté ou d'en relativiser l'importance

448. Dans la mesure où il n'est guère possible d'échapper à la question de la souveraineté, il semble nécessaire, comme le note A. Leclerc, de désabsolutiser cette notion, c'est-à-dire de la relativiser et de la limiter[1004]. L'auteur évoque deux pistes : la première se réfère à la démarche des penseurs libéraux comme B. Constant qui cherchent, à travers le concept de souveraineté limitée, à préserver la sphère privée de l'individu en limitant l'autorité politique. La deuxième piste se rattache à la notion de « souveraineté divisée » des *Founding Fathers* des États-Unis que l'on retrouve dans les écrits de A. de Tocqueville. Dans les deux cas, il s'agit de tempérer l'absolutisme de la souveraineté par une application implicite du principe de subsidiarité. Au début du XIXème siècle, B. Constant évoquait déjà, à coté des pouvoirs constitutionnels que sont le pouvoir royal, le pouvoir exécutif, le pouvoir représentatif et le pouvoir judiciaire, le pouvoir municipal « qui, dans sa sphère, doit être un pouvoir à part indépendant des autres »[1005]. Aussi B. Constant se rattache-t-il aux penseurs et théoriciens de

---

1001 Par analogie avec les expériences allemandes et suisses, l'Union européenne est souvent qualifié de "fédéralisme coopératif » : SIDJANSKI D., L'approche fédérative de l'Union européenne ou La quête d'un fédéralisme européen inédit, Paris : Notre Europe , 2001.Voir aussi : NEVEN D., Le principe de subsidiarité dans les systèmes fédéraux de répartition des compétences. Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, 2017 ; Barroche J., Théories fédéralistes, précité.

1002 *Ibid*. Voir aussi : SCHMITT C., *Théorie de la Constitution* [1928], trad. L. Deroche, Paris, Puf, 2008, p. 519 ; BEAUD O., *Théorie de la Fédération, op. cit*., pp. 141-142).

1003 MATALA-TALA L., La légitimation politique de la Fédération européenne in L'Union européenne, une Fédération plurinationale en devenir, précité, p. 99.

1004 LECLER A., « L'intégration européenne et la science politique : précité, p. 126.

1005 CONSTANT B., « Cours de politiques constitutionnelles», in Cours de politique constitutionnelle, vol. 1, Genève-Paris, Slatkine, réimpression de l'édition de 1872, 1982, p. 177.

la subsidiarité[1006]. De même, par sa conception décentralisatrice de la souveraineté, Tocqueville s'est fait le promoteur d'une démocratie de proximité et du dépassement du « paradigme stato-national en direction de l'idée fédérative »[1007]. Si, pour les pères fondateurs des États-Unis, comme A. Hamilton, « la souveraineté est une et relève du niveau fédéral », elle implique cependant le concours des États fédérés. A. Leclerc note que ce dernier semble promouvoir l'exercice concerté de la souveraineté tout en demeurant « dans une certaine ambivalence » qui ne sera levée que par la Cour suprême et la guerre de Sécession[1008]. Dénoncée fréquemment comme un non-sens[1009], l'idée de « souveraineté partagée » apparait avec la naissance en Amérique du fédéralisme, notamment sous la plume de Tocqueville[1010] qui considère les États-Unis comme une nouvelle forme d'État caractérisé par le « partage de la souveraineté » car mettant en présence « deux souverainetés »[1011]. L'idée de « co-souveraineté » ou de « souveraineté partagée », issue de cette volonté doctrinale de limiter ou de diviser la souveraineté, n'est donc pas sans lien avec la subsidiarité[1012].

449. Dans une Fédération, l'importance de subsidiarité, et la place centrale qu'elle occupe dans son organisation et dans son fonctionnement, permet de relativiser la question de la souveraineté. À cet égard, il est intéressant de relever que les développement théoriques de la subsidiarité sont aussi anciens, sinon plus, que les fondements doctrinaux de la souveraineté. Sans remonter jusqu'à Aristote qui, déjà, décrivait une société composée de plusieurs groupes sociaux fondés sur le principe d'autonomie (autarcheia) et dont les idées ont été reprises par Thomas d'Aquin et transposées dans le cadre de la doctrine sociale de l'Eglise catholique, l'on peut citer le juriste calviniste J. Althusius[1013]. Théoricien du droit naturel, Althusius[1014] cherche à préserver les droits de la personne face à un pouvoir politique qui, en général, vise

---

1006 FELDMAN J.-P., Décentralisation, fédéralisme et subsidiarité dans la pensée de Benjamin Constant, Politeiano 32, décembre 2017 Ordres constitutionnels, international et européen.

1007 FERRY J.-M., La République crépusculaire. Comprendre le projet européen *in sensu cosmopolitico*, Paris, Éd. du Cerf, coll. « Humanités », 2010, p. 220.

1008 LECLERC A., « L'intégration européenne et la science politique : précité, p. 127.

1009 LEMAIRE F., « Propos sur la notion de « souveraineté partagée » ou sur l'apparence de remise en cause du paradigme de la souveraineté », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 92, no. 4, 2012, pp. 821-850. En effet, la souveraineté est conçue, depuis Bodin, comme « une et indivisible ».

1010 TOCQUEVILLE A., *De la démocratie en Amérique*, t. I, chap. VIII, Gallimard, coll. Folio, 2008, pp. 240-244.

1011 FELDMAN J.-P., « Alexis de Tocqueville et le fédéralisme américain », RDP, 2006, pp. 879-901, sp. p. 884.

1012 SIDJANSKI D., L'Avenir fédéraliste de l'Europe: La Communauté européenne, des origines au traité de Maastricht, Presses universitaires de France, 1992 - 440 pages. Selon cet auteur, la « souveraineté partagée » est l'illustration du principe de subsidiarité.

1013 On relèvera que la subsidiarité, considérée comme un principe fédéral, emprunte autant à la doctrine catholique qu'au calvinisme et puise son origine dans la philosophie de la Grèce antique.

1014 Lorsqu'on envisage la querelle de la souveraineté, l'on oppose généralement J. Althusius à J. Bodin : BELIN-CAPON, M.-H., « Althusius contre Bodin », *Commentaire*, vol. numéro 150, no. 2, 2015, pp. 275-278.

toujours à déborder ses limites. En organisant la société par niveaux autonomes, la subsidiarité permet d'éviter une limitation excessive des droits des minorités par la majorité. Aussi la subsidiarité vient-elle « nuancer l'idée de souveraineté nationale »[1015]. En concevant la subsidiarité comme tournée vers le bien commun et en considérant la souveraineté, non comme un fait, mais comme un droit, Althusius s'oppose à la pensée de J. Bodin et montre que « l'idée de subsidiarité est indissociable de l'idée fédérale »[1016]. Ainsi, à la différence du dogme de la souveraineté étatique, fondé sur l'absolutisme, « le fondement du principe de subsidiarité est bien le caractère prioritaire des droits et des capacités des personnes sur les structures de pouvoir, sur les institutions organisatrices de la vie en société ». Dans cette optique, l'État subsidiaire, et donc fédéral, constitue « le paradigme de la sortie de l'État totalitaire, figure ultime de l'État souverain »[1017]. En s'inspirant des idées de J. Althusius, C. J. Friedrich a pu affirmer qu'il ne pouvait y avoir de souverain dans un système fédéral puisque les communautés politiques doivent interagir comme des unités autonomes. L'absence de souverain dans un système fédéral s'explique, pour cet auteur, par la nécessité de respecter le pacte inhérent à tout fédéralisme. Celui qui aurait le dernier mot (le souverain) serait amené à rompre ledit pacte[1018]. La subsidiarité tend à faire fonctionner la répartition des compétences dans l'Union sur le mode de la mobilité et de la perméabilité puisque les compétences sont, dans ce schéma, toujours plus ou moins communes et partagées. Certains auteurs voient dans la subsidiarité une alternative possible au principe de souveraineté[1019]. Ainsi que le rappelle J. Barroche, la souveraineté, en tant que suprématie du pouvoir étatique, implique indivisibilité de la puissance publique et tolère mal toute idée de partage des compétences[1020]. Néanmoins, « en appréhendant les compétences du point de vue non pas de leur titulaire mais de leur exercice effectif, la subsidiarité élude cette question »[1021]. Cette

---

[1015] AGUILON C., Justice constitutionnelle et subsidiarité, précité, p. 15.

[1016] *Ibid*.

[1017] BARROCHE J., « La subsidiarité. Le principe et l'application », *Études*, vol. tome 408, no. 6, 2008, pp. 777-788. Voir aussi : MILLON-DELSOL C., L'Etat subsidiaire. Ingérence et non-ingérence de l'Etat : le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne, PUF, 1992, p. 126.

[1018] E. Orban a émis de sérieuses réserves sur ce point tout en rejoignant la définition que donne C. J. Friedrich du fédéralisme qu'il conçoit comme un processus de fédéralisation et non un modèle statique caractérisé par une division étroite et fixe des pouvoirs entre les niveaux de gouvernement. L'énoncé de C. Friedrich conviendrait, selon lui, « pour une Confédération mais non pour définir l'évolution actuelle du système fédéral des Etats-Unis ». ORBAN E., Federalism and Supreme Courts, précité, p. 15.

[1019] Barroche J., « La subsidiarité : quelle contribution à la construction européenne ? », *Revue Projet*, vol. 340, no. 3, 2014, pp. 66-75.

[1020] *Ibid*.

[1021] *Ibid*.

dynamique propre à la subsidiarité semble avoir été entérinée par le traité de Lisbonne qui fait de la catégorie des « compétences partagées » la catégorie de droit commun dans l'Union[1022].

2. Un moyen de démocratiser l'Union européenne

450. Fédéralisation et démocratisation de l'Union européenne doivent aller de pair puisque l'expérience des divers systèmes fédératifs dans le monde suggère que l'existence d'un noyau dynamique fédérateur implique un équilibre entre les membres de la fédération, c'est-à-dire entre les États fédérés et les sous-ensembles afin de prémunir l'ensemble contre l'hégémonie d'un membre ou d'un groupe de membres. Dans un tel schéma, le respect des principes démocratiques devient une « condition incontournable »[1023]. Dans la mesure où les fédérations modernes sont fondées sur les principes démocratiques, les droits de l'homme et des valeurs communes, « le concept de fédéralisme européen ou occidental tel qu'il est admis rend inséparable le fédéralisme et la démocratie »[1024]. En ce sens, la subsidiarité apparait comme un instrument intéressant puisqu'elle permet d'accroître la capacité d'action de l'Union tout en aménageant ses fondements démocratiques et fédéraux. La subsidiarité a permis de mieux identifier les compétences, d'en clarifier la répartition et l'exercice, sans toutefois les figer, et d'associer les Parlements nationaux au processus législatif. Ces derniers ont, en effet, un rôle à jouer dans le fonctionnement démocratique de l'Union car en contrôlant le respect du principe de subsidiarité, ils contribuent à défendre les intérêts locaux. En outre, en délimitant, de façon plus rationnelle, les tâches de l'Union, des États et des entités infra-étatiques[1025], le principe de subsidiarité permet de « dire qui fait quoi en Europe » et répond ainsi au souci démocratique que les réponses soient apportées au meilleur niveau pour les citoyens, c'est-à-dire au plus près des problèmes[1026]. En effet, loin d'être une question purement technique, la détermination du titulaire de l'exercice d'une compétence intéresse le citoyen européen.

451. Le préambule du TUE indique clairement que « le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe » doit s'opérer conformément au principe de subsidiarité, en ce sens que les décisions doivent être « prises le plus près possible des

---

[1022] L'article 2.2 TFUE indique que « lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence partagée avec les États membres dans un domaine déterminé, l'Union et les États membres peuvent légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants dans ce domaine. Les États membres exercent leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne. Les États membres exercent à nouveau leur compétence dans la mesure où l'Union a décidé de cesser d'exercer la sienne ».

[1023] SIDJANSKI D., L'approche fédérative, précité, p. 26.

[1024] *Ibid*.

[1025] L'article 5.3 TUE prend en compte les trois niveaux, européen, étatique et infra-étatique, depuis la révision opérée par le traité de Lisbonne.

[1026] SIDJANSKI D., L'approche fédérative, précité, p. 65.

citoyens ». La relation « synonymique » opérée par le préambule entre subsidiarité et proximité se fonde sur l'équation « proximité = démocratie »[1027]. Ainsi, la subsidiarité-proximité, source d'efficacité et de démocratie, va plus loin qu'une simple réaction contre un excès de réglementation de l'Union car sinon le principe de subsidiarité se confondrait avec la proportionnalité[1028]. L'intérêt de consacrer un principe comme la subsidiarité est de répondre au prétendu « déficit démocratique » de la construction européenne en apportant une nouvelle contribution au processus de légitimation de l'intérêt général local par la proximité[1029]. La subsidiarité est susceptible de renforcer l'assise et le fonctionnement démocratique de l'Union européenne dans la mesure où ce principe permet d'instaurer une gouvernance de proximité [1030]. Le modèle d'une Fédération plurinationale, au sein duquel l'État reste le noyau dur, peut permettre de pousser la démocratisation beaucoup plus loin car ce modèle permet de clarifier la question du gouvernement européen en rendant plus limpide le mécanisme par lequel il est légitimé. En maintenant, conformément au principe de subsidiarité, les États comme niveaux de pouvoir essentiels et lieux de socialisation et d'identification des citoyens, ce modèle permet d'orienter le débat sur la démocratisation non plus seulement vers la réforme institutionnelle mais vers la pratique démocratique[1031].

452. Si, comme le relève E. Lehmann, la démocratisation de l'Union européenne s'opère par incorporation et imitation de la dimension nationale de la démocratie, il est nécessaire que « la dimension européenne ne se réalise pas aux dépens de la dimension nationale »[1032]. Une prise en compte de la dimension nationale se déduit de l'association des parlements nationaux aux travaux de l'Union, en ce qui concerne le respect du principe de subsidiarité par le législateur européen[1033]. Comme le souligne K. Nicolaidis, contrairement à ce que craignent les « supranationalistes », un contrôle démocratique au niveau national sur l'expansion des pouvoirs de l'Union ne signifie pas nécessairement moins d'Europe mais s'inscrit dans « l'esprit de la 'demoïcratie' » qui veut que « des représentants élus directement contrôlent les

---

1027 JOYEUX A., Le principe de subsidiarité, entre terminologie et discours : pistes pour une nouvelle histoire de la formule. Linguistique. Université de Franche-Comté, 2016, p.87.

1028 *Ibid*.

1029 Beaucoup d'auteurs rejettent l'expression « déficit démocratique » la jugeant trop radicale dans la mesure où le caractère démocratique des institutions européennes ne peut être remis en question. L'on ne peut nier que l'Union européenne souffre néanmoins de défaillances dans son fonctionnement démocratique. L'enjeu de sa démocratisation figure donc parmi les questions non résolues du processus d'intégration.

1030 QUERMONNE J.-L., L'Europe en quête de légitimité, Paris, Presses de Sciences Po, coll. « La bibliothèque du citoyen », 2001, p. 96. Voir également : RICARD-NIHOUL G., La poursuite de la voie fédérative, précité, p. 410.

1031 RICARD-NIHOUL G., La poursuite de la voie fédérative, précité, p. 411.

1032 LEHMANN P.-E., Le respect de l'identité nationale des états membres, in L'Union européenne, une Fédération plurinationale en devenir, précité, p.177.

1033 *Ibid*.

limites des compétences au nom des majorités nationales individuelles »[1034]. Les parlements nationaux revendiquent d'ailleurs assez régulièrement, un rôle accru afin d'assurer plus efficacement un contrôle sur l'activité normative de l'Union européenne[1035]. E. Bernard estime toutefois que si dans une Fédération plurinationale, une consolidation du contrôle parlementaire est nécessaire, « elle semble plus appropriée au niveau où les décisions sont prises, c'est-à-dire au niveau européen, plus qu'au niveau national. Ce contrôle concerne d'ailleurs aussi bien la fonction législative que la fonction exécutive dont le renforcement doit conduire à la mise en place d'un véritable gouvernement de l'Union »[1036]

453. Le renforcement de la démocratie passe aussi par le renforcement de la démocratie locale, processus qui nécessite l'application des principes de subsidiarité et de proximité[1037]. La subsidiarité permet de légitimer l'Union européenne en rapprochant celle-ci de ses citoyens, y compris à l'échelon infra-étatique. Dans un tel schéma, « il y a lieu d'accorder un rôle convenable aux régions et collectivités décentralisées qui, compte tenu de leur situation, sont à même de prendre à cœur les aspirations des peuples et de les traduire en véritable actes dans la dynamique européenne »[1038]. En effet, si la Fédération plurinationale ne vise pas la disparition des États membres, elle ne cherche, pas davantage, à affaiblir les régions, bien au contraire. Le « partage de la souveraineté », évoquée précédemment, entre l'Union et les Etats, doit s'opérer aussi avec les régions et collectivités locales dans la mesure où celles-ci servent de relais quotidiens pour marquer la présence de l'Union aux côtés des citoyens européens. En effet, le principe de subsidiarité régule aussi bien les rapports entre l'État et la Fédération qu'entre les deux échelons et la région qui en est l'interface puisque la compétence de principe devrait se situer au niveau le plus bas, ce dernier étant considéré comme le plus démocratique car le plus proche des citoyens[1039]. Dans une telle optique, les régions ont vocation à collaborer avec l'Union, donnant ainsi du sens au concept d'« Europe des régions »[1040], lequel se présente comme un contre-poids à celui d'« Europe des Nations ».

1034 NICOLAÏDIS K., « Demos et Demoï : fonder la constitution », *Lignes*, vol. 13, no. 1, 2004, pp. 88-109.

1035 BARTOLONE C., « Quelle place des parlements nationaux dans la construction de l'Union politique européenne ? », Question d'Europe, no 291, 14 octobre 2013.

1036 BERNARD E., Les pouvoirs législatif et exécutif in L'Union européenne, une Fédération plurinationale, précité, p. 270.

1037 CONSEIL de L'EUROPE, « Les régions à pouvoir législatifs : vers une gouvernance à multiniveaux », Textes adoptés par le Congrès des pouvoirs locaux et régionaux, 17e session, Recommandation, n° 278, 13-15 octobre 2009.

1038 MATALA-TALA L., La légitimation politique de la Fédération européenne in L'Union européenne, une Fédération plurinationale en devenir, précité, p. 99.

1039 *Ibid*.

1040 THOUVENIN J-M., *Collectivités territoriales non-étatiques et Union européenne*. *In Société française pour le Droit international*. *Les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international*. 5 et 6 avril 2001, Université des Antilles et de la Guyanne à Pointe-à-Pitre. Paris : Pedone, 2002, 208 p.

Le concept de Fédération plurinationale semble, à cet égard, particulièrement approprié puisqu'il prend en considération le rôle des entités infra-étatiques dans la mesure où, à la différence du concept de Fédération d'États-nations, il n'est pas centré sur l'échelon étatique.

454. Si le principe de subsidiarité apparait comme un instrument susceptible de fédéraliser l'Union européenne c'est parce que ce principe partage, en plus de la dimension démocratique, de nombreuses valeurs avec le fédéralisme. Le fédéralisme qui a pour finalité de garantir la diversité et de préserver les identités différenciées exige, bien évidemment, la compatibilité des régimes politiques, ce que Kant a d'ailleurs bien montré, à son époque, dans son essai de *Pour la Paix perpétuelle*[1041]. Au-delà des principes démocratiques, d'autres valeurs font partie de ce fond commun[1042].

Paragraphe 2. Les valeurs partagées par la subsidiarité et le fédéralisme

455. Si fédérer consiste essentiellement à réunir des éléments hétéroclites, le renoncement à l'hégémonie fait partie d'une valeur incontournable du fédéralisme[1043]. En tant que théorie de l'aménagement du pouvoir, le fédéralisme vise fondamentalement à préserver la valeur « liberté » : liberté des États fédérés, des peuples, des nations, des régions mais aussi des individus. Aussi une véritable Fédération ne peut-elle naître et croître que dans un espace de liberté et de pluralisme, et cela est d'autant plus vrai pour une Fédération se voulant, comme l'Union européenne, « plurinationale ». La consécration du principe de subsidiarité par le traité de Maastricht s'inscrivait indubitablement dans ce paradigme fédéraliste. En effet, derrière la question technique de l'exercice des compétences, prise en charge par la subsidiarité, se cache le souci, pour l'Union, de préserver la sphère d'autonomie de chaque communauté. Fédéralisme et subsidiarité ont pour objet la limitation du pouvoir. Néanmoins, si le but de toute fédération est de garantir l'absence d'hégémonie en son sein, le fédéralisme, pas plus que la subsidiarité, ne se confond avec un principe de non-ingérence. En effet, la seule liberté ne saurait suffire à sauvegarder les intérêts des uns et des autres dans une Fédération. Face aux forces antagonistes qui sous-tendent son organisation et qui peuvent, potentiellement, menacer son existence, la Fédération cherche de façon permanente à assurer un certain équilibre dans son fonctionnement. Cet équilibre est précaire car constamment menacé par les forces centrifuges ou centripètes de la Fédération. Aussi est-il utile de prévoir un principe dynamique susceptible de réguler, en fonction des circonstances, les rapports entre autorité et liberté, unité et diversité, autonomie et ingérence. Si la limitation du pouvoir

---

[1041] KANT I., *Pour la paix perpétuelle, 1795,* trad. J. Lefebvre, Presses universitaires de Lyon, 1985, 188 pages.
[1042] SIDJANSKI D., L'approche fédérative, précité, p. 4.
[1043] *Ibid.*

fait partie d'une préoccupation au coeur du fédéralisme et de la subsidiarité (A), la recherche de l'équilibre nous semble être la véritable clé de compréhension tant du fédéralisme que de la subsidiarité (B).

A. La limitation du pouvoir

456. Le fédéralisme, et tout particulièrement le fédéralisme américain, repose sur l'idée fondatrice selon laquelle c'est au gouvernement local d'agir de façon prioritaire et que ce n'est qu'à titre subsidiaire que l'autorité supérieure doit pouvoir intervenir. Cette limitation du pouvoir, chère aux Pères fondateurs américains, permet en effet de préserver la liberté. Le principe de subsidiarité, notamment dans son aspect « proximité » tel qu'il ressort du préambule du traité, partage exactement la même idée. La première des libertés que cherche à préserver tant le fédéralisme que la subsidiarité est la liberté des peuples, c'est-à-dire des diverses nations et régions en tant que cercles d'appartenance et de loyautés des citoyens européens. Si le fédéralisme prend traditionnellement en charge les groupes (1), le souci de l'individu est également une caractéristique majeure du fédéralisme européen même si la subsidiarité de Maastricht ne semble pas, *a priori*, investir la liberté individuelle (2).

1. La prise en charge du groupe

457. Dans son projet de *Paix perpétuelle,* Kant évoque l'hypothèse de la mise en place d'un « État mondial » ou d'une « République mondiale » (*Weltstaat* ou *Weltrepublik*) afin de garantir le maintien de la paix à l'échelle supra-nationale, c'est-à-dire entre les États. Néanmoins, une telle hypothèse doit être rejetée car elle ne prend pas suffisamment en compte la liberté des peuples et l'existence d'une diversité de nations en Europe. Cette problématique se retrouve dans la notion de Fédération qui vise précisément à « penser l'institution d'un vaste ensemble englobant les États et s'imposant à eux (l'autorité de cette entité étant nécessaire à la préservation de la paix), sans toutefois les faire disparaître »[1044]. En effet, le but de toute Fédération est de sauvegarder la liberté des diverses communautés afin de préserver la qualité propre des nations ou des régions qui la constituent. C'est en ce sens qu'il faut comprendre le préambule du traité de l'Union qui entend poursuivre « un processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe »[1045].

458. Il convient toutefois de noter que le fédéralisme constitutionnel des États-Unis n'est pas dépourvu de toute ambiguïté quant à l'existence d'un peuple américain qui serait, quant à

[1044] MARTI G., Le pouvoir constituant européen, précité, p. 638.

[1045] TUE. Nous soulignons.

lui, unique[1046]. La formule *« We, the people »* que l'on retrouve dans la Constitution est susceptible de deux interprétations puisqu'elle peut faire référence au peuple américain pris dans son ensemble ou aux peuples des différents États fédérés. La première interprétation est rejetée par ceux qui considèrent que l'attribution de la souveraineté à un peuple unique ne peut que conduire à la disparition des États particuliers. C'est la raison pour laquelle on a souvent privilégié la seconde hypothèse afin de sauvegarder l'existence indépendante des différents États de la Fédération[1047]. Il a d'ailleurs été rapporté que le Préambule de la constitution américaine débutait à l'origine par la formule « Nous, les peuples des États du New Hampshire, du Massachussets, du Rhode Island etc»[1048]. Si l'énumération des noms des treize États fédérés a finalement été supprimée, cela ne serait dû qu'à des raisons pratiques, ce qui permet de valider l'hypothèse selon laquelle l'expression *« we the people »* renvoie aux différents peuples des États fédérés[1049]. Cette précision est importante car elle montre qu'un fédéralisme européen est envisageable, nonobstant la diversité des peuples en Europe.

459. L'exemple du Canada ou de la Suisse montre, par ailleurs, que l'existence d'une homogénéité de langue et de culture, comme on peut la trouver aux États-Unis ou en Allemagne, n'est pas une condition nécessaire à la stabilisation d'une union fédérale[1050]. La coexistence de différents groupes linguistiques ne constitue donc pas nécessairement un obstacle à la cohésion fédérale de l'Union. À cet égard, le traité de Lisbonne a considérablement renforcé la place des régions et de l'autonomie locale dans l'Union. Le principe de subsidiarité, lui-même, s'est enrichi d'une dimension infra-étatique puisqu'il est désormais précisé que l'Union intervient seulement si « les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, <u>tant au niveau central qu'au niveau régional et local</u> »[1051]. L'actuel article 5.3 TUE est à rapprocher de l'article 4.2 TUE, tel qu'il résulte de la révision de Lisbonne, qui consacre le principe du respect de l'identité nationale, aux termes duquel l'Union respecte l'identité nationale des États « inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, <u>y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale</u> »[1052]. Dans le même esprit, l'article 167 TFUE affirme que « l'Union contribue à l'épanouissement des cultures des États membres <u>dans le</u>

[1046] Par opposition au peuple européen qui serait, pour sa part, multiple.

[1047] MARTI G., Le pouvoir constituant européen, précité, p. 63.

[1048] ZOLLER E., « Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération d'Etats », *RCADI*, vol. 294 (2002), p. 63.

[1049] MARTI G., Le pouvoir constituant europée, précité, p. 63.

[1050] Pour une analyse plus approfondie de la question : DECHATRE L., Le pacte fédératif, précité, p. 134.

[1051] Article 5.3 TUE, tel qu'il résulte de la révision du traité de Lisbonne. Nous soulignons.

[1052] Article 4.2 TUE tel qu'il résulte de la révision du traité de Lisbonne. Nous soulignons.

respect de leur diversité nationale et régionale, tout en mettant en évidence l'héritage culturel commun ». Le domaine culturel ne relevant pas de la compétence exclusive de l'Union, son action doit être conforme au principe de subsidiarité. Aussi l'Union doit-elle se borner à encourager la coopération entre les États ou appuyer leur action. Dans la mesure où son action est seulement complémentaire, elle doit s'attacher à protéger le patrimoine des États afin de respecter et promouvoir la diversité des cultures.

460. Ainsi que l'exprime L. Matala-Tala, « il s'agit de faire en sorte que les peuples des États dans leurs différentes cultures puissent s'unir et s'entendre au sein de la Fédération plurinationale »[1053]. La pluralité des cultures nationales, seule perspective d'une Europe politique, s'oppose ainsi à l'édification d'un nationalisme européen. La Fédération plurinationale, parfois qualifiée de « démocratie post-nationale », devrait ainsi garantir non seulement aux Français, Espagnols, Italiens ou Allemands le respect de leur identité culturelle mais aussi aux Corses, Basques, Lombards, Flamands, la sauvegarde de leur patrimoine[1054]. Dans cette optique, la région peut s'entendre comme l'échelon infra-étatique mais également faire référence à une « zone transfrontière habitée par des peuples qui ont une tradition historique de coopération », comme la région Sarlorlux ou le pays Basque[1055]. À l'avenir, les régions devraient devenir les véritables supports d'un appareil administratif européen auprès des citoyens. La subsidiarité revêt dans un tel schéma une dimension encore jamais atteinte puisqu'il s'agit, grâce à ce principe, de construire une Fédération plurinationale démocratique et fortement décentralisée, apte à répondre aux besoins des citoyens et capable de « dissiper les craintes voire les exigences d'autonomisation de certaines régions »[1056].

461. L'idée selon laquelle le pouvoir doit venir d'en bas se retrouve dans d'autres systèmes fédéraux, notamment aux États-Unis, bien que la subsidiarité n'y soit pas consacrée. Selon E. Zoller, cette idée y est ancrée depuis l'époque de la colonisation car les différentes colonies, nées d'initiatives privées, se sont toujours librement organisées[1057]. Comme le résume L.

[1053] MATALA TALA L., La légitimation politique de la Fédération européenne in L'Union européenne, une Fédération plurinationale en devenir, précité, p. 87.

[1054] *Ibid*. Voir aussi, pour les identités régionales : MORIN, E *Penser l'Europe*, Paris, Gallimard, 1987, p. 151. Pour la vision postnationale de l'Europe : MARTIN F.-R., « L'Europe et la problématique de la culture : cosmopolitisme, État- nation, démocratie », *in* G. DuPrat (dir.) *L'union européenne. Droit, politique, démocratie*, Paris, PUF, 1996, p. 288. Selon L. Matala-Tala, l'identité postnationale apparaitra nécessairement du fait d'un nouveau sentiment d'appartenance commune, *« partagé entre les individus de cultures différentes mais vivant au sein d'une même communauté »*. Cette identité passera aussi, selon cet auteur, par l'ouverture culturelle et un cosmopolitisme européen.

[1055] MATALA TALA L., La légitimation politique de la Fédération européenne in L'Union européenne, une Fédération plurinationale en devenir, précité, p. 99 et 100.

[1056] *Ibid*., p. 100.

[1057] ZOLLER E., Le droit des Etats-Unis, PUF, 2000, p. 6.

Dechatre, E. Zoller considère que « les américains se gouvernent au niveau local dans leur communauté et que ce n'est qu'à titre supplémentaire qu'ils considèrent qu'ils doivent être gouvernés par une autorité supérieure »[1058]. Il est intéressant de noter que l'auteure envisage les États-Unis non pas comme un État fédéral, même après la guerre de sécession, mais bien comme une Fédération, notamment parce qu'elle part de l'individu pour penser la Fédération.

2. Le souci de l'individu

462. Si elle peut sembler utopique, la vision d'une Fédération plurinationale s'inscrit parfaitement dans la conception de J. Delors qui voyait dans la subsidiarité « une exigence morale qui fait du respect de la dignité et de la responsabilité des personnes qui la composent, la finalité de toute société »[1059]. Cette logique se retrouve dans le domaine de l'octroi, par l'Union, des « droits fédératifs » aux citoyens européens. Bien que fondée sur un pacte entre États, on ne peut envisager la Fédération plurinationale sans se poser la question des rapports entre la Fédération et les ressortissants des États qui la composent[1060]. Les droits fédératifs sont une condition de stabilité de l'entité fédérale car ils contribuent à « l'émergence d'un sentiment d'appartenance fédérale chez les individus, celui-ci donnant du sens au projet d'union »[1061]. Dans la ligné des travaux de O. Beaud et E. Zoller, l'expression « droits fédératifs » peut être employée pour qualifier les droits que les individus tirent directement de l'Union. Conformément au principe de subsidiarité sur lequel repose la Fédération plurinationale, celle-ci n'a pas vocation à se substituer aux États qui la composent. La notion de droits fédératifs doit donc être envisagée à la lumière de la plus-value apportée aux individus par l'Union[1062]. La subsidiarité requiert en effet une valeur ajoutée de l'action européenne, y compris dans le domaine de la protection des droits et libertés fondamentaux.

463. Il a pu être avancé que la liberté protégée par le fédéralisme serait « moins la liberté individuelle que la liberté des peuples ou nations »[1063]. F.-X. Millet estime néanmoins que si cette affirmation est vraie sur le plan historique, « le fédéralisme dans l'Union européenne est d'un genre particulier dans la mesure où la répartition technique des compétences et le politique importent moins que la limitation du pouvoir et le souci de l'individu », le fédéralisme européen étant « plus constitutionnel qu'institutionnel ». Pour cet auteur, le

---

[1058] DECHATRE L., Le pacte fédératif, précité, p. 51.

[1059] DELORS J., *Le nouveau concert européen,* Paris, Odile Jacob, 1992, p. 165.

[1060] LAMBLIN-GOURDIN A.-S., Ordre juridique de l'union et droits fédératifs des individus in L'Union européenne, une Fédération plurinationale, précité, p. 206.

[1061] *Ibid.,* p. 208.

[1062] *Ibid* p. 228.

[1063] BEAUD O., « Fédéralisme et souveraineté », Revue du droit public, n° 1, 1998, p. 83-122.

fédéralisme de l'Union investit le champ social en pensant à la fois l'individu et le groupe[1064]. Qu'en est-il, pour autant, du principe de subsidiarité dont la consécration avait, *a priori*, pour objectif de préserver les compétences des États membres et celles des entités infra-étatiques ?

464. À première vue, la subsidiarité ne vise pas tant à préserver la sphère d'autonomie des individus que de protéger l'autonomie nationale ou locale face aux ingérences de l'Union. La possibilité d'invoquer, pour les particuliers, une violation du principe de subsidiarité par un acte législatif de l'Union, à l'occasion d'un litige interne, devant des tribunaux nationaux n'était d'ailleurs pas acquise. En effet, le Conseil européen avait pris soin de préciser, dans ses conclusion d'Edimbourg du 11 et 12 décembre 1992 que si « la vérification de la conformité à ce principe sont soumises au contrôle de la Cour de justice, pour ce qui concerne les questions relevant du traité » ce principe « ne saurait être considéré comme ayant un effet direct »[1065]. L'effet direct permet aux particuliers, sous certaines conditions, d'invoquer directement des dispositions du droit de l'Union devant une juridiction nationale. Cette précision est étonnante dans la mesure où, comme l'ont fait remarquer K. Lenaerts et P. Van Ypersel « s'interroger sur l'effet direct d'une règle supérieure par rapport à laquelle on contrôle la compatibilité d'une règle inférieure n'a pas de sens »[1066]. En effet, dans le cadre d'un renvoi préjudiciel, la Cour de justice peut examiner la légalité d'un acte de l'Union indépendamment de son effet direct. La Cour a d'ailleurs confirmé que la procédure du renvoi préjudiciel en appréciation de validité, prévue à l'article 267 TFUE, pouvait offrir un cadre à l'examen du respect de la subsidiarité par un acte du législateur Ainsi, les particuliers, personnes physiques ou morales, peuvent contester la validité d'un acte législatif de l'Union sous l'angle de la subsidiarité, par l'intermédiaire de leur juge national, ce dernier devant, en cas de doute, renvoyer la question à la Cour de justice. L'arrêt *British American Tobacco Investments,* rendu en 2002[1067], illustre idéalement ce cas de figure. Saisie par la High Court of Justice d'une question en appréciation de validité de la directive *2001/37/CE* relative au rapprochement des législations en matière de fabrication et de vente des produits du tabac, la Cour était amenée à se prononcer sur le moyen tiré d'une violation de la subsidiarité. La Cour a ainsi confirmé que le principe de subsidiarité pouvait être invoqué par un requérant alors même que le délai fixé pour la transposition de ladite directive n'avait pas expiré.

[1064] Millet, F.-X., «Fédéralisme européen et identité nationale. La voie du constitutionnalisme", Politique Européenne 2016/3 (N° 53), 2016, p. 60-84.

[1065] Conseil européen d'Edimbourg, conclusions de la Présidence du 11-12 décembre 1992, annexe 1 à la partie I.

[1066] LENAERTS K.,VAN YPERSELE P., « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3 B du traité C.E. », Cahiers de droit européen, 1994 (n° 1-2), pp. 13-33.

[1067] CJCE, 10 décembre 2002, British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco, aff. C-491/01.

465. L'ouverture des voies de droit subsidiaires que constituent le renvoi préjudiciel en appréciation de validité, tout comme l'exception d'illégalité, permet de combler les lacunes inhérentes au recours en annulation lorsque les requérants ordinaires cherchent à contester un acte du législateur pour violation du principe de subsidiarité[1068]. Dans ces deux domaines, la jurisprudence se caractérise par une certaine bienveillance qui ne se retrouve pas ailleurs. Ainsi en est-il du recours en responsabilité extracontractuelle (article 268 TFUE) lorsque les particuliers intentent une action contre les institutions afin d'obtenir réparation d'un préjudice subi en raison de mesures de l'Union prétendument adoptées en violation de la subsidiarité. Dans une affaire récente, les requérants, retraités grecs ayant subi des baisses drastiques du montant de leurs pensions, faisaient valoir que les actes litigieux violaient ce principe. Le Tribunal a cependant estimé que la subsidiarité qui régissait l'exercice des compétences ne saurait être considérée comme un principe ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers[1069]. La jurisprudence entend par là que la subsidiarité ne fait pas partie des règles supérieures de droit ayant pour objet de protéger les particuliers, à l'instar des droits fondamentaux[1070]. Si l'invocation par les particuliers d'une violation de la subsidiarité est toujours possible, celle-ci s'avère néanmoins assez décevante. Il est souvent plus intéressant pour les requérants de faire valoir une atteinte à la proportionnalité, ce principe pouvant se rattacher à la subsidiarité *lato sensu*[1071]. Encore faut-il distinguer la proportionnalité libérale de la proportionnalité fédérale[1072]. Si la première vise à préserver la sphère d'autonomie privée et les droits des particuliers face aux ingérences des pouvoirs publics (États ou Union), la seconde cherche à protéger l'autonomie nationale/locale et les compétences des États ainsi que celles des entités infra-étatiques au regard des interventions de l'Union[1073]. Les

---

[1068] La systématique des voies de droit tend à exclure les recours en annulation, dirigés contre les actes législatifs de l'Union, introduits par des requérants « ordinaires » en raison des conditions strictes de recevabilité imposées aux personnes privées, physiques ou morales. Dans la mesure où la subsidiarité s'applique essentiellement à l'action législative, cette lacune est regrettable. D'autant plus que le respect de la subsidiarité intéresse tout particulièrement les citoyens, eu égard aux vertus démocratique de ce principe dans son aspect *proximité*. *Voir la jurisprudence traditionnelle en ce domaine :* CJCE, 15 juillet 1963, aff. 25/62, *Plaumann*, *Rec*. 1963, p. 906 ; CJCE, 25 juillet 2002, Unión de Pequeños Agricultores, aff. C-50/00P, Rec., I-6677.

[1069] TUE, 3 mai 2017, *Sotiropoulou,* aff. T-531/14.

[1070] CJCE, 4 juillet 2000, Bergaderm et Goupil/Commission, C-352/98 P, Rec. 2000 p. I-5291 ; CJCE, 6 décembre 1984, Biovilac/CEE, 59/83, Rec. 1984 p. 4057.

[1071] Voir Chapitre I de cette thèse.

[1072] SCHUTZE R., 'Subsidiarity after Lisbon : reinforcing the safeguards of federalism?', Cambridge law journal., 68, 2009. pp. 525-536. En partant d'une acception large de la subsidiarité (comprise comme englobant la question du déclenchement de l'action et celle de son intensité) l'auteur estime que le principe doit s'analyser en termes de proportionnalité fédérale. Il oppose ainsi la proportionnalité fédérale à la proportionnalité libérale.

[1073] *Ibid*. : *« The (liberal) proportionality principle was historically designed to safeguard liberal values. Proportionality would protect private rights against excessive public interference. The idea of excessive government interference can be extended into a federal context. But here it is not the individual autonomy of a person, but the collective autonomy of a people that is protected »*.

expériences issues du fédéralisme américain ou continental montrent que les deux aspects sont également importants dans une Fédération moderne. Le respect des droits fondamentaux et le contrôle de proportionnalité se retrouvent, sous des désignations diverses, dans la jurisprudence des Cours suprêmes des États-unis et du Canada et de la Cour constitutionnelle allemande. L'examen de la jurisprudence de la Cour de justice montre néanmoins que l'intensité du contrôle de proportionnalité est plus grande quand sont en cause des atteintes aux droits fondamentaux, contrairement à la jurisprudence récente de la Cour suprême des États-unis qui s'attache vigoureusement à préserver l'autonomie des États fédérés[1074].

466. Dans l'affaire *Digital Rights*[1075], le juge européen a ainsi estimé qu'en adoptant la directive 2006/24, le législateur de l'Union avait violé le principe de proportionnalité, au regard des articles 7, 8 et 52 de la Charte des droits fondamentaux. Envisager la proportionnalité comme un instrument de la subsidiarité est possible à condition d'opérer une distinction rigoureuse entre ses différents fondements. L'article 5.4 TUE en vertu duquel « le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire » n'est pas le seul fondement de la proportionnalité puisque la Cour a dégagé, bien avant l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, un principe général de droit (PGD). En outre, la proportionnalité figure désormais dans les dispositions de la Charte, notamment à l'article 52 qui prévoit que des limitations aux droits fondamentaux ne peuvent être apportées que dans le respect de la proportionnalité. Néanmoins, contrairement à ce que prétendent certains auteurs, il ne s'agit pas de rappels d'un même principe[1076]. Il convient de distinguer la proportionnalité « condition de justification des restrictions aux libertés des individus » comme elle a pu être consacrée dans la jurisprudence et la Charte, de la proportionnalité « principe régulateur de l'exercice des compétences » ou « principe institutionnel ». Ces différentes acceptions ne se recoupent pas car elles ne revêtent pas la même nature juridique ni la même portée[1077].

[1074] Voir les arrêts *Lopez* et *Morrison*, rendus respectivement en 1995 et 2000, dans lesquels la Cour suprême a invalidé les législations fédérales du Congrès, adoptées sur le fondement de la clause de commerce, ont été interprétées, selon les auteurs, comme la résurgence d'un strict « fédéralisme dualiste » (plus respectueux de la sphère d'autonomie des Etats fédérés) ou comme une application « à l'américaine » du principe de subsidiarité par la Cour Suprême : CALABRESI S. G.; BICKFORD L. D. Federalism and Subsidiarity: Perspectives From U.S. Constitutional Law. In: FLEMING, James E. & LEVY, Jacob T. (Eds.). Nomos LV: Federalism and Subsidiarity. New York University Press, 2014. Les arrêts : *United States v. Lopez,* 514 U.S. 549 (1995) ; *UnitedStatesv.Morrison*, 529U. S.598, 619–20(2000).

[1075] CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland* (C−293/12) ECLI:EU:C:2014:238. *Aff.jointes C−293/12 et C−594/12*.

[1076] EMILIOU N., The Principle of Proportionality in European Law : A Comparative Study, London, Kluwer Law international, 1996, p. 166.

[1077] COLELLA S., La restriction des droits fondamentaux dans l'Union européenne, Bruylant, Bruxelles, 2018, p. 399.

467. Au regard de notre sujet, il est évident que c'est la proportionnalité de l'article 5.4 TUE qui présente les liens les plus forts avec la subsidiarité. Or, précisément, c'est lorsque la Cour opère un contrôle sur ce fondement que l'on constate un relâchement de l'intensité de l'examen. La distinction entre la proportionnalité de l'article 5.4 TUE et la proportionnalité de la Charte se retrouve dans l'arrêt *Digital Rights*. Comme l'a relevé l'Avocat général, les contrôles effectués au titre de ces dispositions sont de nature différente car la proportionnalité au sens de l'article 5 est, en conjonction avec la subsidiarité, un principe régissant l'action de l'Union et conditionnant l'adoption des actes des institutions. Elle a vocation à canaliser l'intervention de l'Union dans le respect des compétences nationales. Tandis que la proportionnalité de la Charte est une condition de légitimité des limitation de l'exercice des droits fondamentaux[1078]. Ces contrôles, s'ils présentent des similitudes, ne s'exercent pas avec la même rigueur. S'agissant de la proportionnalité du traité, l'intensité du contrôle du caractère approprié d'un acte du législateur est liée au pouvoir d'appréciation dont il dispose. Or, sur ce point, la Cour a toujours jugé que dans les domaines où son action implique des appréciations complexes, le législateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation. Par conséquent, il ne lui appartient pas de déterminer si la mesure adoptée était la seule ou la meilleure possible, mais de vérifier qu'elle repose sur des éléments objectifs et n'est pas manifestement inappropriée par rapport à l'objectif poursuivi[1079]. En l'espèce, c'est bien au regard de la proportionnalité de la Charte que la Cour a invalidé la directive. Le juge ne s'est pas prononcé sur l'éventuelle violation de la proportionnalité de l'article 5.4 TUE. La portée du contrôle semble se limiter aux actes emportant ingérence ou limitation des droits des individus et l'intensité du contrôle devient quais-nulle « dès lors que les intérêts des individus sont hors de portée de l'acte en cause ». Aussi la proportionnalité opère-t-elle surtout comme un « principe de limitation de l'interférence de l'action publique sur les droits et obligations des individus »[1080]. D'ailleurs, la Cour n'a jamais annulé un acte sur la base de l'article 5.4 TUE (proportionnalité), pas plus que sur le fondement de l'article 5.3 TUE (subsidiarité).

468. Pour conclure, l'on peut souligner que si les premiers penseurs du fédéralisme partaient du respect des libertés individuelles pour inscrire la logique fédérale dans le cadre du principe de subsidiarité[1081], la subsidiarité de Maastricht est « territoriale » ou « institutionnelle », en

---

[1078] Conclusions de l'Avocat général M. Pedro Cruz Villalón présentées le 12 décembre 2013, § 89.

[1079] CJCE, 12 juillet 2001, *Jippes* (C−189/01, Rec. p. I−5689, pts 82 et 83); 10 décembre 2002, *British American Tobacco* (C−491/01, Rec. p. I−11453, pt 123); 12 juillet 2005, *Alliance for Natural Health* (C−154/04 et C−155/04, Rec. p. I−6451, pt 52), 28 juillet 2011, *Agrana Zucker* (C−309/10, Rec. p. I−7333, pt 84).

[1080] PORTUESE A., précité, p. 192.

[1081] GUIHÉRY L., Fédéralisme fiscal et redistribution : fondements et enseignements du fédéralisme allemand. Economies et finances. Université Lumière Lyon 2, 1997. Français. tel-01555361.

ce qu'elle s'attache à la question de la dévolution des compétences (pouvoir par rapport à une autre pouvoir), et non « fonctionnelle » ou « horizontale » (pouvoir par rapport à la liberté)[1082]. Il est donc logique que le principe de subsidiarité de l'article 5.3 TUE n'investisse pas la sphère privée. Cette dernière est néanmoins prise en charge par la proportionnalité, non pas dans sa dimension fédérale (article 5.4 TUE) mais libérale (PGD et Charte). En tout état de cause, il résulte de la subsidiarité une idée de suppléance dans l'intervention de l'Union, « laquelle s'effectue au détriment de la liberté des individus, des groupements sociaux mais également des collectivités étatiques intermédiaires »[1083]. Tout comme le fédéralisme auquel elle se rattache, la subsidiarité cherche à trouver un équilibre entre l'État et le citoyen, entre le libéralisme et la solidarité ou encore entre les composantes d'une organisation politique[1084].

B. La recherche de l'équilibre

469. La subsidiarité constitue d'une manière générale une règle d'ordre dans la dialectique de l'autorité et de la liberté, ce qui signifie que « l'autorité qui est susceptible d'entraver la liberté, ne doit être exercée que là où elle fera le moins obstacle à la liberté et sera la plus efficace »[1085]. En cela, la subsidiarité rejoint le fédéralisme qui s'attache, selon Proudhon, à résoudre l'antinomie de l'autorité et de la liberté. Cette antinomie fondamentale, et même fondatrice de toute Fédération, ne doit pas disparaitre puisque le principe fédératif est capable de tirer le meilleur parti de ce couple antagonique et indissociable[1086]. Plus encore que le souci de la liberté, c'est la recherche constante d'un équilibre entre l'unité et la diversité, c'est-à-dire entre les intérêts de l'Union, d'une part, et l'autonomie des entités fédérées, d'autre part, qui caractérise fondamentalement la pensée fédérale et l'idée de subsidiarité. Loin d'être figée, la subsidiarité de Maastricht comporte ces deux aspects puisqu'elle peut aussi bien empêcher l'intervention de l'Union (subsidiarité descendante) que la justifier (subsidiarité ascendante), en fonction des circonstances. Cette double dimension est à l'origine d'une certaine complexité dans l'appréhension des théories fédéralistes puisque le fédéralisme européen, comme la subsidiarité sur laquelle il se fonde, peut donner lieu à des interprétations contradictoires. Si l'ambiguïté et l'indétermination sont bien souvent au coeur du principe de subsidiarité et du fédéralisme (1), il nous semble que l'on gagnerait à mettre, plus que jamais, la dynamique de la subsidiarité au service de la dialectique fédérale (2).

[1082] La question de la distinction entre la subsidiarité « territoriale » et la subsidiarité « fonctionnelle » a été traité dans l'introduction.

[1083] HANSON S., précité, p. 28.

[1084] *Ibid*.

[1085] HANSON S., précité, p. 28.

[1086] ROLLAND P., Théorie proudhonnienne du fédéralisme et l'Europe d'aujourd'hui. In: Raison présente, n°114, 2e trimestre 1995. Foucault et le projet critique. pp. 57-80.

1. Ambiguïté et indétermination au coeur du principe de subsidiarité et du fédéralisme

470. Comme il a déjà été souligné, la consécration du principe de subsidiarité dans le traité de Maastricht, à l'article 3B du TUE[1087], a été portée par des volontés antagonistes puisque ce principe peut se présenter comme une limite à l'action de l'Union européenne ou, tout au contraire, une invitation à agir[1088]. Le concept de subsidiarité est particulièrement complexe car il se rapporte, selon les cas, à des idées contradictoires : s'il peut sous-entendre l'ingérence de l'Union — lorsque l'idée de secours est mise en avant — il peut également impliquer l'inverse et protéger de toute ingérence quand c'est la notion de suppléance qui prévaut[1089]. Si certains voyaient dans le principe de subsidiarité un instrument de construction d'un système fédéral véritable, permettant un approfondissement de l'intégration, d'autres y voyaient un moyen de limiter toute évolution fédérale par l'institution d'un frein à l'exercice des compétences communautaires[1090]. En effet, en fonction de son interprétation et de l'appréciation politique du moment, le principe de subsidiarité peut soit empêcher la collectivité supérieure d'intervenir, parce que la collectivité de base est suffisante, soit imposer à la collectivité supérieure d'intervenir, parce qu'il est démontré que la collectivité de base est insuffisante. Aussi l'application du principe de subsidiarité peut-elle conduire à des résultats opposés, limitant ou imposant l'intervention de l'Union européenne, ce qui explique que ce principe est qualifié d'ambigu[1091].

471. L'ambivalence de la subsidiarité européenne réside, tout d'abord, dans la formulation ambiguë de ses dispositions puisque malgré la subsidiarité dite « négative »[1092] de l'article 3 B (« la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où »[1093]), les critères retenus tendent à favoriser, en pratique, l'intervention de l'Union. En effet, si le critère de l'insuffisance étatique (critère d'efficacité comparative) renvoie à une limitation de la compétence de l'Union (« les objectifs de l'action envisagée ne

---

[1087] Actuel article 5.3 TUE.

[1088] NEVEN D., Le principe de subsidiarité dans les systèmes fédéraux de répartition des compétences, p. 26. Comme le note l'auteure « Quelque chose que Mme. Thatcher et M. Delors trouvaient tous les deux bons doit nécessairement être fondé sur des motivations contradictoires ».

[1089] BARRUE-BELOU R., Analyse des outils fédératifs, précité, p. 288.

[1090] Ibid. Voir aussi : JACQUE J.-P., « La subsidiarité en droit communautaire », in La subsidiarité. De la théorie à la pratique, Paris, Téqui, 1993, pp. 81-110. Spéc, p. 85.

[1091] NEVEN D., précité, p. 26.

[1092] LENAERTS K. et Van YPERSELE P., « Le principe de subsidiarité et son contexte, précité, p.9.

[1093] La formulation des dispositions de l'actuel article 5.3 TUE a été modifiée en ce sens : « 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 ». Ajoutons encore que le traité de Lisbonne a substitué à la formule « et donc » un simple « mais ».

peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres »), le critère fondé sur la plus-value de l'action européenne (critère de l'optimisation d'efficacité) fait davantage écho au fondement d'une compétence de celle-ci (« peuvent en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire »)[1094]. La deuxième ambiguïté réside dans la question de l'enchainement de ces deux critères. Le critère de l'insuffisance étatique et celui de la valeur ajoutée doivent-ils s'ajouter ou le second ne constitue-t-il qu'une conséquence du premier ?[1095] De même peut-on se demander si le critère de l'insuffisance n'est qu'une concrétisation de celui de la valeur ajoutée de l'action de l'Union. Si, pour une majorité de commentateurs et la Commission elle-même, « le principe de subsidiarité présente deux aspects qui doivent tous deux être analysés »[1096], c'est-à-dire que les deux conditions sont, en théorie du moins, cumulatives, la jurisprudence ne semble pas différencier les deux critères. Comme le souligne L. Dechatre, une action peut être insuffisante au niveau étatique sans que le niveau européen soit nécessairement plus adéquat, et inversement, une action au niveau européen peut apporter une valeur ajoutée au regard du but recherché sans que l´action étatique soit insuffisante[1097]. Or, dans l'arrêt *British American Tobacco* précité, le juge européen a indiqué contrôler le respect de la subsidiarité sous l'angle du test de la valeur ajoutée tout en procédant au test de l´insuffisance étatique[1098].

472. Pour L. Dechatre, « les difficultés d'interprétation de la relation entre les deux critères s'expliquent par le fait que la rédaction de la disposition est due à un compromis entre deux tendances, les États favorables à une traduction fédérale du principe, et ceux désireux de limiter au maximum l'exercice des compétences non exclusives de l'Union »[1099]. Il nous semble néanmoins qu'il s'agit là d'un faux débat puisque la fédéralisation de l'Union ne signifie pas nécessairement « plus » d'Union. En effet, si pour les uns, l'Union devient plus fédérale si elle se centralise et si davantage de compétences lui sont transférées, « pour d'autres, au contraire, l'Europe devient plus fédérale si les compétences sont en priorité

[1094] NEVEN D., Le principe de subsidiarité, précité, p. 26.

[1095] ESTELLA A., The EU principle of subsidiarity and its critique, Oxford University press, 2002, 210p., p. 94.

[1096] COMMISSION EUROPEENNE, Lignes directrices sur l'analyse d'impact,15.1.2009,SEC(2009)92, p.25.

[1097] DECHATRE L., Le pacte fédératif européen, précité, p 529. Voir aussi : MACKENZIE-STUART (A.), in : INSTITUT EUROPEEN D'ADMINISTRATION PUBLIQUE (dir.), Subsidiarité : défi du changement, actes du colloque Jacques Delors « La subsidiarité - principe directeur des futures responsabilités en matière de politiques communautaires ? », Maastricht, Institut européen d'administration publique, 1991, p.44.

[1098] Exemple cité par L. Dechatre, in *Le pacte fédératif,* précité, p. 530. La Cour déclare « examiner en premier lieu si l'objectif de l'action envisagée pouvait être mieux réalisé au niveau communautaire." (Aff.C-491/01, British American Tobacco, pt. 180). Elle relève ensuite q'un tel objectif ne saurait être réalisé de manière satisfaisante par une action entreprise au niveau des seuls États membres" (pt.182) pour en conclure que l'objectif de l'action envisagée pouvait être mieux réalisé au niveau communautaire." (pt.183).

[1099] DECHATRE L., Le pacte fédératif européen, précité, p. 530.

maintenues dans les mains des gouvernements nationaux »[1100]. Le fédéralisme peut en effet se réclamer d'une dynamique tour à tour descendante et ascendante, ce qui lui donne une consistance contradictoire et indéfinie[1101]. En réalité, tout comme la subsidiarité à laquelle on le rattache, le fédéralisme est foncièrement ambivalent puisque l'on y retrouve les deux impératifs que sont « la subsidiarité proximité », selon laquelle il faut « rapprocher l'exercice des responsabilités publiques des citoyens » et la « subsidiarité-efficacité » en vertu de laquelle il ne faut attribuer à « chaque niveau de pouvoirs (...) que les compétences qu'il est le mieux à même d'exercer »[1102]. Afin de préserver l'équilibre fédéral, le principe de subsidiarité doit combiner ces deux impératifs, « de manière à optimaliser l'attribution et l'exercice des compétences tant en termes de proximité qu'en termes d'efficacité »[1103]. Aussi l'impératif d'efficacité doit-il être concrétisé à travers des critères précis, comme l'insuffisance de la collectivité inférieure, afin d'encadrer au mieux l'intervention de la collectivité supérieure et prévenir de cette manière toute dérive centraliste, comme c'est notamment le cas dans le fédéralisme allemand ou suisse[1104]. Il ressort de l'analyse comparative que même si les conceptions américaines et européennes de la subsidiarité ne sont pas substantiellement divergentes, chaque Fédération tend à privilégier l'un ou l'autre de ces aspects, à savoir l'autonomie et la proximité, d'une part, et l'efficacité, d'autre part[1105]. Ainsi, si la conception canadienne rapproche le principe de subsidiarité de la notion d'efficacité, il ressort de l'expérience étasunienne que c'est davantage la notion d'autonomie qui est mise en avant[1106].

473. Ces différences tiennent au type de fédéralisme qui est mis en oeuvre dans lesdits systèmes. Si le texte constitutionnel fédératif vise toujours à déterminer le meilleur équilibre des pouvoirs entre la fédération et les entités composantes, le résultat diffère selon chaque Fédération, tout à la fois quant à la teneur de l'équilibre des pouvoirs et quant aux mécanismes d'arbitrage juridictionnel. Deux types peuvent être distingués : le fédéralisme intégrant et le fédéralisme décentralisateur. Si le premier cherche à atteindre l'unité dans la diversité à partir d'entités indépendantes ou confédérées à l'origine (États-Unis) le second envisage un système qui était unitaire et dans lequel les compétences sont décentralisées vers

---

1100 BARROCHE J., Théories fédéralistes et Union européenne in Civitas Europa 2017/1 (N° 38), p. 337 à 367.

1101 BARROCHE J., Théories fédéralistes et Union européenne in Civitas Europa 2017/1 (N° 38), p. 337 à 367.

1102 DUMONT H., « La subsidiarité et le fédéralisme belge : un principe discret ou dangereux ? », in Le principe de subsidiarité, p. 472.

1103 NEVEN D., Le principe de subsidiarité, précité, p. 11.

1104 *Ibid*.

1105 BARRUE-BELOU R., Analyse des outils fédératifs, précité, p. 243.

1106 *Ibid*.

de nouvelles entités qui le composent du fait de la nouvelle organisation de l'État (Canada). Dans cette hypothèse, l'objectif est d'organiser la diversité dans l'unité[1107].

474. En toute hypothèse, le fédéralisme n'est jamais figé et des rééquilibrages peuvent s'opérer, au cours du temps, au sein d'une même Fédération lorsque les forces centrifuges ou centripètes de celles-ci menacent son équilibre voire son existence. Si trop d'autonomie ou de décentralisation peuvent remettre en cause la cohésion de l'Union, trop de centralisation lui est tout aussi préjudiciable dans la mesure où la raison d'être du fédéralisme réside dans la préservation de l'autonomie des États fédérés. Ainsi, le principe fédératif est un principe ambigu car « au même titre que le principe de subsidiarité, il est caractérisé par un double aspect qui donne lieu à plusieurs interprétations : le principe fédératif est en effet ascendant en ce qu'il répond au besoin d'unité et de centralisation des compétences dans les cas où cela s'avère nécessaire. Le principe fédératif est également descendant en ce qu'il répond au besoin de diversité, et par là même à une forme de non centralisation des compétences »[1108]. Dès lors, plutôt que de voir dans la subsidiarité une source de confusion quant à la vocation fédérale de l'Union européenne, il semble plus intéressant de mettre à profit la dynamique de ce principe afin de tirer parti des avantages offerts par le fédéralisme, à savoir la quête d'un équilibre entre unité et diversité. En effet, la subsidiarité et le fédéralisme visent l'un comme l'autre à maintenir l'unité dans la diversité dans une approche dynamique[1109].

2. La dynamique de la subsidiarité au service de la dialectique fédérale

475. Le fédéralisme accorde une place importante à la prise en compte du facteur temps puisque le système fédéral « avance par tâtonnements dans une organisation où chacun a droit à l'erreur »[1110]. Dès lors, il ne peut se placer que dans une logique résolument dynamique. Dans la mesure où la pratique fédérale laisse sa chance à l'essai et à l'expérimentation, développe la concurrence et l'incitation, une application du principe de subsidiarité implique « un fonctionnement dynamique, une remise en cause constante des attributions des compétences à tel ou tel niveau de pouvoir »[1111]. Volontairement flexible, la pratique

---

[1107] BARRUE-BELOU R., précité, p. 102.

[1108] JOACHIM C., Le partage des compétences en matière de protection de la qualité des eaux douces au Canada et dans l'Union européenne, 2014, p. 211. Voir aussi : E. BROUILLET, *L'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, Thèse de Doctorat, Québec, Faculté des études supérieures, Université Laval, 2003, p 100, p. 28.

[1109] DEROSIER J.-P., « La dialectique centralisation/décentralisation Recherche sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité.» RIDC, 2007.n1 pp. 107-140.

[1110] MILLON-DELSOL C., *Le principe de subsidiarité*, Que sais-je ?, Presse Universitaire de France, Paris, 1993.

[1111] GUIHÉRY L., Fédéralisme fiscal et redistribution : fondements et enseignements du fédéralisme allemand. Economies et finances. Université Lumière Lyon 2, 1997., p. 27.

subsidiaire, tout comme la pratique fédérale, réfute « l'immobilisme » et traduit une « recherche d'équilibre »[1112]. Si l'on part du constat que « le fédéralisme moderne est un système dynamique au sein duquel un équilibre constant doit être trouvé entre les forces centralisatrices et les forces décentralisatrices qui organisent la vie de la Fédération »[1113], un principe comme la subsidiarité s'avère être un instrument particulièrement utile pour atteindre ledit équilibre. La dialectique instable de l'unité et de la diversité étant la « colonne vertébrale du phénomène fédéral »[1114], la dynamique de la subsidiarité, tour à tour descendante et ascendante, répond, du moins virtuellement, aux exigences inhérentes à toute Fédération. Par conséquent, nous faisons nôtre l'analyse selon laquelle la subsidiarité doit être vue comme un outil fédératif, c'est-à-dire « un instrument servant à construire la Fédération et pouvant être utilisé selon des modalités variables en fonction des cas »[1115]. La dynamique du principe fédératif fait que la subsidiarité peut, selon les cas, pointer dans deux directions : la centralisation (subsidiarité ascendante) ou la décentralisation (subsidiarité descendante).

476. Il convient dès lors de souligner l'importance du rôle du juge fédéral dans une telle tension dialectique. En effet, le fédéralisme est « un processus politique et juridique d'adaptation perpétuelle oscillant entre deux besoins, l'unité et la diversité, entre centralisation et décentralisation du pouvoir »[1116]. Il ressort ainsi de l'expérience fédérale canadienne que la préférence de la Cour suprême pour l'unité ou la diversité dépend de la mise en danger de l'une ou de l'autre de ces valeurs dans les circonstances d'une affaire précise[1117]. Si l'on examine la jurisprudence de la Cour de Luxembourg, il semble au contraire que celle-ci ait, en matière de subsidiarité, toujours privilégié la dimension ascendante du principe. En effet, l'invocation d'une violation du principe de subsidiarité par les requérants — étatiques ou privés — n'a jamais conduit le juge européen à annuler ou invalider une mesure adoptée par une institution européenne, tant dans le domaine législatif qu'en matière d'exécution[1118]. Qu'il s'agisse de la subsidiarité *stricto sensu*, au sens du déclenchement de l'action européenne (la question de la détermination du niveau pertinent de l'intervention) ou de la subsidiarité *lato sensu*, au sens de l'intensité et l'ampleur de l'action

---

[1112] *Ibid*.

[1113] BARRUE-BELOU R, précité, p. 60.

[1114] MILLET F.-X., « Fédéralisme européen et identité nationale. La voie du constitutionnalisme », *Politique européenne*, vol. 53, no. 3, 2016, pp. 60-84.

[1115] BARRUE-BELOU R., précité, p. 290.

[1116] BROUILLET E., *op. cit*., p 28.

[1117] JOACHIM C., op. cit., p. 211.

[1118] Voir Titre I de cette thèse.

européenne (proportionnalité fédérale[1119]) l'exercice du contrôle juridictionnel a toujours conduit la Cour à valider les interventions des institutions de l'Union. Certes, comme il a déjà été souligné, si une certaine tendance favorable au droit de l'Union est souvent constatée chez les juridictions fédérales (ce qui s'explique par le rôle de garant de l'effectivité du droit fédéral joué par les juges fédéraux), ces Cours ne sauraient néanmoins prendre systématiquement une attitude trop partiale sans prendre le risque d'une remise en cause de leur autorité par les entités fédérées. Les risques d'une atteinte à l'identité constitutionnelle des États ou de dépassement des compétences par les autorités fédérales sont réels[1120]. Ainsi qu'il a pu être relevé, si la Cour suprême des États-Unis a joué un rôle intégrateur fondamental par sa jurisprudence du début du XIXe siècle sous la houlette de J. Marshall, tout comme la Cour de justice dans le contexte européen, « il s'agit d'une tendance classique au début des systèmes fédéraux nécessaire pour affirmer l'autorité du droit fédéral et qu'il n'existe un problème que si aucun rééquilibrage n'a lieu par la suite et que la jurisprudence reste durablement favorable au niveau fédéral »[1121]. La Cour suprême a ainsi vu sa jurisprudence évoluer après la présidence Marshall pour se montrer plus favorables à l'autonomie des États fédérés.

477. Il s'ensuit qu'un rééquilibrage doit nécessairement s'opérer, dans la jurisprudence d'un juge fédéral, lorsqu'une Fédération semble se diriger vers une trop grande centralisation. Ainsi, chaque fois que les forces centripètes représentent une menace pour l'équilibre fédéral, une mise en oeuvre de la subsidiarité descendante s'impose. Un tel rééquilibrage au profit des Etats fédérés, nécessaire pour préserver l'essence même du fédéralisme, est possible grâce à la dynamique du principe de subsidiarité. Aussi, les Cours fédérales sont-elles souvent amenées à réviser ou réorienter leur jurisprudence en raison des critiques dont font l'objet leurs décisions ou incitées, par le pouvoir constituant, à faire preuve de plus de vigilance dans le contrôle du respect des compétences des entités fédérées. En Amérique (a) comme en Europe (b), les juges fédéraux ont pu activer la subsidiarité descendante après une période de forte centralisation.

a. L'exemple des Cours Suprêmes des États-Unis et du Canada

478. La période entourant l'année 2000 a constitué un véritable tournant en ce qui concerne le fédéralisme en Amérique. En effet, tant les États-Unis que le Canada ont semblé amorcer un retour vers une forme de fédéralisme plus équilibré, c'est-à-dire plus respectueux

---

[1119] On oppose la proportionnalité fédérale à la proportionnalité libérale, si la première vise à préserver l'autonomie nationale, la seconde cherche à protéger les droits et libertés des individus. La Cour de justice n'a jamais remis en cause une mesure européenne sur le fondement d'une violation de la première.

[1120] DECHATRE L., Le pacte fédératif européen, précité, p. 163.

[1121] *Ibid*.

de la sphère d'autonomie des États fédérés et des Provinces. Ce mouvement s'est traduit, de façon sensible, dans la jurisprudence des Cours Suprêmes par une prise en compte accrue des intérêts des entités fédérées. Les critiques doctrinales et les contestations des autorités locales ne sont sans doute pas étrangères à ces revirements/réorientations de jurisprudence.

479. S'agissant des États-Unis, les arrêts *Lopez*[1122] et *Morrison*[1123], déjà évoqués, ont été rendus respectivement en 1995 et 2000[1124]. Ces décisions par lesquelles la Cour Suprême avait invalidé les législations fédérales du Congrès, adoptées sur le fondement de la Clause de commerce, ont été interprétées comme la résurgence d'un strict « fédéralisme dualiste » (plus respectueux de la sphère d'autonomie des États fédérés) ou comme une application « à l'américaine » du principe de subsidiarité par la Cour Suprême[1125]. S'agissant de la décision *Lopez,* le parallélisme avec le principe de subsidiarité s'imposait d'autant plus qu'à l'époque où l'arrêt fut rendu par le juge américain, le principe venait tout juste d'être consacré par les traités européens. Tout comme le fédéralisme, la subsidiarité est un principe dynamique et réversible, à la différence du principe d'attribution des compétences dont l'interprétation est moins souple. La dynamique du principe de subsidiarité peut donc présenter une dimension « temporelle ». Cela signifie qu'à une période dominée par la subsidiarité « ascendante » — à laquelle correspond une période « centralisatrice » du fédéralisme — peut succéder une période où la Cour activera la subsidiarité « descendante » afin de rééquilibrer une jurisprudence jugée attentatoire aux compétences des États. On retrouve cette dynamique temporelle de la subsidiarité dans le fédéralisme des États-Unis. En effet, les débuts de la fédération américaine furent marqués par la nécessité d'atteindre une certaine « unité nationale » de sorte que « presque toutes les décisions de la Cour avaient pour objet l'encadrement de réglementations étatiques »[1126]. Cette même approche se retrouve dans la jurisprudence constructive de l'Union européenne où l' agenda politique de la Cour de justice consistait essentiellement à soutenir le « processus d'intégration »[1127]. Cette approche se justifiait dans les premiers temps de la construction communautaire où l'objectif était d'obtenir « un ancrage durable, dans le temps, du processus d'intégration »[1128].

[1122] *United States v. Lopez,* 514 U.S. 549 (1995).

[1123] *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598,619–20 (2000).

[1124] Voir Chapitre I de la présente thèse.

[1125] CALABRESI S. G.; BICKFORD L. D. *Federalism and Subsidiarity: Perspectives From U.S. Constitutional Law. In: FLEMING, James E. & LEVY, Jacob T. (Eds.). Nomos LV: Federalism and Subsidiarity.* New York University Press, 2014.

[1126] DECHATRE L., Le pacte fédératif, précité, p. 445.

[1127] ESTELLA A., The EU principle of subsidiarity and its critique, Oxford University press, 2002, p.167.

[1128] BURGORGUE-LARSEN L., Les résistances des Etats de droit, in : RIDEAU (J.), De la communauté de droit à l'union de droit : continuités et avatars européens, LGDJ, 2000, p.432.

480. La jurisprudence de la Cour Suprême du Canada montre qu'à partir des années 2000, celle-ci a commencé à mentionner, de façon étonnante, le principe de subsidiarité alors même que le principe n'est pas consacré dans la loi constitutionnelle. Comme l'a relevé C. Aguilon, la Cour suprême a récemment reconnu la subsidiarité comme un « principe d'interprétation du partage des compétences » alors que le partage des compétences prévu par la constitution fédérale n'a pas changé[1129]. À partir de 1998, le juge canadien a proposé une vision du fédéralisme conforme au principe de subsidiarité en affirmant que le gouvernement est « pensé pour être le plus adapté à la réalisation de l'objectif sociétal » en tenant compte de la « diversité » du pays[1130]. Mais c'est dans l'arrêt *Spraytech*[1131], rendu en 2001, que la Cour a expressément mentionné le principe de subsidiarité. Dans cette affaire, appelée à trancher la question de savoir si la ville de Hudson (Québec) avait agi dans le cadre de ses pouvoirs en adoptant une mesure restreignant l'utilisation de pesticides, la Cour a affirmé que « cette instance surgit à une époque où les questions de gestion des affaires publiques sont souvent examinées selon le principe de la subsidiarité. Ce principe veut que le niveau de gouvernement le mieux placé pour adopter et mettre en œuvre des législations soit celui qui est le plus apte à le faire, non seulement sur le plan de l'efficacité mais également parce qu'il est le plus proche des citoyens touchés et, par conséquent, le plus sensible à leurs besoins, aux particularités locales et à la diversité de la population »[1132]. Cette position de la Cour Suprême atteste d'une certaine prise de conscience quant à la nécessité de tenir compte des principes de diversité et d'autonomie, même si sa jurisprudence reste, aujourd'hui encore, critiquée par les Provinces et une partie de la doctrine. Ainsi que l'ont montré de nombreux auteurs, la Cour Suprême du Canada a longtemps privilégié une approche « fonctionnaliste » fondée sur l'efficacité, qui a conduit à accroître les compétences fédérales[1133]. Mais à partir du *Renvoi sur la sécession du Québec,* la Cour a fait du fédéralisme un « principe constitutionnel » non écrit alors qu'auparavant, elle refusait d'en faire un principe normatif structurant[1134]. Il est d'ailleurs

---

[1129] AGUILON C., Subsidiarité et justice constitutionnelle, précité, …p. 27.

[1130] Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217.

[1131] Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville), [2001] CSC 40.

[1132] *Ibid.,* pt 3 de l'arrêt précité.

[1133] CHEVRIER M et SANSCHAGRIN D., Le juge superlégislateur au Canada ou La politique par soustraction, Les juges : décideurs politiques? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction (G. Grandjean et J. Wildemeersch, dir.)Bruxelles : Bruylant, 2016, p. 95-132. Voir aussi : BROUILLET E., *La négation de la nation. L'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, Québec, Septentrion, 2005, pp. 253-323 ; FRÉMONT J., « La face cachée de l'évolution contemporaine du fédéralisme canadien », in *Le fédéralisme de demain : réformes essentielles* (G. Beaudoin dir.), Montréal, Wilson, 1998, p. 45 ; OTIS G.« La justice constitutionnelle au Canada à l'approche de l'an 2000 : uniformisation ou construction plurielle du droit ? », *Ott. L. Rev.*, 1995-1996, vol. 27, n° 2, pp. 261-279.

[1134] BROUILLET E., « Le rôle de la Cour suprême dans l'évolution de la fédération canadienne : quel équilibre des pouvoirs ? », *Rivista catalana de drèt public*, 2011, n° 23, pp. 167-220.

permis de se demander si le *Brexit* aurait pu être évité en Europe si la Cour de justice (dont les *ultra vires* sont bien connus) s'était montrée moins « intrusive » ou, pour le formuler autrement, si une application plus équilibrée du principe de subsidiarité avait été faite dans la jurisprudence. En effet, la sortie du Royaume-Uni a pu être interprétée, sans doute à tort, comme un retour de la subsidiarité[1135], en même temps que celui de la souveraineté nationale.

b. L'exemple de la Cour constitutionnelle allemande

481. Le rééquilibrage fédéral a pris dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande la forme d'un véritable revirement jurisprudentiel qui s'est manifesté avec force dans l'arrêt *Altenpflegegesetz*[1136] rendu en 2002. La Clause de nécessité que l'on peut assimiler à la « subsidiarité allemande »[1137] a fait l'objet, à partir de cette date, d'un contrôle juridictionnel sensiblement renforcé. Dans cet arrêt, la Cour a reconnu en substance qu'elle n'avait jusqu'alors pas véritablement joué un rôle de limitation des compétences fédérales mais qu'elle avait, tout au contraire, favoriser l'unification[1138]. Constatant que la révision constitutionnelle de 1994 avait pour but de renforcer la protection de l'autonomie des *Länder,* elle a consenti à faire évoluer l'intensité de son contrôle de constitutionnalité. De façon intéressante, elle a également affirmé que la diversité législative est inhérente au fédéralisme. Si dans l'arrêt *Altenpflegegesetz*, la Cour de Karlsruhe a déclaré inconstitutionnelle la réglementation prise par le législateur fédéral sur le fondement d'une autre base que la clause de nécessité, la jurisprudence ultérieure confirmera la plus grande effectivité du contrôle juridictionnel du respect des conditions posées par l'article 72.2 de la Loi fondamentale puisque la Cour invalidera un certain nombres de mesures prises sur son fondement. Dans ses décisions suivantes, la Cour n'hésitera pas à invalider des législations fédérales prises sur le fondement de l'article 72.2 en raison d'une absence de nécessité de l'intervention du *Bund*[1139]. Il convient de rappeler que dans l'Union européenne, l'année 2002 correspond également à l'évolution du contrôle juridictionnel du principe de subsidiarité. En effet, dans l'arrêt *British American Tobacco*[1140] la Cour de justice a accepté pour la première fois

---

[1135] Si certains articles n'ont pas hésité à imputer à l'Union la sortie du Royaume-Union, au motif d'une *centralisation excessive* (*ex :BREXIT: The role of subsidiarity, P. Booth, The Tablet, 29 June 2016 : « Britons who voted 'out' complained that the EU was too centralised. If Brussels had not ignored a key Catholic principle, the result of the referendum might have been very different »*), d'autres ont accusé le gouvernement britannique d'avoir lui-même porté atteinte à au principe de subsidiarité en *l'instrumentalisant :A. P. Blackman, Brexit: An Exercise in the Violation of Subsidiarity. 2016 : Cameron's policies portray a prime example of a grotesque miscalculation of the function of subsidiarity »*.

[1136] BVerfGE 106, 62, 24 octobre 2002 *Altenpflegegesetz*.

[1137] Voir Chapitre I de la présente étude.

[1138] Voir, pour une analyse détaillée de l'arrêt : DECHATRE L., Le pacte fédératif, précité, … p. 563.

[1139] BverfGE 110, 141, 12 mars 2004, *Kampfhunde*.

[1140] CJCE, 10 décembre 2002, *British American Tobacco*, C-491/01, *Rec*.p.I-11550.

d'exercer un contrôle de la « subsidiarité matérielle », en examinant la compatibilité, sur le fond, d'une législation européenne avec le principe de subsidiarité. De plus, elle a retenu une conception large du principe en englobant dans le contrôle de subsidiarité l'intensité de l'action normative qui relève en principe du contrôle de proportionnalité (subsidiarité *lato sensu*/proportionnalité fédérale).

482. Même si la Fédération européenne ne devrait pas copier l'organisation d'une Fédération existante — les peuples de l'Europe n'étant pas prêts à appartenir à un même ensemble aussi uni et intégré que peuvent l'être les Fédérations américaines[1141] — il nous semble que l'expérience tirée des différents systèmes fédéraux dans le monde nous autorise à envisager un fédéralisme européen. Ce fédéralisme plurinational doit conduire à protéger les diversités, « ce qui ne ressort pas toujours des politiques européennes lorsqu'une volonté d'uniformité est imposée aux États membres »[1142]. C'est pourquoi, le principe de subsidiarité devrait être, dans une optique fédéraliste, plus largement envisagé, tout particulièrement dans sa dimension descendante. En effet, il ressort de ces derniers développements que le principe de subsidiarité est fortement lié à la notion d'autonomie, laquelle est elle-même constitutive de l'idée de fédéralisme[1143]. La subsidiarité se retrouve à la fois à la base de la Fédération, lorsque le partage des compétences est établi, mais également tout au long de l'existence de la Fédération dans le cadre de la gestion des relations entre les entités fédératives[1144]. Le rôle du juge est donc très important car dans une Fédération c'est à la juridiction fédérale de veiller à ce que les relations entre les deux niveaux ne soient pas déséquilibrées.

[1141] Barrue-Belou R., précité, p. 564.

[1142] *Ibid*.

[1143] *Ibid*., p. 47.

[1144] *Ibid*., p. 239.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

483. Replacés dans une perspective « dynamique », la subsidiarité et le fédéralisme présentent des affinités électives qu'il convient de mettre en lumière et d'exploiter dans la mesure où la première peut servir d'instrument de réalisation du second. En effet, bien qu'inachevée, et malgré la controverse toujours en cours, la construction européenne recèle une dimension fédérale incontestable. Le fédéralisme européen, que de nombreux auteurs et acteurs politiques appellent de leurs voeux depuis des années, est déjà tangible dans de nombreux domaines même si celui-ci s'avère encore incomplet et lacunaire. L'analyse comparative ayant néanmoins montré que le fédéralisme est divers et hétérogène — dans la mesure où il n'existe pas un modèle unique de Fédération — il convient de ne pas s'attacher à une approche institutionnelle trop figée. En effet, ainsi que nous l'avons montré, le fédéralisme est davantage un processus qu'une structure. La subsidiarité peut donc être envisagée comme un outil fédératif dès lors que l'on admet que le processus d'intégration de l'Union n'est pas étranger à celui d'une « fédéralisation ». Cette fédéralisation n'implique pas nécessairement de mimer ou tenter de reproduire l'expérience constitutionnelle des systèmes fédéraux « étatiques » sur le modèle des États-Unis, du Canada, de l'Allemagne ou de la Suisse puisque le fédéralisme n'équivaut pas nécessairement à un étatisme. En effet, afin de dépasser le clivage suranné État fédéral/Confédération, la doctrine récente invite à détacher la figure de la Fédération de celle de l'État. En tant qu'institution politique spécifique, celle-ci constitue une catégorie juridique à part entière, de sorte que les États membres d'une Fédération peuvent conserver leur existence politique et leur autonomie. L'Union européenne présentant des spécificités irréductibles, un certain nombre d'auteurs ont proposé, ces dernières années, d'affiner le concept de Fédération en mettant en lumière le modèle d'une Fédération plurinationale « en devenir ». Loin de s'apparenter à l'institution d'un super-État centralisateur, la fédéralisation de l'Union européenne impliquerait, tout au contraire, de mettre en avant des valeurs fédérales comme l'autonomie et la diversité, ce que la Cour de justice n'est guère encline à encourager du fait de sa jurisprudence « centralisatrice ». Ainsi, la mise en oeuvre de la subsidiarité descendante semble être une étape incontournable du fédéralisme européen si l'on souhaite atteindre ce juste équilibre entre l'unité et la diversité.

Chapitre II. Le potentiel fédéraliste insuffisamment exploité du principe de subsidiarité

484. Il est intéressant de noter que si de nos jours le fédéralisme est le plus souvent brandi par les partisans d'une autorité fédérale forte, dans le passé, le même terme a également été invoqué par les défenseurs des droits des États fédérés, « même si l'histoire a finalement immortalisé ces derniers sous le nom d'anti-fédéralistes »[1145]. Dans la mesure où nous avons eu l'occasion, dans les développements précédents, d'insister sur l'ambiguïté et la complexité du phénomène fédéral, nous ne reviendrons pas sur ce point. Néanmoins, il nous semble utile de rappeler qu'en tant que « processus instable difficilement saisissable sous la forme de catégories préétablies »[1146], le fédéralisme gagne à être appréhendé de manière finaliste, en ce sens que l'objet du fédéralisme est d'atteindre un juste équilibre entre l'unité et la diversité.

485. Plus précisément, le fédéralisme repose sur deux conditions, à savoir « la recherche de l'unité combinée avec un respect authentique de l'autonomie et des intérêts légitimes des États participants »[1147]. Si l'unité est une condition de viabilité de la Fédération dans la mesure où une forte homogénéité des États membres constitue une condition de son existence, celle-ci ne peut néanmoins survivre si cette unité est trop forte ou trop renforcée car alors « la fédération devient comme une nation d'un État-nation »[1148]. C'est en cela que réside « le dilemme fédéral de l'union et de l'autonomie » ainsi que le but de toute Fédération, la préservation de « l'unité dans la diversité »[1149]. Le principe de dualité fédérative — sur lequel se fonde la Fédération et qui permet la coexistence de l'instance fédérale et de l'instance fédérée sur un seul territoire — traduit la tension inhérente au *telos* spécifique de la Fédération : « maintenir l'existence politique des États tout en les intégrant dans un ensemble, la Fédération »[1150]. Cette brève présentation, issue de la théorie de la Fédération d'O. Beaud que nous avons examinée plus en détail dans les développements

---

[1145] MILLET F-X., « Fédéralisme européen et identité nationale. La voie du constitutionnalisme », Politique européenne, vol. 53, no. 3, 2016, pp. 60-84.

[1146] *Ibid*.

[1147] PESCATORE P.« Foreword » in Terrance Sandalow and Eric Stein (eds.), Courts and Free Markets. Perspectives from the United States and Europe, Oxford, Oxford University Press, p. X, 1982.

[1148] BEAUD O., « La question de l'homogénéité dans une fédération », *Lignes*, vol. 13, no. 1, 2004, pp. 110-129.

[1149] *Ibid*.

[1150] LE GOAS S., Le rôle de Cour de justice in l'Union in L'Union européenne, une Fédération plurinationale en devenir ? Sous la direction de Jean-Christophe Barbato, Yves Petit, Bruylant, 2015, p. 277.

précédents[1151], permet de rappeler la fonction d'un juge dans une Fédération, à savoir assurer le partage équilibré des compétences qui sont fixées dans le pacte fédératif[1152].

486. S'il ne fait aucun doute que la Cour de justice de l'Union détient bien les compétences pour assumer les fonctions d'un juge fédéral, la question de savoir si celle-ci a réussi en pratique à maintenir l'équilibre fédéral entre l'Union européenne et les États membres appelle une réponse plutôt négative. La répartition verticale des compétences qui constitue traditionnellement « une des garanties majeures du fédéralisme »[1153] n'est pas, semble-t-il, une garantie satisfaisante de l'autonomie des États membres dans l'Union européenne. En effet, l'examen de la jurisprudence montre que la Cour de justice est réticente à sanctionner les entorses à la répartition des compétences dans la mesure où elle n'a que très rarement invalidé une intervention de l'Union pour méconnaissance du principe d'attribution des compétences. Surtout, le juge européen n'a jamais annulé un acte du législateur de l'Union, ou d'une autre institution européenne, pour violation de la subsidiarité (article 5.3 TUE) ou de la proportionnalité (article 5.4 TUE). Il ressort de ce constat que la Cour n'a jamais eu l'occasion — ou la volonté — d'activer la dimension descendante de la subsidiarité de l'article 5 TUE afin de préserver l'autonomie nationale et la diversité au sein de l'Union.

487. Dans une perspective fédéraliste, cette caractéristique est problématique car si les tendances centralisatrices des juridictions fédérales sont bien connues, l'expérience montre qu'un rééquilibrage au bénéfice des entités fédérées doit intervenir à un moment ou un autre, sauf à vider de sa substance la philosophie du fédéralisme[1154]. Une conception plus respectueuse du partage des compétences entre l'Union européenne et les États membres dans la jurisprudence de la Cour de justice serait la marque d'une certaine maturité fédérale et le signe annonciateur de l'avènement d'une Fédération plurinationale respectueuse de l'autonomie et de la diversité en Europe. Or, depuis toujours, le juge de l'Union semble surtout s'attacher à sauvegarder l'unité, au prix d'une interprétation extensive des dispositions des traités et d'une remise en cause fréquente de sa jurisprudence. En favorisant de façon systématique l'action de l'Union, jugée plus efficace que l'action nationale pour atteindre les objectifs du traité et en s'attachant à préserver quasi-exclusivement l'effectivité du droit de l'Union, la Cour tend à saborder les compétences, législatives mais aussi d'exécution, des États. Cette attitude est de nature à compromettre la vocation fédérale de l'Union dans la

---

[1151] Voir Chapitre précédent.

[1152] *Ibid*.

[1153] MILLET F-X., « Fédéralisme européen et identité nationale, précité. Voir aussi : ELAZAR D., J. (1984) [3e ed.], American Federalism : A View from the States, New- York, Harper and Row Publishers.

[1154] DECHATRE L., Le pacte fédératif européen, op. cit., p. 163.

mesure où le fédéralisme cherche précisément à maintenir et à garantir l'équilibre entre la force centripète (renforçant l'unité) et la force centrifuge (renforçant la pluralité). À moins qu'il ne s'agisse là d'une « volonté d'affirmer, dans les débuts de la construction européenne, l'autorité du droit communautaire, du droit fédéral pourrait-on dire, comme l'ont fait d'autres juridictions fédérales avant elle »[1155].

488. Il nous semble cependant que la Cour de justice tarde à se départir de cette tendance trop souvent critiquée. Dans la mesure où la subsidiarité revêt un caractère « bi-directionnel », elle comporte des virtualités aussi bien centripètes que centrifuges qu'il convient d'exploiter. Or, mis au service de la seule légitimation de l'action européenne, sans égard pour l'autonomie nationale ou la diversité, comme le suggère l'analyse des arrêts de la Cour, le principe de l'article 5.3 TUE ne peut que perdre sa nature fédérale et le juge de l'Union, sa vocation d'arbitre censé trancher les conflits de compétences opposant l'Union aux États. L'activation de la dimension ascendante de la subsidiarité ne saurait donc suffire à faire de ce principe un instrument de fédéralisation de l'Union.

489. Est-ce à dire que le juge de l'Union est, du moins pour l'heure, incapable de tenir compte des revendications légitimes des États et qu'il ne peut, par conséquent, revêtir les habits d'un véritable arbitre fédéral du fait de sa partialité ainsi que le lui reprochent un grand nombre de commentateurs ? Il convient sans doute de ne pas tirer de conclusions trop hâtives ou définitives dans la mesure où, entendue dans un sens plus large que celui des dispositions de l'article 5 TUE, la subsidiarité descendante peut s'exprimer de diverses façons, y compris de façon tacite. Tout d'abord, même si elles sont timides, maladroites et non systématiques, des tentatives de rééquilibrage au profit des compétences nationales existent dans la jurisprudence. Il semblerait même que la consécration du principe de subsidiarité au début des années 1990 dans le droit primaire ait trouvé un certain écho dans la jurisprudence de cette époque, même si son influence sur la Cour n'a été, de façon regrettable, qu'implicite ou discrète. En effet, les rapports que celle-ci entretient avec la subsidiarité peuvent être décrits comme un évitement juridictionnel du principe[1156]. Néanmoins, le fait de ne pas mentionner un principe ne revient pas nécessairement à l'ignorer. Une prise en compte implicite ou indirecte du principe de subsidiarité ne doit donc pas être exclue. Aussi conviendra-t-il de relever de façon quelque peu empirique, dans la jurisprudence post-maastricht, les signes d'un réajustement au profit des compétences nationales (Section 1). Nous soutenons, par

---

[1155] LE GOAS S., Le rôle de Cour de justice in l'Union in L'Union européenne, précité, p. 277.

[1156] MARTUCCI F., contribution au Colloque organisé par Catherine Kessedjian, Collège européen de Paris du 22 avril 2013 : « L'autonomie entre efficacité et proximité : quelques réflexions sur la subsidiarité ».

ailleurs, que la subsidiarité descendante peut trouver à s'exprimer, dans les arrêts de la Cour, à travers des instruments plus indirects, tels que les principes du respect de l'identité nationale et de reconnaissance mutuelle car ils sont des moyens de protéger l'autonomie des États et la diversité dans l'Union (Section 2). Si ces deux points nous semblent encourageants du point de vue du fédéralisme européen, ils n'en constituent pas moins des balbutiements, des esquisses ou des ébauches qu'il conviendra, nous semble-t-il, d'approfondir à l'avenir.

Section 1. Les tentatives discrètes d'un rééquilibrage des compétences dans la jurisprudence post-Maastricht

490. La tendance centralisatrice de la Cour de justice résultant de sa fonction de « moteur » de l'intégration européenne est trop connue pour qu'il soit nécessaire de revenir dessus. Bornons-nous seulement à rappeler que sa jurisprudence et les méthodes d'interprétation mises en oeuvre par celle-ci sont à l'origine des principes fondamentaux sur lesquels reposent l'Union aujourd'hui comme les principes de primauté, d'applicabilité immédiate, d'effet direct, d'application uniforme ou encore de coopération loyale dont dérivent les principes d'équivalence et d'effectivité[1157]. Cet activisme judiciaire a permis de façonner une certaine « identité communautaire » et de « cimenter les relations entre les États membres et l'Union »[1158]. Aussi le rôle unificateur du juge de l'Union n'est plus à démontrer.

491. L'on pourra nous objecter que cette tendance qui s'est retrouvée, de façon plus ou moins visible, dans la jurisprudence de la plupart des Cours suprêmes et constitutionnelles des systèmes fédéraux dans le monde porte précisément la marque d'une fédéralisation de l'Union européenne, par l'intermédiaire de son juge[1159]. C'est d'ailleurs en ce sens que s'inscrivait la critique adressée par certains sénateurs français à la Cour de justice accusée de favoriser une centralisation rampante. Ainsi dans un rapport relatif à l'application du principe de subsidiarité, C. De La Malène ne cachait pas son agacement à voir le juge de l'Union chargé du contrôle de ce principe. Estimant que sa jurisprudence avait été « presque constamment orientée dans le sens de l'augmentation des compétences et des pouvoirs de la Communauté, allant jusqu'à reconnaître à celle-ci des pouvoirs implicites - ceux jugés nécessaires à la réalisation d'objectifs fixés par les traités - et même des objectifs implicites justifiant des interventions communautaires dans des domaines non prévus par les traités », il

---

[1157] Soulignons, à ce titre, l'importance du mécanisme du renvoi préjudiciel en interprétation du droit de l'Union.

[1158] POTVIN-SOLIS L., « Le principe de coopération loyale », in Le droit constitutionnel européen, quel droit constitutionnel européen ?, H. GAUDIN (dir.), Annuaire de droit européen, Volume VI, 2011, pp. 165-210.

[1159] Cette remarque semble d'autant plus pertinente que les principes de primauté et d'effet direct se retrouve dans les systèmes fédéraux.

en concluait que la Cour de justice ne faisait que mimer l'expérience de la Cour suprême des États-Unis. En effet, selon le sénateur, l'expérience montre que les jurisprudences des juges fédéraux s'orientent « vers le renforcement des pouvoirs de la Fédération, ce qui est d'ailleurs inscrit dans la logique d'institutions fédérales : une Cour suprême n'ayant de légitimité et de compétences que fédérales, a nécessairement tendance à accroître les prérogatives de la Fédération »[1160]. Bien qu'excessives, ces remarques n'en sont pas moins révélatrices.

492. Comme nous l'avons déjà indiqué, nous ne partageons pas cette analyse, pour des raisons tenant aux finalités du fédéralisme (et non à ses dérives, notamment centralisatrices). En effet, dans la mesure où ce dernier se présente comme un système dynamique au sein duquel un équilibre constant doit être trouvé entre les forces centralisatrices et les forces décentralisatrices de la Fédération[1161], toute idée de centralisme et d'unification extrême revient à porter atteinte à l'essence même du fédéralisme. Si l'expérience révèle qu'en pratique, les juges fédéraux ont tendance à opérer une certaine centralisation, cette tendance « classique » et même « nécessaire » au début des systèmes fédéraux (pour affirmer l'autorité du droit fédéral) s'avère néanmoins problématique si elle vient à perdurer[1162]. Ainsi que l'affirme L. Dechatre « il n'existe un problème que si aucun rééquilibrage n'a lieu par la suite et que la jurisprudence reste durablement favorable au niveau fédéral »[1163]. Or, comme nous l'avons montré dans le chapitre précédent, les Cours suprêmes et constitutionnelles fédérales procèdent généralement à ce rééquilibrage nécessaire à la « santé » et à la « vie » de toute Fédération. Aussi la critique du sénateur, énoncée plus haut, mérite-t-elle d'être nuancée puisque la Cour Suprême des États-Unis a vu sa jurisprudence fortement évoluer et varier au gré des présidences de la Cour mais aussi des périodes, oscillant entre des phases de « centralisation » et de « décentralisation »[1164].

493. S'agissant de la Cour de justice, même si pour l'heure aucun arrêt n'est venu sanctionner le législateur de l'Union pour une violation du principe de subsidiarité, on constate néanmoins une évolution de sa jurisprudence dans un sens plus favorable aux États dans la période entourant l'entrée en vigueur du traité de Maastricht. En effet, les arrêts du juge de l'Union semblent désormais tenir compte de la nécessité d'un partage plus équilibré de l'exercice des compétences (Paragraphe 1). Cette préoccupation concerne également le

---

1160 DE LA MALENE C., Rapport sur l'application du principe de subsidiarité, précité.

1161 BARRUE-BELOU R., Analyse des outils fédératifs aux États-Unis, au Canada et au Brésil : contribution à l'étude du fédéralisme (Thèse de doctorat, 2014). Université Laval., p. 60.

1162 DECHATRE L., Le pacte fédératif européen, précité, p. 163.

1163 *Ibid.*

1164 *Ibid.*

domaine très important des libertés de circulation dans lequel la jurisprudence s'est longtemps caractérisée par un empiètement sur les pouvoirs réglementaires des États (Paragraphe 2). Il nous semble qu'à partir du milieu des années 1990 jusqu'au début des années 2000, la Cour ait entendu procéder à un subtil réajustement de sa jurisprudence en revoyant les modalités de son contrôle juridictionnel ou en modérant les effets de son interprétation extensive des dispositions du traité. Aussi peut-on y lire l'influence, plus ou moins discrète, de la consécration du principe de subsidiarité sur le juge de l'Union.

Paragraphe 1. Vers un partage plus équilibré de l'exercice des compétences dans l'Union

494. À en croire la doctrine, la Cour de justice apparaît désormais de plus en plus soucieuse d'organiser un partage plus équilibré des compétences entre l'Union et les États membres[1165]. Si par le passé, la Cour n'a pas hésité à dépasser la lettre des traités et le respect du principe d'attribution des compétences, il semblerait qu'à partir du milieu des années 1990, sa jurisprudence se soit inscrite dans une phase plus apaisée de son existence. En effet, l'analyse des arrêts de cette période révèle un « self-restraint » sensible de la part du juge qui correspond au contexte du processus de ratification du traité Maastricht[1166]. Il n'est ainsi pas anodin que la Cour constitutionnelle allemande ait mis, précisément à cette époque, l'accent sur la problématique des actes *ultra vires* de l'Union dans sa célèbre décision *Maastricht*[1167]. En effet, le traité en question inscrivait pour la première fois de façon aussi formelle le principe d'attribution dans le droit primaire, outre les principes de subsidiarité et de proportionnalité. Si la consécration expresse des principes d'attribution et de proportionnalité ne constituait qu'une réaffirmation de ces principes, l'introduction du principe de subsidiarité apparaissait comme une petite révolution. Aussi est-il permis de penser que c'est essentiellement sous son influence que la Cour de justice a réorienté sa jurisprudence[1168].

495. Cette réorientation jurisprudentielle s'est s'exprimée de deux façons. Dans un premier temps, et de façon quasi-immédiate, la Cour de justice, prenant acte tant du nouveau traité que des décisions des Cours constitutionnelles nationales le concernant, a rendu un avis dans lequel elle semblait adopter une approche plus respectueuse des compétences nationales.

1165 LE GOAS S., Le rôle de la Cour de justice, de l'Union à la Fédération européenne, précité, p. 284.

1166 BURGOGUE-LARSEN L., « Pour une approche dialogique du droit constitutionnel européen », in Europe(s), Droit(s) européen(s) – Une passion d'universitaire. Liber amicorum en l'honneur du Professeur Vlad Constantinesco, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 635-665.

1167 Tribunal constitutionnel allemand, 12 octobre 1993, Maastricht.

1168 La décision *Maastrich*t dans laquelle le juge allemand se reconnaissait la compétence de contrôler les actes *ultra vires*, y compris sous l'angle de la subsidiarité, planait également comme une menace sur la Cour.

Celle-ci découlait d'une revalorisation des compétences partagées, elle-même consécutive à la consécration du principe de subsidiarité[1169] (A). Dans un second temps, la Cour a consenti à renforcer le contrôle des principes d'attribution et de subsidiarité, notamment dans le domaine de l'harmonisation des législations nationales aux fins d'établissement du marché (B). Cette évolution, intervenue dans les années 2000, s'est traduite en des termes plus concrets pour le premier principe puisqu'elle a abouti à une annulation d'une acte du législateur pour base juridique erronée, ce qui n'est pas le cas pour la subsidiarité.

A. Une approche plus respectueuse des compétences nationales à la faveur d'une revalorisation des compétences partagées consécutive à la consécration du principe de subsidiarité

496. En consacrant le principe de subsidiarité dans le droit primaire de l'Union et en le concevant comme un principe de régulation de l'exercice des compétences partagées (compétences non-exclusives de l'Union) le traité de Maastricht a inauguré l'ère des compétences partagées. Ce changement de paradigme a conduit le juge de l'Union a adapter sa ligne jurisprudentielle antérieure en consacrant, à son tour, le principe de compétences partagées[1170]. Cette nouvelle orientation que l'on peut lier, fût-ce de façon indirecte, à l'introduction du principe de subsidiarité n'est pas sans conséquences puisqu'elle invite le juge de l'Union à adopter une attitude plus respectueuse à l'égard des compétences nationales. En effet, l'action combinée des principes d'attribution et de subsidiarité, désormais formellement consacrés dans le traité, incite la Cour de justice à plus de rigueur dans l'appréhension des compétences de l'Union, amenant cette dernière à revenir sur certaines de ses théories comme celle des compétences ou des pouvoirs implicites de l'Union. Aussi assiste-t-on, dans les années 1990, à une interprétation régressive des compétences exclusives de l'Union dans un domaine aussi important que celui des compétences externes qui a donné lieu à une jurisprudence très audacieuse (1). Par ailleurs, cette plus grande rigueur trouve également à s'exprimer dans le recours, historiquement extensif, à la fameuse clause de flexibilité puisque la Cour s'attache dorénavant à une interprétation plus restrictive de celle-ci (2). Il est utile de souligner que ces deux domaines, à savoir les compétences externes exclusives de l'Union européenne et la clause de flexibilité, ont été marqués par une

[1169] Rappelons que le principe de subsidiarité ne s'applique qu'aux compétences partagées (non exclusives).

[1170] MARTINACHE A., "Une application de la subsidiarité : la Cour de justice et les compétences externes", Revue des affaires européennes/Law & European Affairs, Nos. 1 &2, 1998, pp. 62-66, notamment p. 62.

jurisprudence pré-Maastricht traditionnellement favorable à l'Union, ce qui a exposé la Cour de justice à des critiques acerbes de la part des États membres et de certains auteurs[1171].

1. L'interprétation régressive des compétences exclusives de l'Union dans le domaine des compétences externes

497. Le domaine des compétences externes revêt pour les États une importance considérable dans la mesure où la jurisprudence de la Cour de justice s'y rapportant est à l'origine de la doctrine des compétences implicites en matière de relations internationales. Les questions soulevées par le partage des compétences en ce domaine, notamment la question de la nature exclusive ou partagée de la compétence externe, figurent parmi les plus sensibles de l'analyse du système constitutionnel communautaire »[1172]. Le juge communautaire a créé, en ce domaine, une catégorie de compétence externe dite implicite afin de favoriser les pouvoirs d'action de la Communauté dans la sphère internationale en l'absence d'une compétence générale des Communautés prévue dans les traités. Une telle lacune avait conduit la Cour à déclarer, dans son célèbre arrêt *AETR* de 1971[1173], qu'une compétence de la Communauté pour prendre des engagements internationaux « résulte non seulement d'une attribution explicite du traité [...] mais peut découler également d'autres dispositions du traité et d'actes pris par les institutions de la Communauté »[1174].

498. La logique qui sous-tend le raisonnement est simple puisqu'il se fonde sur le parallélisme des compétences internes et externes (ou internationales). En partant du principe que la Communauté avait une compétence pour agir sur le plan interne dans un secteur donné, elle devait être en mesure de bénéficier du volet externe de cette compétence. Ainsi, l'Union étant compétente en matière de transports routiers, elle devrait pouvoir négocier et conclure des accords en ce domaine, même en l'absence d'une compétence expresse dans les traités[1175]. Cette jurisprudence a néanmoins été décriée en raison des effets que la Cour a tirés de ce mécanisme. Le juge a précisé dans le même arrêt que « chaque fois que, pour la mise en œuvre d'une politique commune prévue par le traité, la Communauté a pris des dispositions instaurant, sous quelque forme que ce soit, des règles communes, les États membres ne sont plus en droit, qu'ils agissent individuellement ou même collectivement, de contracter avec les Etats tiers des obligations affectant ces règles ou en altérant la portée »[1176].

[1171] Voir en ce sens les critiques adressées par l'ancien sénateur C. De La Malene dans son rapport précité.
[1172] SIMON D., Le système juridique communautaire, Paris : Presses Universitaires de France, 1997, p. 82.
[1173] CJCE, 31 mars 1971, *Commission c/ Conseil dit "AETR"*, Aff. 22/70, Rec.1971 p.263.
[1174] *Ibid.,* pt 16.
[1175] Voir aussi : CJCE, 14 juillet 1976, *Kramer*, aff. 34/76 & 6/76, *Rec*. p 1308.
[1176] *Ibid.*, pt 17.

499. Par la suite, la Cour de justice n'a fait que renforcer les effets de cette jurisprudence[1177] si bien que l'attribution à la Communauté d'une compétence exclusive pour négocier et conclure certains accords internationaux a pu être considérée comme une atteinte à « ce qu'ils considèrent comme une part essentielle du noyau dur de leur souveraineté »[1178]. Cette jurisprudence audacieuse, à l'origine d'une compétence exclusive de l'Union dès lors que celle-ci exerçait une compétence interne ou même en l'absence d'exercice préalable de ladite compétence[1179], devait fatalement générer la résistance de la part de États membres[1180]. En effet, pour ces derniers, la compétence de l'Union devait nécessairement être limitée par les attributions expresses des traités dont résultent les transferts de compétences. En outre, ils attendaient de la Cour de justice une interprétation restrictive de ces dispositions. Une telle opinion parmi les États membres a été majoritaire jusqu'en 1971, c'est-à-dire jusqu'à l'affaire AETR à l'occasion de laquelle la Cour a livré sa théorie du parallélisme des compétences qui prévoit que dans tous les domaines dans lesquels la Communauté possède des compétences exclusives internes, elle peut exercer les mêmes compétences sur le plan externes[1181].

500. Il faut attendre le milieu des années 1990, c'est-à-dire l'ère post-Maastricht, pour voir la Cour restreindre les effets de sa jurisprudence relative au parallélisme des compétences. Dans un avis 1/94[1182] rendu le 15 novembre 1994, elle estime que si une compétence interne constitue toujours une condition suffisante pour reconnaitre une compétence externe à l'Union, son caractère exclusif n'est plus établie. En d'autres termes, elle ne déduit plus de façon automatique une compétence exclusive du principe de parallélisme des compétences. De plus, revenant sur sa jurisprudence antérieure, notamment l'avis 1/76, elle pose à nouveau la condition plus restrictive de l'exercice préalable d'une compétence interne par l'Union pour en déduire une compétence exclusive au plan externe[1183]. Sans qu'il soit nécessaire de commenter la jurisprudence ultérieure[1184], bornons-nous à relever du point de vue qui nous intéresse, à savoir l'influence tacite de la consécration du principe de subsidiarité sur le juge de l'Union, que cette relecture plus restrictive de sa

---

[1177] Voir notamment l'avis 1/76 :Avis 1-76, "Projet d'accord relatif à l'institution d'un Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure", rendu le 26 avril 1977, Rec 1977, pp. 741-762.

[1178] SIMON D., Le système juridique communautaire, Paris : Presses Universitaires de France, 1997, p. 82.

[1179] Voir pts 3 et 4 de l'avis 1/76.

[1180] MICHEL V., Les compétences externes implicites: continuité jurisprudentielle et clarification méthodologique, *Europe*, 2006, n°10, pt.2.

[1181] DRAZEN P, L'effet direct des accords internationaux de la communauté européenne : à la recherche d'un concept, PUF, 2000, Paris.

[1182]Avis 1/94 du 15 novembre 1994, *Rec*.1994, p.I-5267.

[1183] *Ibid*., pt 85.

[1184] Voir aussi l'avis 2/92 :CJCE., Avis 2/92 du 24 mars 1995, *Rec*. 1995, p. I-521.

jurisprudence antérieure révèle une attitude plus respectueuse à l'égard des compétences nationales (partagées).

501. Les commentateurs ont vu dans cette plus grande déférence affichée par la Cour de justice vis-à-vis des États membres tantôt la conséquence de la décision *Maastricht* de la Cour constitutionnelle allemande[1185] tantôt l'influence du principe de subsidiarité[1186]. Si la menace d'un contrôle *ultra vires* par le juge allemand n'est pas une piste à négliger, nous y voyons pour notre part une prise en compte implicite de la subsidiarité. Certains auteurs proposent même de voir dans l'avis 1/94 une réponse prétorienne adressée au Professeur V. Constantinesco « qui se demandait avant que la Cour ait rendu cet avis, si elle aurait pu développer une jurisprudence si poussée en matière de parallélisme des compétences si le principe de subsidiarité avait alors existé »[1187]. Pour de nombreux auteurs, dont S. Le Goas, la « lecture régressive » opérée par la Cour de justice, en matière de compétences externes, de la doctrine du parallélisme des compétences « marque l'essor des compétences partagées, au détriment des compétences exclusives de la Communauté et exprime ainsi le compromis entre forces centrifuges et forces centripètes »[1188].

2. L'interprétation restrictive de la clause de flexibilité

502. Outre l'avis 1/94 qui a fait l'objet de nombreux commentaires et suscité de vives réactions doctrinales en raison de sa relecture plus favorable aux compétences externes dont les États membres partagent l'exercice avec l'Union, l'avis 2/94[1189] relatif à l'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'nomme ne doit pas être négligée. Dans cet avis rendu le 28 mars 1996, le juge de l'Union mentionne pour la première de façon aussi expresse le principe d'attribution des compétences[1190], et procède consécutivement à une interprétation restrictive de l'ex-article 235 TCE (article 308 CE, actuel article 352 TFUE) en déclarant que cette disposition ne saurait à l'avenir « constituer un fondement pour élargir le

---

[1185] Cour constitutionnelle fédérale de la République fédérale allemande, 12 octobre 1993, Maastricht.

[1186] GAUDIN H., Les principes d'interprétation de la CJCE et la subsidiarité, *RAE*, 1998, (1/2) numéro spécial subsidiarité, pp.13-16 ; MARTINACHE A., "Une application de la subsidiarité : la Cour de justice et les compétences externes", Revue des affaires européennes/Law & European Affairs, Nos. 1 &2, 1998, pp. 62-66, notamment p. 62.

[1187] DECHATRE L., Le pacte fédératif, précité, p. 467. ; CONSTANTINESCO V.,Subsidiarité...vous avez dit subsidiarité ?, RMUE, 1992, n°4, pp. 227-230.

[1188] LE GOAS S., Le rôle de la Cour de justice, précité, p. 284. Voir aussi : BOSKOVITS K., Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses États membres, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 138 ; DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J., « L'ère des compétences partagées », *RMCUE*, nº 390, 1995, pp. 461-470 ; RICARD-NIHOUL G., Pour une fédération d'États-nations. La vision de Jacques Delors revisitée, précité., p. 90.

[1189] CJCE, avis 2/94, du 28 mars 1996, Rec., p. I-1759, sur l'adhésion à la CEDH.

[1190] *Ibid*., pt 23 de l'arrêt.

domaine des compétences de la Communauté.au-delà du cadre général résultant de l'ensemble des dispositions du traité et en particulier celles qui définissent les missions et les actions de la Communauté ». La Cour de justice y affirme plus précisément que cette disposition ne saurait, par conséquent, « servir de fondement à l'adoption de dispositions qui aboutiraient en substance dans leurs conséquences, à une modification du traité échappant à la procédure que celui-ci prévoit à cet effet »[1191]. En d'autres termes, le juge communautaire indique dans cette décision que l'article 308 ne peut être utilisé pour permettre l'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme.

503. Cette affirmation prétorienne offre la justification d'une interprétation désormais restrictive de ce que l'on a nommé « clause de flexibilité » et qui a dans les premiers temps de la construction européenne été utilisée par les institutions de façon extensive voire abusive puisqu'elle a servi, en l'absence de révision des traités, de base à l'établissement de véritables politiques communes. Cette clause a en effet été largement exploitée dans les années 1970 et 1980 pour étendre l'action de la Communauté dans des domaines non couverts par les traités, comme en matière environnementale ou encore dans les domaines de l'énergie, de la recherche et de la politique régionale. Le fait de fonder régulièrement la compétence communautaire sur l'ex-article 235 TCE a conduit la Communauté à faire de la clause de flexibilité une disposition générale lui permettant d'élargir le champ de ses compétences dès lors que cela s'avérait nécessaire pour réaliser un des objectifs prévus par le traité. Si une telle clause a été conçue pour « atténuer la rigidité du principe des compétences d'attribution pour des motifs tirés de la nécessaire préservation de l'objet communautaire », il n'en demeure pas moins que son utilisation excessive par l'Union, permise par une appréciation prétorienne « libérale et englobante »[1192], a souvent été perçue comme une menace pour les compétences des États membres.

504. Ainsi, par son avis 2/94, la Cour de justice sanctionne fermement le recours jugé abusif à l'article 308 puisque l'utilisation de la clause de flexibilité revient, en l'espèce, à contourner les objectifs poursuivis par les traités et les procédures qui y sont prévues. La clause de flexibilité sera, dorénavant, utilisée de façon moins intensive, ce qui s'explique aussi par la circonstance que les traités prévoient désormais des bases juridiques plus précises, notamment depuis l'Acte unique européen, que par le passé. Ainsi que le note L. Burgorgue-Larsen, par cet avis de 1996, la Cour de justice semble admettre que le temps de la

---

[1191] *Ibid.*, pt 30.

[1192] MICHEL V., *Recherches sur les compétences de la Communauté*, thèse, Paris I, 2000, Paris, L'Harmattan, 2003, 704 pages, p. 261 et 269.

révision judiciaire des traités semble révolu et accueille favorablement l'ère du « respect des principes de fonctionnement des organisations internationales et ·de leurs relations avec leurs Etats membres »[1193]. On peut y voir, là encore, l'influence décisive mais discrète des nouvelles dispositions résultant traité de Maastricht, à savoir les principes d'attribution et de subsidiarité. Aussi peut-on estimer que si la démarche fonctionnelle d'attribution des compétences n'a pas disparu, celle-ci est « vouée à coexister avec la nouvelle répartition des compétences »[1194]. Ajoutons que cette dernière se fonde sur une logique plus fédérale.

505. Si la clause de flexibilité a été reprise dans le traité de Lisbonne (article 352 TFUE), malgré les vives critiques dont elle a régulièrement fait l'objet[1195], les rédacteurs l'ont dotée d'un nouveau paragraphe afin d'exclure son utilisation en matière de politique étrangère et de sécurité commune. Lisbonne réaffirme ainsi l'obligation faite aux institutions de respecter les procédures et attributions prévues par les traités. Notons par ailleurs que la déclaration n°42 annexée au traité de Lisbonne a codifié dans le droit primaire la jurisprudence de la Cour puisqu'il y est désormais indiqué que la clause de flexibilité ne saurait constituer un fondement pour élargir le domaine des compétences européennes au-delà du cadre général qui résulte de l'ensemble des dispositions des traités et en particulier de celles qui définissent les missions et actions de l'Union. Ainsi le recours à la clause de flexibilité ne saurait aboutir à une révision des traités[1196].

506. En conclusion, l'on peut affirmer que l'entrée en vigueur du traité de Maastricht a conduit la Cour de justice à clore, d'une certaine façon, un chapitre pour le moins trépidant de l'histoire des Communautés, celui de la « transgression » du principe d'attribution des compétences[1197] à la faveur d'un reflux jurisprudentiel révélateur d'une nouvelle conception de la répartition des compétences de l'Union mais également de ses propres pouvoirs[1198]. Cette phase historique initiale dite « acquisitive » de l'intégration européenne correspond à une jurisprudence « constructive » ou « évolutive » dont le but clairement assumé était

---

[1193] BURGORGUE-LARSEN L., Les résistances des Etats de droit, in : RIDEAU (J.), De la communauté de droit à l'union de droit : continuités et avatars européens, LGDJ, 2000, p.432.

[1194] MARTI G., Le pouvoir constituant européen, précité, p. 496.

[1195] Voir la note du secrétariat général de la Convention du 21 février 2003 relative aux réactions au projet d'articles 1 à 16 du traité, CONV 574/03, spéc. pp. 91.

[1196]La déclaration n° 41 précise quant à elle la notion d' objectifs qui conditionne la mise en œuvre de la clause de flexibilité. Il y est indiqué que le recours à cette disposition est impossible pour réaliser les objectifs figurant à l'article 3.1 TUE qui dispose (promotion de la paix, des valeurs et bien-être des peuples de l'Union).

[1197]BURGORGUE-LARSEN L., Les résistances des Etats de droit, précité.

[1198] GAUDIN H., Les principes d'interprétation de la CJCE et la subsidiarité, *RAE*, 1998, (1/2) numéro spécial subsidiarité, pp.13-16

d'obtenir « un ancrage durable dans le temps du processus d'intégration »[1199]. Le traité de Maastricht sonne ainsi le glas de cette dynamique jurisprudentielle ascendante en inscrivant *expressis verbis* le principe d'attribution des compétences[1200] et le principe de subsidiarité[1201] dans le droit primaire et en obligeant les institutions à plus de déférence dans l'exercice de leurs pouvoirs. Cela s'est traduit en des termes très concrets tant pour le Conseil que pour le juge communautaire puisque le premier a dû s'astreindre à un recours plus modéré à la clause de flexibilité quand le second s'est vu contraint d'abandonner une jurisprudence jugée trop audacieuse au regard des nouvelles dispositions du traité de Maastricht.

B. Le renforcement du contrôle juridictionnel du principe d'attribution et du principe de subsidiarité : le domaine de l'harmonisation pour le bon fonctionnement du marché intérieur

507. Si le recours « extensif » à la clause de flexibilité s'inscrit dans une période temporellement restreinte de l'intégration communautaire, l'utilisation des bases juridiques du traité relatives à l'harmonisation des législations à des fins d'intégration économique se caractérise par un recours, encore aujourd'hui, très large. La jurisprudence de la Cour de justice en ce domaine se révèle, une fois de plus, très favorable aux actes normatifs adoptés par le législateur de l'Union. Force est néanmoins d'admettre que la consécration par le traité de Maastricht des principes d'attribution et de subsidiarité dans le droit primaire a influencé l'intensité du contrôle juridictionnel exercé sur l'action du législateur.

508. On ne peut en effet ignorer l'arrêt du 5 octobre 2000 par lequel les juges du plateau de Kirchberg ont annulé une directive relative à la publicité des produits du tabac[1202]. S'il est patent que l'annulation ne s'est pas faite sur le fondement d'une violation du principe de subsidiarité mais d'une base juridique erronée, il n'est pas absurde de penser, à l'instar de bon nombre de commentateurs[1203], que l'apparition de ce principe dans le traité l'y a sans doute encouragé. Par ailleurs, il ressort de l'analyse de la jurisprudence de la Cour que le contrôle juridictionnel du principe de subsidiarité a lui-même évolué, peu de temps après cette décision majeure. En effet, la Cour de justice a eu à se prononcer, dans un arrêt de 2002[1204], sur la validité d'une directive du législateur de l'Union relative à la fabrication et la vente des

---

[1199] BURGORGUE-LARSEN L., Les résistances des Etats de droit, précité.

[1200] Ex-article 3B, al. 1, CE.

[1201] Ex article 3B, al. 2, CE.

[1202] CJCE, 5 octobre 2000, *Allemagne c. Parlement et Conseil,* aff. C-376/98, Rec. 2000, p. I-8419.

[1203] LE GOAS S., Le rôle de la Cour de justice, précité.

[1204] CJCE, 10 décembre 2002, The Queen c. Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd et Imperial Tobacco Ltd., aff. C-491/01, Rec. p. I- 11453.

produits du tabac. Cette affaire lui a permis de faire évoluer, sur le fond, l'intensité du contrôle de subsidiarité même si elle a jugé l'acte litigieux conforme à ce principe. Il ressort de notre analyse que si le contrôle de la base juridique permet une prise en compte effective du principe d'attribution des compétences (1) le contrôle de subsidiarité a donné lieu à une évolution encourageante mais néanmoins insatisfaisante dans la mesure où le principe édicté à l'article 5.3 TUE est trop souvent perçu par les auteurs, mais aussi les requérants qui lui préfèrent la proportionnalité, comme insuffisamment effectif sur le plan juridictionnel (2). L'évitement formel qui semble caractériser l'attitude du juge à l'endroit de la subsidiarité ne suppose pas nécessairement son occultation totale, ce dernier pouvant être intégré implicitement à son raisonnement, comme dans la première affaire où il n'apparait pas.

1. Le contrôle de la base juridique : une prise en compte effective du principe d'attribution des compétences

509. L'affaire *Allemagne c/ Parlement européen et Conseil* mettait en cause la validité de la directive 98/43/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998, concernant le rapprochement des dispositions nationales en matière de publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac. L'État requérant avait introduit un recours en annulation contre la directive du législateur de l'Union en faisant valoir plusieurs moyens tirés du fait que l'article 100 A du traité ne constituait pas une base juridique adéquate pour l'adoption de la directive mais aussi de la violation des principes de proportionnalité et de subsidiarité. La base juridique dont se réclamait la directive litigieuse était le marché intérieur. Ainsi que le soulignait l'Avocat général, « le contrôle juridictionnel exercé sur la mise en oeuvre d'une telle compétence constitue une question délicate et complexe »[1205]. En effet, un contrôle juridictionnel trop restreint pourrait permettre à l'Union « de jouir, en pratique, d'un pouvoir général ou illimité », contrairement au principe qui veut que celle-ci ne dispose que des compétences strictes dans le but d'atteindre des objectifs précis. Aussi, un trop grand laxisme dans le contrôle juridictionnel conduisait-il à « empiéter illégalement sur les pouvoirs des États membres ». D'un autre côté, le juge ne saurait « empêcher le législateur communautaire d'accomplir comme il se doit sa mission d'élimination des entraves et distorsions aux échanges des produits et services ». Aussi la Cour devait-elle s'acquitter de la difficile tâche de « maintien de la séparation constitutionnelle des pouvoirs respectifs de la Communauté et des États membres, sur la base de critères objectifs »[1206].

[1205] Conclusions de l'Avocat général M. N. Fenelly présentées le 15 juin 2000 dans l'affaire C-376/98 précitée.
[1206] *Ibid*.

510. L'ex-article 100 A du traité donnait compétence au législateur de l'Union pour harmoniser les législations nationales dans la mesure où cette harmonisation était nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur. L'Allemagne considérait que la simple allusion à cet article dans les considérants de l'acte litigieux ne suffisait pas à établir cette condition. Dans son analyse, la Cour a relevé que celle-ci concernait le rapprochement des dispositions nationales en matière de publicité des produits du tabac inspirées par des objectifs de santé publique. Or, notait-elle, l'article 129.4 du traité excluait toute harmonisation en matière de santé, sans toutefois exclure que des mesures d'harmonisation adoptées sur le fondement d'autres dispositions puissent avoir une incidence sur la protection de la santé humaine. La seule limite était que le recours à d'autres articles comme base juridique ne puisse être utilisé pour contourner l'exclusion expresse de toute harmonisation en ce domaine.

511. Il importait, par conséquent, de vérifier si la directive litigieuse contribuait effectivement à l'élimination d'entraves à la libre circulation des marchandises et à la libre prestation des services ainsi qu'à la suppression de distorsions de concurrence. Au terme d'une analyse détaillée[1207], la Cour de justice a estimé que pour une grande partie des formes de publicité, leur interdiction ne pouvait pas être justifiée par la nécessité d'éliminer des entraves à la libre circulation des supports publicitaires ou à la libre prestation des services dans le domaine de la publicité. Si un acte adopté sur le fondement de l'articles 100 A pouvait incorporer des dispositions ne contribuant pas à l'élimination des entraves encore fallait-il qu'elles soient nécessaires. Or tel n'était pas le cas en l'espèce. De plus, la directive n'assurait pas la libre circulation des produits conformes à ses dispositions. Dans ces conditions, le législateur ne pouvait pas se fonder sur la nécessité d'éliminer des entraves à la libre circulation des supports publicitaires et à la libre prestation des services pour adopter la directive sur la base des articles 100 A, 57. 2, et 66 du traité.

512. Jugeant fondés les moyens tirés du caractère erroné du choix desdites dispositions comme base juridique, la Cour a annulé la directive dans son ensemble. Dès lors, il n' y avait pas lieu d'examiner la conformité de celle-ci au principe de subsidiarité. Il n'en demeure pas moins que certains commentateurs y ont vu une prise en compte tacite de la subsidiarité. Pour S. Le Goas, la Cour de justice s'est clairement posée dans cette affaire comme la gardienne de l'intérêt des États, attachée à rééquilibrer le partage des compétences entre l'Union et ses membres. L'auteure estime qu'en montrant sa volonté de s'en tenir à une conception plus respectueuse du partage de compétences, elle semble « prête à remplir efficacement sa fonction de juge fédéral ». L'auteure considère que la consécration du

[1207] pt 99 à 105.

principe de subsidiarité dans le traité « l'y a peut-être encouragée » et, en tout état de cause, « ne devrait que l'encourager à poursuivre ce chemin »[1208]. Il est vrai que dans la mesure où la Cour n'a pas eu l'occasion de se prononcer, dans cette affaire précise, sur la question d'une violation du principe de subsidiarité par le législateur, des spéculations en ce sens sont possibles. Quant à la dimension fédérale de cette « nouvelle approche » du contrôle juridictionnel perçue par une partie de la doctrine comme plus « arbitrale », elle est, nous semble-t-il, loin d'être infondée tant l'arrêt parait révolutionnaire.

513. En outre, cette annulation — pour le moins exceptionnelle eu égard à la jurisprudence de la Cour traditionnellement complaisante à l'égard du législateur de l'Union — semble plus largement s'inscrire dans un contexte international favorable à ce que l'on pourrait qualifier de « droits des États fédérés ». Que l'on pense, à cet égard, à la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis ou encore à celle de la Cour Suprême du Canada qui, à la même époque, au tournant de l'année 2000 (fin des années 1990, début 2000) ont procédé à des lectures régressives ou plus restrictives de certaines dispositions de la constitution afin de tenir davantage compte des intérêts des entités fédérées et préserver leur autonomie avec plus de rigueur. C'est ainsi que le juge américain a pu annuler des actes du Congrès dans ses décision *United States v. Lopez*[1209] de 1995 et *Morrison* de 2000[1210], au motif d'une utilisation abusive de la Clause de commerce par ce dernier. Nous avons déjà indiqué les similitudes entre la Clause de commerce et les bases juridiques des traités européens visant à favoriser les libertés fondamentales du marché intérieur[1211]. Dans une logique très similaire, la Cour Suprême du Canada a procédé, à la même période[1212], à une lecture structurelle du principe fédéral lui permettant de prendre davantage en considération la diversité. Dans sa décision *Spraytech*[1213] de 2001, le juge canadien mentionne expressément le principe de subsidiarité évoquant une époque « où les questions de gouvernance sont souvent examinées sous l'angle du principe de subsidiarité » et affirmant « l'idée que les droits de décision et de mise en œuvre sont souvent les mieux réalisés au niveau du gouvernement qui est non seulement efficace, mais aussi plus proche des citoyens touchés et donc les plus adaptés à leurs besoins, aux particularités locales et à la diversité de la population ».

[1208] LE GOAS S., Le rôle de la Cour de justice, précité.

[1209] United States v. Lopez 514 U.S. 549 (1995). Il s'agissait en l'espèce du *Gun-Free School Zones Act* adopté par le Congrès qui interdisait le port des armes à proximité des écoles sur le fondement d'une affectation du commerce entre les Etats.

[1210] *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598, 618 n. 8 (2000).

[1211] Voir le chapitre précédent.

[1212] Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217

[1213] Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville), [2001] CSC 40.

514. Pour revenir sur le principe de subsidiarité de l'Union européenne, il nous semble toutefois que, malgré des signes encourageants et l'enthousiasme doctrinal, le principe n'a pas tenu ses promesses « fédérales ». En atteste l'arrêt suivant, rendu en 2002, similaire à l'affaire que nous venons d'aborder dans la mesure où il s'agissait, là encore, de la question de la validité d'une directive intervenue en matière de produits du tabac et de la santé. Il ressort de l'analyse de cet arrêt, sous l'angle de la subsidiarité, un constat mitigé car s'il constitue incontestablement une évolution jurisprudentielle en ce qui concerne les modalités et l'intensité du contrôle juridictionnel, il s'avère décevant dans la mesure où il révèle une certaine limite dans le raisonnement, sur le fond, de la Cour de justice. Cette limite sera confirmée par la jurisprudence postérieure et apparaitre dès lors comme indépassable.

2. Le renforcement du contrôle de subsidiarité : une évolution encourageante mais insatisfaisante

515. Si dans l'affaire *Allemagne c/Parlement et Conseil*, la Cour de justice n'a pas eu besoin de se prononcer sur la question d'une violation du principe de subsidiarité, l'affaire *British American Tobacco*[1214] lui en a donné, deux ans plus tard, l'occasion[1215]. À l'instar de l'affaire précédente, les requérants invoquaient une base juridique erronée dans l'adoption de la directive relative au rapprochement des dispositions nationales en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac. Rappelons que la question de la base juridique revêt une importance considérable puisqu'elle détermine l'applicabilité du principe de subsidiarité. En effet, en choisissant le bon fonctionnement du marché intérieur comme base juridique plutôt que l'établissement des règles de concurrence, le principe de subsidiarité peut s'appliquer. En l'espèce, la Cour de justice a estimé que l'ex-article 95 CE constituait la seule base juridique appropriée de la directive et que c'est à tort que celle-ci mentionnait également l'article 133 CE. Toutefois, cette référence erronée n'entraînait pas par elle-même son invalidité[1216].

516. S'agissant du moyen tiré d'une violation du principe de subsidiarité, les requérants faisaient valoir que le législateur avait totalement omis de prendre en compte ce principe ou, en tout état de cause, avait omis de le prendre en considération de manière correcte. Ces

---

[1214] CJCE, 10 décembre 2002, The Queen c. Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd et Imperial Tobacco Ltd., aff. C-491/01, Rec. p. I- 11453.

[1215] A noter qu'il ne s'agit pas d'un recours en annulation comme dans l'affaire précédente mais d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité.

[1216] La Cour estime qu'une telle erreur dans les visas « ne constitue en effet qu'un vice purement formel, sauf si elle a entaché d'irrégularité la procédure applicable pour l'adoption de cet acte » voir, en ce sens, arrêt du 27 septembre 1988, Commission/Conseil, 165/87, Rec. p. 5545, pt 19.

derniers prétendaient que l'adoption de la directive n'était pas nécessaire étant donné que des règles harmonisées avaient déjà été établies par de précédentes directives (les directives 89/622 et 90/239) en vue d'éliminer les entraves aux échanges de produits du tabac. La Cour de justice a indiqué que le principe de subsidiarité s'applique lorsque le législateur recourt à l'article 95 CE dans la mesure où cette disposition concerne l'amélioration des conditions de l'établissement et du fonctionnement du marché intérieur, par l'élimination d'entraves à la libre circulation des marchandises et à la libre prestation des services ou la suppression de distorsions de concurrence. S'agissant de la question, sur le fond, de la compatibilité de la directive litigieuse avec le principe de subsidiarité, il convient de souligner que la Cour de justice a consenti, pour la première fois dans sa jurisprudence, à l'examiner de façon aussi claire.

517. Si dans les affaires précédentes le juge de l'Union s'était penché sur la question du respect de la subsidiarité, c'était essentiellement en des termes procéduraux qu'il appréhendait le problème, en mettant l'accent sur l'obligation de motivation qui pesait sur le législateur de l'Union. En l'espèce, la Cour de justice s'est attachée à examiner si l'objectif de l'action envisagée pouvait être « mieux réalisé au niveau communautaire ». Cet examen qui nécessite un contrôle sur le fond fait appel à la « subsidiarité matérielle » et non plus « procédurale ». Au point 182 de l'arrêt, la Cour relève ainsi que l'objectif d'élimination des entraves résultant des divergences entre les dispositions nationales en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac ne pouvait être réalisé de manière satisfaisante par une action nationale et supposait une action de l'Union, comme le démontre l'évolution hétérogène des législations nationales. Aussi conclut-elle que l'objectif de l'action envisagée pouvait être mieux réalisé au niveau de l'Union. L'analyse ne s'arrête pas là puisque la Cour de justice s'attache, dans un second temps, à vérifier si l'intensité de l'action entreprise par le législateur a respecté les exigences du principe de subsidiarité en ce qu'elle n'a pas « excédé la mesure nécessaire pour atteindre l'objectif que cette action vise à réaliser »[1217]. Le juge conclut immédiatement au respect du principe de subsidiarité après s'être référé aux considérations précédentes relatives au respect de la proportionnalité.

518. Cet arrêt appelle plusieurs remarques et un jugement en demi-teinte car s'il constitue, de façon incontestable, une évolution jurisprudentielle en ce qui concerne les modalités du contrôle de subsidiarité, il se révèle aussi décevant. Tout d'abord, l'arrêt *British American Tobacc*o apparait comme une étape décisive dans la jurisprudence relative au principe de subsidiarité dans la mesure où la Cour de justice ajoute une dimension « matérielle » à son

[1217] *Ibid*., pt 184 de l'arrêt.

contrôle juridictionnel du respect de la subsidiarité par le législateur. Depuis cet arrêt, le contrôle comporte deux dimensions dans la mesure où il s'exerce à l'égard de la compatibilité matérielle des actes législatifs de l'Union avec le principe de subsidiarité mais aussi sur leur motivation à la lumière de ce principe[1218]. Aussi la Cour de justice peut-elle s'assurer du respect de la « subsidiarité procédurale » relative au respect des conditions de forme — entendue comme un contrôle juridictionnel des seuls motifs justifiant l'acte législatif — et de la « subsidiarité matérielle » ou « substantielle » relative au respect des conditions de fond — entendue comme un contrôle de l'efficience comparée de l'acte en cause. Pour autant, force est de constater que l'intensité du contrôle en ce qui concerne ce deuxième aspect est fort limitée. La jurisprudence ultérieure confirmera ce point.

519. Ensuite, il convient de relever que dans cet arrêt la Cour retient une conception large du principe de subsidiarité puisqu'elle englobe la question de la proportionnalité. En effet, lorsqu'elle indique que « l'intensité de l'action entreprise par la Communauté en l'espèce a également respecté le principe de subsidiarité en ce qu'elle n'a pas [...] excédé la mesure nécessaire pour atteindre l'objectif que cette action vise à réaliser » elle ne se réfère plus à la seule question de la détermination du niveau pertinent pour entreprendre l'action (subsidiarité *stricto sensu)* mais bien à l'intensité normative de l'action européenne. L'on peut donc légitimement en conclure que le juge de l'Union retient un principe de subsidiarité *lato sensu*. Pour autant, l'analyse de la jurisprudence ultérieure révèle que la Cour retiendra par la suite une conception stricte, cet arrêt de 2002 s'analysant dès lors comme une exception et un cas isolé. L'on peut aussi y voir une confusion avec le principe de proportionnalité due au fait que la Cour n'avait pas, en 2002, suffisamment d'expérience ni de recul pour appréhender la « subsidiarité matérielle » de façon rigoureuse. Toujours est-il que le test de l'efficacité comparative qui sous-tend l'application du principe de subsidiarité ne fait pas l'objet d'un examen approfondi. La jurisprudence la plus récente, si elle a sensiblement évolué, reste encore marquée par la faiblesse du contrôle juridictionnel en matière de subsidiarité.

520. Force est d'admettre que si l'arrêt *American British Tobacc*o a pu, à l'époque, présenter des signes encourageants, notamment en raison d'un contrôle apparemment plus étoffé (subsidiarité procédurale/matérielle ; subsidiarité *stricto sensu*/*lato sensu*) les espoirs que d'aucuns plaçaient dans le principe de subsidiarité ont rapidement été déçus. À l'heure d'aujourd'hui, ce principe n'a jamais permis à la Cour de Luxembourg d'annuler ou d'invalider un acte de l'Union. Pour finir, il ne nous semble pas inutile de mentionner qu'à la

---

[1218] En ce sens, voir les conclusions de l'Avocat général Mme J. Kokott dans l'affaire C−358/14 présentées le 23 décembre 2015.

même époque, la Cour constitutionnelle fédérale de l'Allemagne a pu, dans sa décision *Altenpflegegesetz*[1219], renforcer son contrôle de l'article 72.2 de la constitution (Clause de nécessité[1220]) en posant un cadre plus strict pour la justification de l'intervention du législateur fédéral dans le cadre de ses compétences concurrentes. À partir de cet arrêt, et contrairement à la jurisprudence antérieure, le juge de Karlsruhe a pu déclarer inconstitutionnelles des législations fédérales en l'absence de nécessité d'intervention du législateur fédéral. Aussi, certains auteurs n'ont pas hésité à rapprocher l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice, du début des années 2000, à celle de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande au regard du contrôle du respect de cette clause au contenu très similaire à la subsidiarité consacrée par le traité de Maastricht[1221].

Paragraphe 2. L'influence tacite du principe de subsidiarité dans le domaine des libertés de circulation

521. Le souci d'un partage plus équilibré des compétences dans l'Union européenne a trouvé une expression tout à fait particulière dans le cadre des libertés fondamentales du marché intérieur. En ce domaine, évoquer le principe de subsidiarité se révèle un exercice périlleux et mène souvent à une impasse juridique dans la mesure où le raisonnement repose sur une logique différente de celle qui sous-tend l'application du principe de subsidiarité. En effet, le principe édicté à l'article 5.3 TUE suggère une analyse en termes de compétences normatives et d'exercice de ces dernières par l'Union et par les États membres. Dans le cadre du marché intérieur, il implique la dimension positive de l'intégration, à savoir l'harmonisation par la définition positive de certains standards communs afin de rapprocher des dispositions nationales divergentes ou hétérogènes susceptibles d'entraver les libertés de circulation. L'intégration « positive » se rapporte donc à l'intervention des autorités centrales/ fédérales, lesquelles sont soumises au respect de certains principes comme la subsidiarité. Elle implique l'exercice par les institutions de l'Union de compétences « normative ». À l'inverse, l'intégration « négative » repose sur des compétences « abolies », c'est-à-dire des compétences qui n'ont pas été transférées à l'Union dans la mesure où elles ont été purement et simplement supprimées ou interdites[1222]. En effet, l'interdiction d'ériger des obstacles aux libertés fondamentales s'impose aussi bien aux États membres qu'à l'Union européenne. Pour

---

[1219] BVerfGE 106, 62 (2e sénat, 24 octobre 2002 *Altenpflegegesetz*).

[1220] Clause de besoin ou de nécessité dont nous avons pu montrer les similitudes avec la subsidiarité européenne.

[1221] DECAHTRE L., Le pacte fédératif, précité, p. 514.

[1222] SIMON D., Le système juridique communautaire (2nd ed. 1998) ; CONSTANTINESCO V., Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes (1974).

autant, toute analyse de la jurisprudence relative aux libertés de circulation, sous l'angle du principe de subsidiarité, n'est pas exclue si l'on consent à dépasser une conception trop stricte du principe. Par ailleurs, le fait que le principe ne soit pas mentionné par la Cour de justice n'est pas un obstacle à notre étude.

522. Il existe, de façon classique, une tension entre la garantie des libertés fondamentales sur le plan matériel, d'une part, et les modèles institutionnels de répartition des compétences de type fédéral, à l'instar du système constitutionnel des États-Unis, d'autre part[1223]. Nous avons vu qu'en matière d'intégration négative, la Cour suprême a élaboré la *Dormant Commerce Clause* à partir de la clause de commerce qui octroie une compétence au Congrès pour réglementer le commerce entre les États fédérés. En vertu de la *Dormant Commerce Clause,* les États ne peuvent émettre de mesures discriminatoires à l'encontre du commerce interétatique ou y faire indûment obstacle. L'analyse de la jurisprudence de la Cour suprême se révèle particulièrement éclairante car elle met en lumière une approche du juge américain fondée sur la subsidiarité[1224]. Nous avons montré par ailleurs que la *Dormant commerce clause* pouvait être comparée aux libertés fondamentales du marché intérieur en raison de son incidence sur les législations des États fédérés, similaires aux effets que peuvent avoir les libertés de circulation sur les réglementations nationales. Néanmoins, l'analyse comparative de la jurisprudence de la Cour de justice et de la Cour suprême montre que les deux juges n'appréhendent pas de la même manière les atteintes étatiques aux échanges, la première s'inscrivant dans une logique « fonctionnelle » de réalisation des objectifs du traité, et la seconde mettant en oeuvre un raisonnement fondé sur une logique plus « fédérale »[1225].

523. Si la logique fonctionnelle tend à occulter la question de la répartition des compétences et celles de l'autonomie ou de la proximité au bénéfice de la seule poursuite des objectifs de l'intégration, la logique fédérale apparait plus respectueuse des compétences étatiques en ce qu'elle s'attache à assurer l'équilibre qui résulte de la constitution. Alors que la Cour de justice a longtemps poursuivi l'objectif de réalisation du marché intérieur dans les réponses qu'elle pouvait apporter aux juridictions nationales dans le cadre du renvoi préjudiciel[1226] — sans grands égards pour les empiètements occasionnés par son interprétation extensive sur les pouvoirs réglementaires des États — sa jurisprudence a semblé prendre un tournant décisif en

---

[1223] MARZAL YETANO A., La dynamique du principe de proportionnalité, précité, p. 383.

[1224] Voir le chapitre I de la première partie de cette thèse.

[1225] JEANNE A., L'intégration négative, précité, p. 28.

[1226] Il s'agit du renvoi préjudiciel en interprétation du droit de l'Union qui permet à la Cour de justice, lorsqu'elle est saisie par une juridiction nationale, de se prononcer sur l'interprétation de certaines dispositions du droit de l'UNion, droit primaire et dérivé, notamment les libertés de circulation.

matière de libertés économiques dans la période entourant l'entrée en vigueur du traité de Maastricht. À partir des années 1990, le juge de l'Union s'est montré plus soucieux de respecter l'autonomie de réglementation dont jouissent les autorités nationales dans le domaine économique et social. De telles préoccupations semblaient, en effet, absentes dans les premiers temps de sa jurisprudence. Comme indiqué plus haut, la consécration du principe de subsidiarité n'a sans doute pas été étrangère à un certain « revirement » jurisprudentiel intervenu dans l'ère post-Maastricht dans le domaine des libertés fondamentales du marché intérieur. À ce titre, deux célèbres arrêts rendus en 1993 et 1994 nous semblent riches d'enseignements dans la mesure où le raisonnement du juge marque un certain infléchissement par rapport à sa jurisprudence antérieure. Ainsi étudierons-nous, tout d'abord, l'arrêt *Keck et Mithouard*[1227]*(A)* intervenu en matière de libre circulation des marchandises avant d'aborder l'arrêt *Schindler*[1228] (B) relatif à la libre prestation des services.

A. Les enseignements de l'arrêt *Keck* en matière de libre circulation des marchandises

524. L'impact de l'intégration négative, c'est-à-dire de la mise en oeuvre des libertés fondamentales du marché intérieur, sur les ordres juridiques nationaux ainsi que sur la répartition des compétences entre l'Union et les États (du moins telle que l'envisageaient historiquement ces derniers[1229]) est trop connu pour qu'il soit nécessaire d'insister lourdement sur ce point. Il est aujourd'hui clairement établi qu'en ce domaine les compétences nationales sont « encadrées » par le droit de l'Union[1230]. Les libertés du marché intérieur ont pour corollaires les interdictions faites aux États membres d'entraver la circulation des marchandises, des services, des capitaux et des personnes et les juges internes ainsi que la Cour de justice de l'Union veillent à ce que les autorités nationales ne portent pas atteinte à celles-ci en érigeant des obstacles, de quelque nature qu'ils soient. Il nous semble néanmoins utile de revenir sur la jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur du traité de Maastricht et à l'arrêt *Keck (1)* pour bien comprendre les enjeux et les implications, en termes de subsidiarité, de cette célèbre décision présentée par la Cour de justice elle-même comme un revirement, du moins une relecture, de sa jurisprudence historique (2).

[1227]CJCE, 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard,* C-267 et 268/91, rec. I 6097.

[1228] CJCE, 24 mars 1994, *Schindler*, aff. C-275/92, *Rec*. p. I-1039.

[1229] En effet, les Etats membres tendent à envisager l'application des libertés de circulation sous un angle institutionnel ou figé (principe de répartition des compétences, raisonnement par matières ou domaines de compétences) tandis que la Cour de justice adopte une interprétation fonctionnelle du champ d'application de ces libertés, volontairement extensive.

[1230] SIMON S., Le système, précité, p.134

1. La jurisprudence pré-Keck

525. Dans son interprétation des libertés fondamentales, la Cour de justice a considéré assez tôt que les libertés économiques, en matière de biens et de services, n'épuisaient pas leurs effets aux entraves discriminatoires ou protectionnistes des réglementations nationales mais prohibaient, plus largement, les restrictions aux libertés de circulation. Il s'agit là d'une différence substantielle avec l'approche généralement retenue par la Cour Suprême en matière d'entraves dans la mesure où celle-ci entend essentiellement prohiber les mesures discriminatoires. Ainsi que le relève A. Jeanne, le juge américain « a largement assimilé entrave et mesure discriminatoire, tandis que, dans l'Union européenne, toute mesure gênant l'accès au marché est susceptible de recevoir la qualification d'entrave »[1231]. En effet, dans le domaine des marchandises, l'arrêt *Dassonville*[1232] de 1974 a donné une définition très large de la notion d'entrave qui n'est pas sans conséquence sur les réglementations nationales.

526. La Cour de justice a ainsi estimé qu'une réglementation « susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intra-communautaire » devait être considérée comme une entrave à la libre circulation des marchandises[1233]. L'approche extensive de l'entrave a été confirmée quelque années plus tard par l'arrêt *Cassis de Dijon*[1234] dans la mesure où la Cour a estimé que des *mesures indistinctement applicable*s, c'est-à-dire non discriminatoires et non protectionnistes, pouvaient être qualifiées d'entraves à la libre circulation des marchandises. Il résulte de cette jurisprudence que l'entrave à la libre circulation peut découler d'une simple disparité législative dans l'Union. En effet, une absence d'harmonisation implique, pour les opérateurs économiques, des charges et dépenses supplémentaires afin de conformer leurs marchandises aux réglementations relatives à leur fabrication/commercialisation. Ces réglementations qui sont susceptibles de varier d'un État membre à un autre portent fréquemment sur des aspects techniques tels que la dénomination, la présentation, l'étiquetage, la composition, la dimension, la forme, le poids ou encore le conditionnement des marchandises. Toutefois, la Cour a indiqué que « les obstacles à la circulation intracommunautaire résultant des disparités des législations nationales relatives à la commercialisation des produits en cause doivent être acceptés dans la mesure où ces prescriptions peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives »[1235]. Dans l'arrêt *Cassis de Dijon*, la Cour a donc

---

[1231] JEANNE A., L'intégration négative, précité, p. 536.
[1232] CJCE, 11 juillet 1974, *Dassonville*, aff. 8/74, *Rec*. p. 837.
[1233] *Ibid*.
[1234] CJCE, 20 février 1979, *Cassis de Dijon*, aff. 120/78, *Rec*. p. 649.
[1235] *Ibid*.

forgé la catégorie des *exigences impératives,* à coté des motifs limitativement énumérés par le traité, tout en étendant son contrôle aux mesures indistinctement applicables. Ainsi que le souligne B. Bertrand, ce nouveau régime de justification, créé de façon prétorienne, constitue « la contrepartie d'une extension de la notion d'entrave aux mesures indistinctement applicables »[1236]. En élargissant ainsi le champ d'application des libertés de circulation, la Cour étend son contrôle aux réglementations qui ne sont pas discriminatoires et confirme la définition large de l'entrave, déjà perceptible dans l'arrêt *Dassonville*.

527. Cette jurisprudence extensive a conduit la Cour de justice à s'immiscer dans l'exercice des compétences législatives des États membres, y compris dans des domaines relevant de la sphère des compétences retenues. Lors de son examen, la Cour vérifiera systématiquement si les entraves que les États peuvent tenter de justifier, par des motifs énumérés dans le traité ou par des exigences impératives admises par cette dernière, sont propres à garantir la réalisation de l'objectif et si elles ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi. Aussi l'interprétation prétorienne de la notion de *mesure d'effet équivalent* permet-elle d'appréhender des mesures n'ayant pas pour objet de réglementer les échanges de marchandises entre les États. Le seul critère retenu par le juge est l'effet, même potentiel et indirect, que peut avoir une législation sur le commerce intra-européen. Cette jurisprudence a permis à la Cour de contrôler des législations nationales susceptibles d'avoir de tels effets sur le commerce, même si elles ne présentaient pas de liens avec les importations. En outre, cette jurisprudence a engendré des dérives dans la mesure où les juges ont rapidement dû faire face à de très nombreux recours de la part des opérateurs économiques cherchant à protéger leur liberté économique en contestant des mesures nationales susceptibles d'y porter atteinte. De tels recours ont pu être considérés comme excessifs dans la mesure où ils conduisaient à opérer un empiètement sur les pouvoirs réglementaires des États membres.

528. Dans ses conclusions sur l'affaire *Torfaen*[1237] relative à une interdiction de vente le dimanche, l'Avocat général Van Gerven a mis en lumière cette problématique. Il a ainsi souligné que « la Cour devra inévitablement de plus en plus apprécier le caractère raisonnable des options politiques des États membres dans les très nombreux domaines où il n'est pas question d'une discrimination ou d'un désavantage, direct ou indirect, matériel ou juridique, des produits importés ». Au-delà des marchandises, la Cour de justice a également retenu une vision large de la libre prestation des services dans l'Union. L'approche de la Cour présente

---

[1236] BERTRAND Brunessen, « Que reste-il des exigences impératives d'intérêt général ? », Europe, 2012/1, p. 6.
[1237] Conclusions de l'avocat général Van Gerven, présentées le 29 juin 1989, *Torfaen Borough Council,* CJCE, 23 novembre 1989, Torfaen Borough Council, aff. C-145/88, Rec. p. 3851.

en effet des analogies en ce qui concerne les entraves faites à la libre circulation des marchandises et les restrictions des autres libertés de circulation. Le juge se fonde essentiellement sur l'existence d'une entrave à l'accès au marché national en vérifiant si la réglementation empêche, gêne ou rend moins attrayant l'exercice d'une liberté. Par exemple, dans l'arrêt *Fidium Finanz*, la Cour a jugé qu'une législation qui conditionnait l'exercice d'une prestation, en Allemagne, à l'existence d'un agrément préalable avait pour effet d'entraver l'accès au marché financier de cet État dans la mesure où les sociétés établies dans d'autres États ne pouvaient satisfaire les exigences requises par la législation allemande[1238]. Qu'il s'agisse des marchandises ou des services, la Cour de justice va donc au-delà de l'entrave discriminatoire lorsqu'elle examine une mesure litigieuse à l'aune des libertés de circulation. Cette approche large qui lui permet de contrôler toute législation susceptible d'avoir une incidence sur le bon fonctionnement du marché intérieur de l'Union a conduit le juge de l'Union a revoir, en partie, sa jurisprudence historique en 1993.

2. L'arrêt Keck

529. Le célèbre arrêt *Keck* a donné l'occasion à la Cour de justice de reconsidérer sa jurisprudence relative à la libre circulation des marchandises dont les effets s'étaient avérés néfastes pour les réglementations étatiques. Cette décision apparait comme un tournant en ce qu'elle pose une présomption de validité des réglementations nationales s'agissant des mesures relatives aux modalité de vente. En effet, la Cour a estimé nécessaire de réexaminer sa jurisprudence en la matière étant donné que les opérateurs économiques invoquaient de plus en plus la libre circulation des marchandises pour contester des réglementations ayant pour effet de limiter leur liberté commerciale, même si ces dernières ne visaient pas les produits en provenance des autres États membres[1239]. En l'espèce, la législation française prohibait de façon indistincte une technique commerciale, la revente à perte, et les requérants tentaient de faire valoir le caractère restrictif de cette mesure sur les échanges. La Cour n'a pas suivi le raisonnement des opérateurs économiques et a opéré, à cette occasion, une distinction entre deux catégories de réglementations : les conditions auxquelles doivent répondre les marchandises d'une part et les conditions limitant certaines modalités de vente d'autre part. S'agissant précisément de cette seconde catégorie, en l'absence de discrimination, comme c'était manifestement le cas de la législation litigieuse, les mesures couvertes par cette dernière ne devaient plus tomber dans le champ d'application de l'article 28 CE. Contrairement à sa position initiale, le juge a estimé que l'application de ce type de

---

[1238] CJCE, 3 octobre 2006, *Fidium Finanz AG contre Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*, C-452/04.
[1239] Pt 14 de l'arrêt *Keck* précité.

réglementation à la vente de produits en provenance d'un autre État membre et répondant aux règles édictées par cet État n'était « pas de nature à empêcher leur accès au marché ou à le gêner davantage qu'elle ne gêne celui des produits nationaux »[1240].

530. Si cet arrêt marque un tournant dans la façon d'appréhender les entraves aux échanges et permet à la Cour d'endiguer la déferlante contentieuse des opérateurs économiques enclins à contester toutes sortes de législations nationales, la raison d'être de la dichotomie établie entre les deux catégories de réglementations a pu interroger voire déranger. Pour certains, la Cour a été « inspirée par le souci d'assurer l'existence d'un régime juridique équilibré » en tentant de trouver un équilibre au sein d'un conflit latent entre la volonté « de conférer à l'article 28 CE un rôle d'instrument garde-fou contre les différentes formes de protectionnisme économique et d'autre part la préoccupation de ne pas empiéter dans certains domaines de la politique intérieure de ces États »[1241]. Une des conséquences de l'arrêt *Keck* fut de permettre à la Cour de restreindre considérablement l'application des dispositions du traité relatives à la libre circulation des marchandises à certaines mesures. Immédiatement après avoir rendu cet arrêt, la Cour a par exemple jugé que l'article 30 ne s'appliquait pas à une règle déontologique, établie par la chambre professionnelle des pharmaciens d'un État membre, qui interdit à ceux-ci de faire de la publicité, en dehors de l'officine, pour les produits parapharmaceutiques[1242]. Dans l'affaire *Punto Casa,* elle a, de même, admis une réglementation relative à la fermeture des magasins « opposable à tous les opérateurs économiques exerçant des activités sur le territoire national » qui affectait « de la même manière, en droit et en fait, la commercialisation des produits nationaux et celle des produits en provenance d'autres États membres »[1243]. De même, elle a pu estimer que la libre circulation des marchandises ne s'opposait pas à ce qu'une législation italienne sanctionne comme un délit de contrebande la détention illégale, par un consommateur, de tabacs manufacturés provenant d'autres États membres[1244].

531. Force est néanmoins d'admettre que la distinction théorique établie dans l'arrêt *Keck* entre les deux catégories de réglementations n'épuise pas, en pratique, la variété des mesures que les autorités nationales sont susceptibles d'adopter. En effet, certaines réglementations ne se laissent tout simplement pas appréhender à travers le prisme alternatif des modalités de vente et des caractéristiques relatives aux produits. Il suffit de mentionner la jurisprudence

---

[1240] pt 17 de l'arrêt *Keck* précité.

[1241] Conclusions d'Yves Bot dans l'arrêt C-110/05, aff *Commission c/Italie*, dite des remorques italiennes.

[1242] CJCE, 15 déc. 1993, aff C-292/92, *Hünermund Ruth* : Rec. CJCE, I, p. 6816.

[1243] CJCE, 2 juin 1994, *Punto Casa and PPV*, aff. jtes C-69 et 258/93, Rec. p. I-2355.

[1244] CJCE, 14 décembre 1995, *Domingo Banchero*, aff. C-387/93, Rec. p. I-4663.

ambiguë relative à la publicité[1245] ou encore l'hypothèse des modalités d'utilisation des produits[1246]. Certains commentateurs ont, en outre, fait valoir que la Cour gagnerait à substituer au critère de l'*objet* de la réglementation celui de l'*accès au marché* comme critère de l'entrave aux libertés de circulation[1247]. Une partie de la doctrine a même exigé l'abandon pur et simple de la jurisprudence *Keck et Mithouard* eu égard à l'inadaptabilité juridique et l'inefficacité économique de cet arrêt[1248]. Si certains auteurs n'ont pas hésité à critiquer la position excessivement formaliste de la Cour qui s'est fondée sur un raisonnement complexe de « catégorisation des mesures » pour aboutir à une solution perçue comme incongrue sur le plan juridique et insatisfaisante sur le plan économique, il n'en demeure pas moins que l'arrêt *Keck* est capital en cela qu'il réaffirme l'importance du critère de non-discrimination[1249]. En réaffirmant ce critère, la Cour de justice s'inscrit dans une approche qui n'est pas si éloignée de celle de la Cour Suprême, jugée plus respectueuse à l'égard des pouvoirs réglementaires des Etats fédérés. Cette dernière n'a-t-elle pas toujours reconnu que la *Dormant Commerce Clause* reflétait « la préoccupation particulière de la Constitution à l'égard, d'un côté, du maintien d'une union nationale économique libre de toute limitation imposée par les États sur le commerce intra-étatique et, de l'autre, de l'autonomie de chaque État dans le domaine de ses compétences »[1250] ? C'est ce qui l'a d'ailleurs conduit à concevoir l'entrave aux échanges en termes de discrimination. Cette approche « minimaliste » de l'intégration se veut plus respectueuse de l'autonomie législative des États fédérés.

532. Aux États-Unis, en l'absence d'intervention du législateur fédéral, les législations des États fédérés peuvent, en effet, être contraires à la *Clause de commerce négative* et, de ce fait, prohibées. Néanmoins, l'interdiction de l'entrave doit se concilier avec les compétences que les États conservent en matière de réglementation[1251]. Dans ce cadre, les juridictions doivent mettre en oeuvre une dialectique subtile visant à concilier le respect des compétences étatiques et l'établissement du marché intérieur. Le respect de l'autonomie législative transparait dans l'élaboration d'un critère restreint de l'entrave au commerce, c'est-à-dire

---

[1245] CJCE, *Mars,* 6 juillet 1995, aff. C-470/93.

[1246] CJCE, 10 février 2009, *Commission c. République italienne,* aff. C-110/05, Rec. p. I-00519,

[1247] Même si, comme le note D. Ritleng, un tel critère se trouve paradoxalement dans l'arrêt *Keck* de façon indirecte : RITLENG D., « L'accès au marché est-il le critère de l'entrave aux libertés de circulation ? » in *L'unité des libertés de circulation*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p.159-183. spéc p. 163.

[1248] PORTUESE A., Le principe d'efficience, précité, p. 339.

[1249] *Ibid*.

[1250] *Healy v. Beer Institute, Inc*., 491 U.S. 324, 335-336 1989 : « the maintenance of a national economic union unfettered by state-imposed limitations on interstate commerce and with the autonomy of the individual States within their respective spheres ».

[1251] JEANNE Aimée, L'intégration négative des marchés aux Etats-Unis et dans l'Union Européenne. p.533

l'identification d'une discrimination et non pas celle d'une restriction à la liberté économique. Dans l'arrêt *Morris et al. v. Duby*[1252] relatif au domaine du transport, le juge a affirmé qu'en l'absence d'une législation fédérale régulant le commerce, les États pouvaient intervenir pour promouvoir la sécurité des autoroutes aussi bien à l'égard des véhicules en provenance des autres États qu'à l'égard de ceux de leurs citoyens[1253]. Cet arrêt s'inscrit dans une jurisprudence largement favorable aux États[1254]. En effet, il revient à ces derniers de prendre, conformément à une logique de proximité, les décisions qui relèvent de leur champ de compétences et ce n'est qu'en cas de *protectionnisme* avéré ou de *discrimination* que la Cour condamnera une réglementation étatique. La question du manque d'uniformité — qui tend à entraver les échanges inter-étatiques sur le marché américain — n'est donc pas pertinente devant la Cour Suprême. L'obstacle résultant d'une disparité législative soulevée par les requérants n'est pas une circonstance susceptible de remettre en cause la constitutionnalité d'une législation dans la mesure où elle n'est pas « discriminatoire ».

533. L'analyse de la jurisprudence révèle que l'argument tiré de la disparité législative n'est pas en soi de nature à invalider une législation. Dans l'arrêt *Hunt v. Washington State Apple Advertising Commission*[1255] par exemple, ce n'est pas l'obligation faite aux opérateurs de reconditionner leurs marchandises qui a été condamnée mais l'effet discriminatoire de la réglementation. La Cour ne nie pas la problématique des disparités législatives au regard de l'intégration des marchés mais se contente de renvoyer cette question au législateur fédéral. La doctrine estime ainsi que la diversité des droits étatiques est inhérente au fédéralisme et que la *Dormant commerce clause* ne constitue pas un instrument de rapprochement des législations[1256]. Dans l'arrêt *Hughes v Alexandria Sara Corps,* la Cour Suprême a refusé de considérer que « toute action d'un État qui a comme effet de réduire en quelque manière que ce soit la circulation des marchandises dans le cadre du commerce inter-étatique est potentiellement une entrave inadmissible »[1257]. Commentant cet arrêt, M. Maduro estime que la jurisprudence de la Cour suprême apparait essentiellement « dominée par une approche

---

[1252] Morris v. Duby, 274 U.S. 135,1927.

[1253] *Ibid* : « In the absence of national legislation especially covering the subject of interstate commerce, the state may rightly prescribe uniform regulations adapted to promote safety upon its highways and the conservation of their use, applicable alike to vehicles moving in interstate commerce and those of its own citizens ».

[1254] Hendrick v. Maryland, 235 U.S. 610, 1915 ; Vandalia R. Co. v. Public Service Comm'n, 242 U.S. 255, 1916 ; Bradley v. Public Utilities Commission of Ohio, 289 U.S. 92, 1933 ; Barnwell Bros., 303 U.S. 177, préc. ; Railway Express Agency, Inc. v. New York, 336 U.S. 106, 1949 ; Brotherhood of Locomotive Firemen & Enginemen v. Chicago R.I. & P.R. Co., 393 U.S. 129, 1968.

[1255] Hunt v. Washington State Apple Advertising Commission, 432 U.S. 333, 1977.

[1256] JEANNE Aimé, l'intégration négative des marchés aux Etats-Unis et dans l'Union p. 239.

[1257] Hughes v Alexandria scrap corp, 426 US 794, 1976.

fondée sur la non discrimination »[1258]. Par conséquent, les opérateurs ont appris à fonctionner à la fois avec des lois fédérales et avec les réglementations étatiques et à en intégrer les coûts et les bénéfices. La jurisprudence de la Cour Suprême en matière d'entrave reflète, dans une large mesure, la mise en oeuvre d'une subsidiarité descendante.

534. Cette subsidiarité descendante s'est également exprimée dans l'abandon de la jurisprudence relative à *l'Economic Due Process Clause*. À l'instar de la mise en oeuvre de la *Dormant Commerce Clause*, mais de façon plus controversée encore, la Cour Suprême a utilisé l'*Economic Due Process* pour remettre en cause, au début du XXe siècle, un grand nombre de législations étatiques affectant la liberté économique des opérateurs. Néanmoins, le juge est revenu dans sa décision *Nebbia*[1259] de 1934 sur cette jurisprudence en interprétant de façon plus restrictive la *Due Process Clause* du quatorzième Amendement. Le litige qui portait sur une réglementation relative au prix minimum pour l'achat de lait a donné lieu à un contrôle de constitutionnalité au terme duquel la Cour a validé la législation de l'État de New York. Le juge a estimé qu'en l'absence d'autres restrictions constitutionnelles, les États étaient libres d'adopter n'importe quelle politique économique susceptible de promouvoir l'intérêt public et de mettre en oeuvre cette politique par des législations adaptées à cette fin. Le juge a indiqué que les Cours n'ont aucune légitimité pour invalider de telles politiques[1260]. Comme en ce qui concerne la *Dormant Commerce Clause*, la seule limite réside dans l'absence de mesures discriminatoires ou arbitraires. À partir de cet arrêt, la jurisprudence a subi une inflexion majeure car plus aucune législation n'a été invalidée sur le fondement de l'*Economic Due Process Clause*. Si la Cour a continué à exercer un contrôle minimal sur le fondement de cette clause, elle a, depuis l'arrêt *Nebbia,* toujours refusé d'apprécier la rationalité économique des législations et a systématiquement écarté les prétentions des opérateurs économiques[1261]. C'est pourquoi, aucune « disposition constitutionnelle ne permet aujourd'hui de contester une réglementation étatique au seul motif qu'elle affecte la liberté économique des personnes auxquelles elle s'applique »[1262].

[1258] POIARES MADURO Miguel, « La Cour de justice de l'Union européenne et la Cour Suprême des Etats-Unis face à l'entrave », in L'entrave dans le droit du marché intérieur, L. AZOULAI (dir.), Bruylant, 2011.

[1259] Nebbia v. New York, 291 U.S. 502, 1934.

[1260] *Ibid* : « *So far as the requirement of due process is concerned, and in the absence of other constitutional restriction, a State is free to adopt whatever economic policy may reasonably be deemed to promote public welfare, and to enforce that policy by legislation adapted to its purpose. The courts are without authority either to declare such policy, or, when it is declared by the legislature, to override it. If the laws passed are seen to have a reasonable relation to a proper legislative purpose, and are neither arbitrary nor discriminatory, the requirements of due process are satisfied, and judicial determination to that effect renders a court functus officio* ». P. 291 U. S. 503.13.

[1261] JEANNE Aimé, l'intégration négative des marchés aux Etats-Unis et dans l'Union p.297.

[1262] *Ibid*.

535. Aussi n'est-il pas absurde de considérer que par son arrêt *Keck*, et malgré la « keckophonie » de la jurisprudence ultérieure[1263], la Cour de justice a tenté de s'inscrire dans une logique moins fonctionnelle que fédérale en s'attachant à atteindre un certain équilibre. La coïncidence temporelle est frappante entre ce qui fut présenté comme un revirement favorable aux États, eu égard à la présomption de validité dont jouissent les réglementations relatives aux modalités de vente, et la consécration de la subsidiarité par le traité de Maastricht. Bien entendu, à aucun moment le juge ne mentionne le principe, mais l'influence de ce dernier sur le raisonnement de la Cour semble réelle pour une partie de la doctrine. Cet arrêt a ainsi été perçu par certains commentateurs comme une illustration de l'impact de la subsidiarité sur la jurisprudence[1264] mais aussi une prise en compte de la décision *Maastricht* du juge allemand dans la mesure où le juge de l'Union a tenté de remédier à « l'impact croissant du droit communautaire sur le droit national »[1265].

B. Les enseignements de l'arrêt *Schindler* dans la libre prestation des services

536. La libre circulation des marchandises n'est pas le seul domaine dans lequel une prise en compte du principe de subsidiarité s'est fait sentir dans la période suivant l'entrée en vigueur du traité de Maastricht. Moins célèbre que l'arrêt *Keck*, la décision *Schindler* rendue le 24 mars 1994 en matière de libre prestation de service mérite d'être mentionnée. Le domaine au coeur de cette affaire, à savoir les jeux d'argent et de hasard, constitue de façon traditionnelle une matière particulièrement sensible pour les États. L'analyse de la jurisprudence révèle que la particularité et la sensibilité d'une matière « dont les enjeux ne relèvent pas uniquement du marché »[1266], tout comme le caractère plus ou moins subjectif des intérêts invoqués par les États, ont nécessairement une influence sur l'approche de la Cour. En ce qui concerne tout particulièrement la protection de la moralité et des traditions nationales socio-culturelles, le cadre d'analyse déployé par la Cour de justice se rapproche de façon significative de celui de la Cour Suprême des États-Unis[1267]. La *Clause de commerce* a souvent fait l'objet de vives critiques ayant conduit la Cour Suprême à modérer son appréciation de l'entrave. C'est la raison pour laquelle cette dernière se montre soucieuse de

---

[1263] RIGAUX A., « Symphonie déconcertante ou Keckophonie ? », *Europe,* n° 11, 2003, p. 7

[1264] GAUTRON J.-C., Les principes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes et la subsidiarité, *RAE*, 1998, (1/2) numéro spécial subsidiarité, p.7.

[1265] DECHATRE Laurent, le pacte fédératif, précité, p.483.

[1266] AZOULAI L., « La formule de l'entrave », in L'entrave dans le droit du marché intérieur, L. AZOULAI (dir.), Bruylant, 2011, p. 17.

[1267] JEANNE A., L'intégration négative, p. 472.

respecter les choix des législateurs étatiques. En revanche, cette préoccupation a été, pendant longtemps, totalement absente de la jurisprudence de la Cour de justice dont l'approche semble étrangère à la question de la répartition des compétences, tant en ce qui concerne son aspect horizontale (la séparation du pouvoir législatif et judiciaire) que vertical (répartition des compétences entre l'Union et les États membres). Aussi l'arrêt *Schindler* mérite-t-il d'être mis en lumière dans la mesure où il révèle une préoccupation nouvelle de la Cour de justice.

537. Contrairement à la démarche précédente, il ne sous semble pas nécessaire de revenir sur l'état de la jurisprudence précédant cet arrêt, les remarques que nous avons faites au sujet de la libre circulation des marchandises étant dans une large mesure valables en ce qui concerne la libre prestation de service. Aussi nous parait-il opportun d'aborder dès à présent l'arrêt *Schindler* (1) et d'examiner, ensuite, la jurisprudence post-*Schindler* en matière de jeux d'argent et de hasard dans la mesure où l'approche de la Cour de justice a connu des évolutions (2).

1. L'arrêt Schindler

538. En matière de libre prestation des services, l'arrêt *Schindler*[1268] participe également au mouvement de *subsidiarité descendante* perceptible dans l'arrêt *Keck* rendu dans le domaine des marchandises. Là encore, le raisonnement de la Cour a été implicite. Dans cette affaire relative aux jeux d'argent et de hasard, le juge de l'Union devait se prononcer sur la conformité d'une législation britannique interdisant le déroulement de loteries au Royaume-Uni, au regard des dispositions du traité. Le juge a relevé « la nature très particulière des loteries » et a vu dans ce motif un moyen de justifier des « restrictions allant jusqu'à l'interdiction des loteries sur le territoire d'un État membre »[1269]. En effet, la Cour a souligné qu'il n'était pas possible de faire abstraction « des considérations d'ordre moral, religieux ou culturel qui entourent les loteries comme les autres jeux d'argent dans tous les États membres »[1270]. En estimant qu'une telle interdiction « ne saurait être regardée comme une mesure portant une atteinte injustifiée à la libre prestation des services » dans la mesure où elle constitue « un élément nécessaire à la protection que cet État membre entend assurer sur son territoire en matière de loteries »[1271] la Cour a de de toute évidence fait preuve de *self-restraint* puisqu'elle admet une prohibition pure et simple des loteries sur tout le territoire.

[1268] CJCE, 24 mars 1994, Schindler, aff. C-275/92, Rec. p. I-1039.
[1269] pt 59 de l'arrêt précité.
[1270] pt 60 de l'arrêt.
[1271] pt 62 de l'arrêt.

539. En se bornant à souligner que les dispositions du traité relatives à la libre prestation des services ne s'opposaient pas à la législation britannique « compte tenu des préoccupations de politique sociale » le juge européen n'a t-il pas intégré un raisonnement basé sur le principe de subsidiarité ? Si la Cour ne mentionne pas ce principe, tout juste consacré par le traité de Maastricht, l'Avocat général a pris soin d'indiquer dans ses conclusions que « la Cour a été informée en cours de procédure de ce que la Commission a indiqué au Conseil européen qu'eu égard au principe de subsidiarité (…) elle a décidé de ne pas présenter de proposition visant à établir des règles communautaires dans ce domaine »[1272]. Force est de constater, à la lecture de la décision, que le juge a été sensible à cette observation tirée du respect par le législateur communautaire du principe de subsidiarité. Par conséquent, l'intégration négative du marché intérieur n'a pas permis, en l'espèce, de dépasser les blocages de l'intégration positive étant donné la nécessité qui s'imposait, tant pour le législateur que la Cour, de respecter la subsidiarité dans un domaine caractérisé par des approches nationales très variées et la grande sensibilité des intérêts présents.

540. Un rapport d'information du Sénat français[1273] indique d'ailleurs que les jeux d'argent et de hasard sont le « domaine de prédilection d'application du principe de subsidiarité. Non seulement les États membres sont compétents pour réglementer ce secteur, mais ils peuvent avoir une conception différente, spécifique aux pratiques observées sur le marché national et à sa réalité, pour établir cette réglementation ». Le rapport souligne par exemple que certains États comme l'Italie ont pu développer une offre légale de jeux très large afin de limiter les risques de captation de jeux clandestins par la mafia, tandis que d'autres États membres de l'Union, comme les pays du Nord, se montrent plus attachés à des problématiques sociales comme les risques d'addiction. Cette divergence explique que les actions de l'Union doivent nécessairement être limitées. Lors de son contrôle des législations nationales restrictives des échanges qui visent à protéger aussi bien l'ordre public que les joueurs eux-mêmes, la Cour reconnait par conséquent que la détermination du niveau de cette protection relève de la seule compétence des États, ces derniers pouvant tenir compte de leurs traditions et de leur culture.

541. L'arrêt *Schindler* appelle une autre remarque. Il convient en effet d'insister sur la formule employé par la Cour de justice, au point 32 de son arrêt, selon laquelle « à supposer que la moralité des loteries puisse, du moins, être mise en cause, il n'appartient pas à la Cour de substituer son appréciation à celle des législateurs des États membres où cette activité est

---

[1272] Conclusions de M. CLAUS Gulmann présentées le 16 décembre 1993 dans l'affaire Schindler.

[1273] Rapport d'information n° 414 (2015-2016) de MM. Pascal ALLIZARD et Didier MARIE, fait au nom de la commission des affaires européennes, déposé le 18 février 2016.

légalement pratiquée »[1274]. Cette formule précautionneuse ne s'est retrouvée, à notre connaissance, qu'une seule fois dans la jurisprudence, dans l'arrêt *Grogan*[1275] du 4 octobre 1991 relatif à une législation irlandaise qui interdisait l'avortement, ce qui atteste du caractère sensible du domaine en cause. Cette attitude emprunte de déférence à l'égard des législateurs des États membres, si elle est rare dans la jurisprudence de la Cour de justice, se retrouve couramment dans la jurisprudence de la Cour Suprême. Ainsi, dans un arrêt de 1938[1276] relatif à la *dormant commerce clause*, la Cour Suprême a livré sa conception de la fonction juridictionnelle — tant à l'égard du législateur fédéral que des législateurs étatiques — en déclarant en substance que tant que la mesure n'est pas discriminatoire, la législation est conforme à la constitution en ce qu'elle constitue le corollaire de l'exercice de l'autorité législative, qui, en vertu des dispositions de la Constitution, appartient aux États.

542. Ainsi, si le Congrès (législateur fédéral) peut, dans le cadre de la clause de commerce, décider de limiter les compétences des États en adoptant une législation uniforme, il s'agit là d'une « fonction législative » et non d'une fonction « judiciaire ». En outre, en l'absence d'une législation fédérale, la fonction du juge (au regard de la *Dormant commerce clause)* doit se limiter à s'assurer que les États ont agi dans le cadre de leurs compétences et que les moyens mis en oeuvre sont adaptés aux buts poursuivis. Aussi les juges ne peuvent-ils agir en tant que législateur, étatiques ou fédéral.

543. Si l'arrêt *Schindler* mérite d'être mis en lumière, tout comme l'arrêt *Keck*, il ne saurait pour autant occulter la jurisprudence postérieure. En effet, la position de la Cour de justice en matière de libre prestation des service et de jeux d'argent et de hasard n'est pas restée figée car si l'arrêt *Schindler* valide une interdiction pure et simple des jeux d'argent sur le territoire d'un État, les affaires suivantes permettront à la Cour de préciser l'étendue de la marge d'appréciation dont bénéficient les États en matière de réglementation des jeux. Il nous semble donc nécessaire d'examiner les arrêts *post-Schindler* rendus dans ce domaine très spécifique où se croisent la morale, l'argent mais aussi le marché européen[1277]. La Cour s'est-

---

[1274] *Ibid*.

[1275] CJCE, 4 octobre 1991, Society for the Protection of Unborn Children Ireland, C-159/90, Rec. p. I-4685, pt 20. D'ailleurs suite à cet arrêt, l'Irlande fera adopter un protocole annexé au traité de Maastricht opérant un renvoi au droit à la vie tel que garanti dans la constitution irlandaise, précipitant en quelque sorte la reconnaissance par l'Union de l'identité constitutionnelle des Etats membres.

[1276]South Carolina State Highway Department v. Barnwell Bros., Inc., 303 U.S. 177 (1938).

[1277] BARBOU DES PLACE S., DEFFAINS N.,Morale et marge nationale d'appréciation dans la jurisprudence des Cours européennes . S. Barbou Des Places; R. Hernu; Ph. Maddalon. *Morale(s) et droits européens*, BRUYANT, p.6.

elle bornée à un raisonnement fondé sur la subsidiarité ou a-t-elle tenté d'investir davantage ce domaine si particulier ? Telles sont les questions qu'il nous reste à aborder.

2. La jurisprudence post-Schindler

544. L'arrêt *Schindler* semble avoir engendré l'équation suivante : « morale engendre marge nationale d'appréciation » dans la mesure où la Cour y a expressément admis qu'il n'était pas possible de faire abstraction des considérations d'ordre moral, religieux ou culturel qui entourent les jeux d'argent dans les États membres[1278]. Encore faut-il définir cette marge d'appréciation et détailler son contenu et ses limites. C'est à cette tâche que le juge de l'Union s'est attelé dans la jurisprudence *post-Schindler*. Notons que dans ce premier arrêt, le contrôle de proportionnalité de l'entrave, d'habitude omniprésent dans la jurisprudence de la Cour, est inexistant, ce qui est suffisamment rare pour être souligné[1279]. Par la suite, la marge d'appréciation sera plus encadrée par la Cour mais toujours de façon à laisser les États membres « libres de fixer les objectifs de leur politique en matière de jeux de hasard et, le cas échéant, de définir avec précision le niveau de protection recherché »[1280].

545. Si depuis la Cour de justice a affiné le fameux test de « proportionnalité » des mesures visant à restreindre ou interdire l'activité des jeux d'argent et de hasard, son contrôle reste encore marqué par une grande déférence à l'égard des législateurs nationaux. Cela se traduit, nous semble-t-il, par deux aspects complémentaires : l'élaboration, d'une part, d'un test de proportionnalité tout à fait spécifique susceptible de laisser aux autorités nationales une plus grande marge d'appréciation que le test classique ; l'activation, d'autre part, du mécanisme de subsidiarité juridictionnelle descendante.

546. En ce qui concerne la spécificité du test qui s'applique en matière de jeux d'argent, la Cour a élaboré un contrôle de *cohérence et de systématicité*[1281]. Ce dernier a été introduit la première fois dans l'arrêt *Gambelli*[1282]. L'exigence de cohérence vise à s'assurer que la restriction en cause fait partie d'un dispositif poursuivant un même objectif et qu'elle n'a pas été imposée de manière arbitraire[1283]. Quant à la seconde condition, la Cour impose que la restriction soit intégrée à un ensemble suffisamment systématique. Ce test qui présente un

---

1278 *Ibid*.

1279 On peut considérer que la Cour de justice laisse le soin aux autorités nationales d'apprécier elles-mêmes la proportionnalité de la mesure.

1280 CJCE, 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional,* aff. C-42/07, Rec. p. I-07633, pt. 59.

1281 MATHISEN G., « Consistency and Coherence as Conditions for Justification of Member State Measures Restricting Free Movement » (2010) 47 CML Rev 1021–48.

1282 CJUE, 6 novembre 2003, *Gambelli,* aff. C-243/01, Rec. p. I-13031.

1283 CJUE, 10 mars 2009, *Hartlauer*, aff. C-169/07, Rec. p. I-1721.

caractère moins abstrait, plus objectif et plus prévisible que celui qui est habituellement appliqué permet de sonder « l'essence même des mesures nationales restrictives »[1284]. En cela, il favorise la mise en oeuvre de la subsidiarité juridictionnelle « descendante », le juge national étant plus apte que la Cour de justice à sonder le droit interne.

547. En ce qui concerne l'instrument de la subsidiarité juridictionnelle auquel la Cour de justice recourt en matière d'intégration négative, il importe préalablement de rappeler que le contentieux des libertés de circulation s'inscrit essentiellement dans le cadre du renvoi préjudiciel en interprétation du droit de l'Union, davantage que dans le cadre des recours en constatation de manquement. Contrairement à la Cour Suprême qui est compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois fédérales mais aussi des législations adoptées par les États fédérés, la Cour de justice n'est pas habilitée à contrôler, dans le cadre de la procédure préjudicielle, la compatibilité du droit national avec le droit de l'Union, notamment les libertés de circulation consacrées dans le droit primaire. C'est donc aux juridictions nationales qu'il revient de s'assurer, au sein de leur ordre juridique, le respect du droit de l'Union par les États membres. Plus spécifiquement, ce sont les juridictions nationales qui doivent, en principe, exercer le contrôle de proportionnalité même si, en pratique, la Cour de justice s'est souvent prononcée elle-même sur le caractère proportionné d'une mesure litigieuse. L'analyse de la jurisprudence révèle néanmoins que le juge de l'Union active de plus en plus la subsidiarité juridictionnelle (descendante), tout particulièrement dans le domaine sensible des jeux d'argent et de hasard.

548. Cet instrument, propre à l'Union, ne se retrouve pas, il est vrai, dans le fédéralisme américain, en l'absence d'une procédure similaire à celle du renvoi préjudiciel. La subsidiarité juridictionnelle n'en fait pas moins naitre une réflexion sur l'objectif du renvoi préjudiciel et sur le rôle que la Cour doit jouer dans un système juridictionnel décentralisé où cette dernière essaie d'inculquer « l'idée de 'penser fédéral' aux juridictions nationales »[1285]. Elle apparait ainsi comme le moyen idéal, pour la Cour, de redonner aux autorités nationales une certaine autonomie, tout en s'assurant du respect du droit de l'Union. À cet égard, la jurisprudence post-*Schindler,* en matière de jeux d'argent, et post-*Keck,* en ce qui concerne les entraves à la libre circulation des marchandises, est révélatrice de la « nouvelle » tendance de la Cour à donner au juge national un poids croissant dans le contrôle de la bonne application

---

[1284] HATZOPOULOS, La justification des atteintes aux libertés de circulation : cadre méthodologique et spécificités matérielles, *Research Paper in Law, Collège d'Europe,* 01/2013, pp. 6-8.

[1285] PELIN-RADUCU I., Dialogue déférent des juges et protection des droits de l'homme, Bruxelles, Editions Larcier, 2014, p. 413.

du droit de l'Union par les États membres. L'arrêt Keck[1286] a semblé, plus que tout autre, jouer le rôle d'un déclencheur dans l'activation à partir des années 1990 du mécanisme de la subsidiarité juridictionnelle « descendante » dans le contentieux des libertés de circulation[1287]. L'on peut toutefois regretter que la Cour de justice y ait recours de façon quelque peu incohérente, la jurisprudence se révélant difficile à systématiser lorsque le juge de l'Union laisse le soin aux juridictions nationales d'apprécier, par exemple, le caractère proportionné d'une entrave. Il nous semble que les préoccupations de la Cour de justice relèvent moins de la nécessité de préserver une certaine autonomie nationale que de considérations purement pragmatiques ou utilitaristes. Par ailleurs, il n'est pas toujours très clair si la marge d'appréciation que la Cour entend conférer aux autorités nationales concerne le législateur national ou le juge interne.

549. Il reste que l'instrument de la subsidiarité juridictionnelle ne constitue qu'un moyen, parmi d'autres, pour redonner aux États membres un peu d'autonomie. Voyons à présent les autres instruments de ce que l'on peut nommer la « subsidiarité descendante ».

Section 2. Les instruments indirects de la subsidiarité descendante

550. L'analyse de la jurisprudence sous l'angle du principe de subsidiarité, tel qu'édicté par l'actuel article 5.3 TUE, se révèle décevante pour l'observateur mû par l'idée d'un fédéralisme européen en raison de l'évitement juridictionnel dont il est l'objet. La lecture des arrêts ne l'est pas moins pour les tenants de l'intergouvernementalisme qui ont cru voir dans ce principe un moyen de renforcer le rôle et les intérêts des États au sein du processus d'intégration *post-Maastricht*. Nul besoin de mentionner le désappointement des *eurosceptiques* et autres *europhobes* à l'endroit d'un principe censé préserver les compétences nationales mais orienté dans un sens essentiellement ascendant par les institutions de l'Union. Le fait que la Cour de justice s'abstienne pour l'heure, et sans doute pour toujours, d'exercer un contrôle approfondi du principe de subsidiarité n'a pas manqué de susciter des réactions scandalisées. Il semble en effet exclu que la Cour consente un jour à sanctionner le législateur pour une violation de ce principe en raison des connotations politiques qui lui sont attachées. Aussi la subsidiarité ne permet-elle pas d'apporter des garanties efficaces à la protection des

---

[1286] Voir le point 16 de l'arrêt *Keck* dans lequel la Cour précisait que les modalités de vente ne relevait pas de l'article 30 du traité, pourvu qu'elles s'appliquent à tous les opérateurs et qu'elles « affectent de la même manière, en droit comme en fait » la vente de produits nationaux et importés et qui devait mettre l'accent sur le rôle du juge interne à qui il revenait d'apprécier la double condition, notamment la seconde étant donné sa connaissance du contexte factuel et juridique

[1287] Pour un exemple de *subsidiarité juridictionnelle* : CJCE, 9 Juillet 1997, *De Agostini,* aff.jointes C-34/95, C-35/95, C-36/95.

valeurs comme l'autonomie nationale, la proximité (démocratique) ou encore la diversité dans l'Union[1288]. Faut-il dès lors conclure à l' « ineffectivité » du principe de subsidiarité à l'instar de certains commentateurs ? Nous ne le pensons pas[1289].

551. Les remarques précédentes obligent le chercheur à trouver d'autres expressions de la subsidiarité, tout particulièrement de la subsidiarité descendante car c'est bien cette dimension qui semble occultée par l'Union aujourd'hui. Nous avons cru en déceler des manifestations tacites dans les arrêts qui ont suivi l'entrée en vigueur du traité de Maastricht et qui ont accompagné le processus de ratification de ce dernier. L'analyse serait néanmoins lacunaire si l'on omettait de prendre en considération d'autres principes apparus dans la jurisprudence, récente et moins récente, et qui semblent participer de la finalité assignée à la subsidiarité de Maastricht. Il s'agit des principes du respect de l'identité nationale et de reconnaissance mutuelle qui ont pour objet de préserver, respectivement, l'autonomie des États membres et la diversité dans l'Union. Si le premier a été consacré, à l'instar de la subsidiarité, par le traité de Maastricht, il n'a connu de développements jurisprudentiels que tardivement, même si l'on peut apercevoir les prémices du respect de l'identité nationale dans des arrêts plus anciens. L'on peut ainsi considérer la prise en compte des droits fondamentaux ou encore celle des spécificités nationales dans le cadre des justifications des entraves aux libertés de circulation, fondées sur l'ordre public, comme une reconnaissance implicite de l'identité constitutionnelle des États. Le second, d'origine prétorienne, occupe depuis les années 1980 une place centrale dans le marché intérieur car il permet d'assurer la libre circulation des marchandises et des services, sans avoir recours à l'harmonisation des législations. En ce sens, le principe de reconnaissance mutuelle constitue une méthode d'intégration dans le respect de la subsidiarité en ce qu'il garantit la diversité.

552. Comme nous l'avons déjà indiqué, l'autonomie et la diversité — ces deux valeurs chères au fédéralisme — impliquent la mise en oeuvre d'une subsidiarité descendante. Dans la mesure où nous avons fait le choix de partir d'une conception élargie du principe de subsidiarité nous rattacherons, dans le cadre de cette étude, le respect de l'identité nationale et la reconnaissance mutuelle au principe de subsidiarité. Une telle vision consistant à rapprocher des principes distincts peut être contestée, c'est pourquoi l'on s'attachera à en

---

[1288] Nous laissons volontairement de coté le mécanisme de subsidiarité juridictionnelle dont la dynamique descendante est plus marquée que la subsidiarité substantielle de l'article 5.3 TUE.

[1289] Ne serait-ce qu'en raison du fait que, malgré ses limites évidentes, la subsidiarité sert pleinement l'intégration de l'Union, ainsi que nous le démontrerons, et embrasse elle-même les notions d'effectivité et d'efficacité qu'elle place au centre de son analyse, tant sur le plan législatif que celui de l'exécution. En effet, la subsidiarité ne doit pas être assimilé à un principe de décentralisation mais doit plutôt se concevoir comme un principe d'efficience. Ainsi le principe de subsidiarité tend à favoriser l'action de l'Union. En ce sens : Partie II.

montrer les fortes affinités. Nous sommes d'avis que le respect de l'identité nationale et la reconnaissance mutuelle sont des principes qui mériteraient d'être exploités davantage car ils sont en mesure d'atteindre les buts que le principe de subsidiarité ne peut réaliser, à savoir la préservation de l'autonomie et la diversité dans l'Union[1290]. Aussi est-il permis d'y voir, fût-ce indirectement, des instruments de la subsidiarité descendante, et du fédéralisme lui-même. En effet, la subsidiarité n'est, faut-il le rappeler, qu'un moyen au service du fédéralisme européen. Pour l'heure, si le principe du respect de l'identité nationale permet une prise en compte de l'autonomie nationale, force est de constater que la Cour se montre encore hésitante à s'en saisir pleinement (Paragraphe 1). Quant à la reconnaissance mutuelle, son application a certes traduit une prise de conscience quant à la nécessité de préserver la diversité sur le marché intérieur, et ce, dès les années 1980, mais là encore, cette prise en compte de la diversité en Europe se révèle timide (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Le principe du respect de l'identité nationale : une prise en compte hésitante de l'autonomie nationale

553. Le principe du respect de l'identité nationale trouve son origine formelle dans le traité de Maastricht même si la formule succincte de l'article F selon laquelle « L'Union respecte l'identité nationale de ses États membres, dont les systèmes de gouvernement sont fondés sur les principes démocratiques » se révélait assez vague. Le traité de Lisbonne lui consacre une place plus importante dans la mesure où le respect de l'identité nationale se trouve désormais inséré à l'article 4.2 TUE, entre les dispositions relatives à la compétence d'attribution[1291] et celles relatives au principe de coopération loyale[1292]. Aux termes de l'article 4.2 TUE, « l'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités <u>ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale</u>. Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauve garder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre »[1293]. L'article 6.3 TUE

[1290] Le principe de subsidiarité ne permet pas de préserver les valeurs telles que l'autonomie et la diversité parce qu'il est envisagé non comme un principe fédéral mais fonctionnel. En effet, contrairement à la subsidiarité-proximité du préambule, la subsidiarité de l'article 5.3 TUE a été envisagée par les institutions de l'Union comme une « subsidiarité efficacité ». Voir Partie II de cette thèse.

[1291] Aux termes de l'article 4.1 TUE, « Conformément à l'article 5, toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres ».

[1292] Aux termes de l'article 4.3 TUE « en vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités ».

[1293] Nous soulignons.

mérite également d'être mentionné puisqu'il indique que les droits fondamentaux « tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux. Quant à la Charte des droits fondamentaux, son préambule affirme que « l'Union contribue à la préservation et au développement de ces valeurs communes dans le respect de la diversité des cultures et des traditions des peuples d'Europe, ainsi que de l'identité nationale des États membres et de l'organisation de leurs pouvoirs publics aux niveaux national, régional et local ». Si de nos jours le traité impose clairement à l'Union la préservation de l'identité étatique et si, depuis quelques années, les références à l'autonomie « nationale » ou « constitutionnelle » se sont multipliées dans la jurisprudence des Cours constitutionnelles nationales, dans les arrêts de la Cour de justice et dans les conclusions des Avocats généraux, il est encore possible d'en déceler les premières traces dans une jurisprudence plus ancienne de la Cour de justice. En effet, le respect de l'identité constitutionnelle des États membres constitue pour l'Union européenne, et donc pour la Cour, « un devoir » qui « s'impose à elle depuis l'origine »[1294].

554. Dans la mesure où le principe du respect de l'identité nationale, tel qu'il ressort des dispositions du traité, semble précisément conçu pour tenir compte de l'autonomie nationale, y compris régionale et locale, il ne parait pas absurde d'y voir un moyen, plus efficace que la subsidiarité de l'article 5.3 TUE, pour réaliser cette Fédération européenne soucieuse d' « avancer sur la voie de l'intégration tout en préservant l'existence politique des États »[1295]. Pour autant, là encore, la Cour de justice se montre hésitante à se saisir pleinement de cet instrument. En effet, si l'identité nationale peut être mise au service de l'autonomie (A) de sorte à faire du principe du respect de l'identité nationale un instrument de réalisation de la Fédération plurinationale, la reconnaissance de la vocation fédérale de l'Union européenne, permise par cet instrument, semble pour cette dernière plus contrainte que volontaire (B).

A. L'identité nationale au service de l'autonomie

555. Le droit au respect de l'identité nationale de plus en plus revendiqué par les États membres — essentiellement en matière de libertés de circulation — est souvent associé à la préservation de leur autonomie, notamment constitutionnelle. Avant d'examiner les affaires dans lesquelles la Cour de justice a pu effectivement reconnaitre une certaine autonomie aux États membres (2), il nous semble important de préciser, de façon plus théorique, les liens qui unissent le principe de subsidiarité et celui du respect de l'identité nationale (1).

[1294] Conclusions de l'Avocat M. Poiares Maduro sur CJCE, 16 décembre 2008, *Michaniki*, aff. C-213/07, pt 31.
[1295] *Ibid*.

1. Les affinités électives entre la subsidiarité et le respect de l'identité nationale

556. À l'instar du principe de subsidiarité, le principe du respect de l'identité nationale date du traité de Maastricht[1296]. La mention expresse de la subsidiarité et la référence à l'identité nationale semblent annoncer, à partir de cette période, le retour des États dans la structure de l'Union européenne[1297]. Cette résurgence étatique s'annonçait défavorable à l'intégration car elle se présentait comme une réaction défensive face à la tendance centripète de la jurisprudence et l'extension des compétences de la Communauté[1298]. Aux yeux des États membres, il s'agissait surtout de garantir le maintien de leur existence politique et d'assurer le respect de leur autonomie, comme l'attestait l'insertion dans le traité de Maastricht du protocole irlandais ayant pour objet de protéger l'identité constitutionnelle de l'Irlande[1299].

557. Aussi n'est-il pas surprenant que la Cour constitutionnelle allemande ait immédiatement fait le lien entre la subsidiarité et le respect de l'identité nationale. N'a-t-elle pas déclaré, dans sa décision *Maastricht*, que le principe de subsidiarité « au respect duquel la Cour de justice européenne se doit de veiller, doit permettre de respecter l'identité nationale des États membres et de préserver leurs compétences ? Le point de savoir dans quelle mesure le principe de subsidiarité fera obstacle à une érosion des compétences des États membres et empêchera, ainsi, que des attributions et compétences du Bundestag soient vidées de leur substance dépend de la jurisprudence de la Cour de justice européenne, tenue au respect du principe de subsidiarité »[1300]. La Cour de justice ne restera pas insensible à de tels arguments même s'il faudra attendre quelques années avant que n'apparaisse, dans sa jurisprudence, la mention de l'identité nationale. Quant au rapport que le juge constitutionnel allemand établit entre le principe de subsidiarité et l'exigence du respect de l'identité nationale, même s'il ne trouve pas d'expression jurisprudentielle concrète de la part de la Cour de justice, ce lien n'en est pas moins certain pour une partie de la doctrine[1301]. Ainsi a-t-on pu avancer l'idée que les deux principes « marchaient de concert, voire se confondaient »[1302].

[1296] Ex-Article F, premier paragraphe du traité de Maastricht.

[1297] MOUTON J.-D., « l'Etat membre entre souveraineté et respect de son identité : quelle union européenne ? », RUE, no°556, 2012, pp. 204-205.

[1298] LE GOAS S., Le rôle de Cour de justice in l'Union in *L'Union européenne, une Fédération plurinationale en devenir* ?Sous la direction de Jean-Christophe Barbato, Yves Petit, Bruylant, 2015, p. 289.

[1299] Protocole n° 17 annexé au Traité sur l'Union européenne et aux traités instituant les Communautés européennes.

[1300] BVerfGE 89, 155, 211-213. La traduction est tirée de AGUILON C., Subsidiarité et justice constitutionnelle, précité,.. p.298.Voir aussi la décision sur le traité de Lisbonne, paragraphes 229, 235 et 305 :Lissabon Urteil, 30 juin 2009).

[1301] MARCOU G., « Les collectivités territoriales et l'Union européenne », Propos introductifs, *in Potvin-Solis L. (dir.), Le statut d'État membre de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2018. p. 14.*

[1302] MILLET F.-X., L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des Etats membres, précité, p. 245.

558. L'assimilation des principes de subsidiarité et de respect de l'identité nationale trouve également une expression dans les conclusions de la Présidence du Conseil européen d'Édimbourg de 1992 où il était indiqué que le principe de subsidiarité contribue au respect de l'identité nationale et préserve les compétences des États membres[1303]. Il s'agissait à la fois d'envoyer aux citoyens un message clair et d'orienter utilement les institutions de l'Union dans l'accomplissement de leurs tâches. L'on peut ajouter le fait que depuis la révision de Lisbonne, le principe de l'article 5.3 TUE s'est enrichie d'une mention expresse au « niveau régional et local » de la prise de décision, ce qui n'est pas sans rappeler « l'autonomie locale et régionale » de l'article 4.2 TUE.

559. En outre, si l'on considère que le principe de subsidiarité est au fondement du principe de l'autonomie institutionnelle en vertu duquel les États membres sont, au plan interne, libres de s'organiser librement, tant sur le plan constitutionnel qu'administratif[1304], l'on peut rattacher le principe de subsidiarité à l'identité nationale dans la mesure où la Cour de justice considère que la répartition des compétences entre un État et ses entités fédérées est une composante de leur identité nationale[1305].

560. Certains auteurs se sont néanmoins montrés plus sceptiques sur ce qu'ils considèrent être une confusion de la Cour constitutionnelle allemande entre la subsidiarité et l'identité nationale. Tout en admettant que le principe de subsidiarité puisse être utilisé aux fins de préserver l'identité constitutionnelle nationale, dans le cadre du contrôle parlementaire, F.-X. Millet estime que le principe de respect de l'identité constitutionnelle doit être distingué du principe de subsidiarité car si le premier a vocation à s'appliquer pour l'ensemble des compétences de l'Union, le second est limité aux compétences partagées[1306]. De plus, si la subsidiarité tend à garantir une prise de décision proche des citoyens (subsidiarité-proximité), le respect de l'identité nationale impose une prise de décision acceptable par ces derniers « sans présumer de la plus ou moins grande aptitude de l'État à réguler telle ou telle matière »[1307]. En ce qui nous concerne, nous voyons dans la prise en compte de l'identité nationale par l'Union un moyen d'activer la subsidiarité descendante.

[1303] Conseil européen, conclusions de la Présidence (Edimbourg), 12 décembre 1992, annexe 1 à la partie A, Bulletin des Communautés européennes, décembre 1992, n° 12.

[1304] Voir en ce sens le Chapitre II du premier titre de la première partie de la thèse.

[1305] CJUE, 12 juin 2014, *Digibet*, C-156/13, ECLI:EU:C:2014:1756.

[1306] MILLET F.-X., L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des Etats membres, précité, p. 245.

[1307] *Ibid*.

561. Les liens entre la subsidiarité et l'identité nationale ont été clairement explicités, nous semble-t-il, dans les conclusions de Mme J. Kokott à l'occasion d'une affaire[1308] ayant opposé la Pologne au législateur de l'Union au sujet d'une directive relative à la fabrication et la vente des produits du tabac[1309]. Bien que l'invocation par l'État requérant d'une violation du principe de subsidiarité n'ait pas abouti — la Cour ayant précisé que la situation d'un seul État pris individuellement n'était pas décisive lors du contrôle — l'Avocat général indiquait qu'« il peut en aller autrement à titre exceptionnel, lorsque les mesures envisagées par les institutions de l'Union affectent l'identité d'un État membre (article 4.2, TUE) ou ses intérêts essentiels ». Il est vrai qu'en l'espèce, cette hypothèse n'était pas pertinente dans la mesure où la fabrication ou la vente des « cigarettes mentholées » pouvait difficilement être qualifiée de question d'intérêt national par la Cour de justice[1310]. L'hypothèse d'un renforcement du contrôle de subsidiarité par la prise en compte de l'identité nationale, même si elle n'a pas été mentionnée par la Cour, nous semble intéressante car elle permettrait, dans des cas exceptionnels, de nuancer l'affirmation selon laquelle le principe de subsidiarité n'a pas vocation à prendre en considération la situation d'un seul État. De plus, cette approche souligne les liens entre les principes de subsidiarité et de respect de l'identité nationale.

562. Au-delà de la question largement théorique des rapports conceptuels entre la subsidiarité du préambule et de l'article 5.3 TUE et l'identité nationale de l'article 4.2 TUE, il est important de préciser que si le premier principe fait l'objet d'un évitement juridictionnel, le second semble, ces dernières années, jouir d'un plus grand succès dans la jurisprudence. Il apparait qu'en pratique, l'identité nationale permet aux États de revendiquer et d'obtenir du juge de l'Union plus d'autonomie. Nous rejoignons ainsi l'opinion de F. X. Millet qui considère qu'en l'état actuel de la jurisprudence, la répartition verticale des compétences — qu'un principe comme la subsidiarité devait investir en tant que régulateur de l'exercice des compétences partagées — « ne constitue pas une garantie satisfaisante de l'autonomie des États membres »[1311]. Aussi est-il permis de penser que l'identité nationale « pourrait réussir là où les compétences semblent échouer »[1312]. En effet, le respect de l'identité nationale bénéficie d'une plus grande effectivité que le principe de subsidiarité lorsqu'il s'agit de reconnaitre l'autonomie nationale. Cette caractéristique s'explique par le champ d'application

---

[1308] CJUE, 4 mai 2016, *Pologne / Parlement et Conseil*., aff. C-358/14.

[1309] Directive 2014/40/UE.

[1310] Bien que pour la Pologne cette question revêtait une grande importance dans la mesure où le gouvernement faisait valoir le caractère «traditionnel» de ces produits du fait de leur présence de longue date sur le marché polonais.

[1311] MILLET F.-X., L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des Etats membres, précité, p. 403.

[1312] *Ibid*.

restreint[1313] du principe de subsidiarité de l'article 5.3 TUE (exclusion des compétences exclusives) et par la nature même du principe, à savoir son caractère technique qui fait de la subsidiarité un mécanisme de régulation du partage de l'exercice des compétences normatives. En outre, comme nous aurons l'occasion de le montrer, le principe de subsidiarité a été interprété par les institutions dans un sens résolument fonctionnel et non fédéral[1314].

563. L'analyse de la jurisprudence révèle que si la subsidiarité fait l'objet d'un contrôle juridictionnel restreint, cantonné à l'erreur manifeste d'appréciation — lors de l'examen de la compatibilité matérielle des actes de l'Union avec ce principe[1315] — ou d'un évitement de la part du juge — lorsque le principe est invoqué à titre de défense ou de justification en cas de violation du droit matériel[1316] — l'identité nationale tend, en revanche, à être prise en compte de façon accrue. Cette prise en compte qui s'effectue par voie jurisprudentielle s'exprime avec le plus de force lors du contrôle des justifications des mesures étatiques entravant les libertés de circulation.

2. L'identité nationale, un moyen de prendre en compte l'autonomie nationale

564. Au-delà des justifications textuelles ou jurisprudentielles classiques reconnues de longue date dans le contentieux de l'entrave, le thème de l'identité nationale a fait son apparition dans le domaine de l'intégration négative. En effet, les États membres tendent, de plus en plus, à objecter la protection de leur identité nationale face aux accusations d'entraves aux libertés fondamentales du marché. Cette notion, plus récente, a connu un certain succès au point qu'elle semble aujourd'hui « en voie de banalisation »[1317]. Aussi importe-t-il d'examiner si, au-delà de l'occurrence du terme, aussi bien dans les arrêts que dans les développements des avocats généraux, l'émergence de cette notion a véritablement eu une incidence sur la façon dont le juge apprécie les considérations tirées de l'identité constitutionnelle ou nationale des États membres. Il semble que le souci de ces derniers de préserver leurs structures fondamentales ait bien été prise en considération par la Cour, au même titre que certains impératifs constitutionnels, dans le droit du marché intérieur. Au regard de « la question des valeurs fondamentales des différents ordres juridiques en interaction et du respect de l'identité constitutionnelle ou nationale des États membres », le

---

[1313] Nous précisons l'article 5.3 dans la mesure où nous estimons qu'il existe une subsidiarité plus large qui n'est pas cantonnée au champ d'application de cet article. Lorsque le préambule fait référence à la subsidiarité-proximité, il est clair que ce principe transcende cet aspect.

[1314] Voir notre partie II.

[1315] § 146 et 147 des conclusions dans l'affaire précitée, aff. C-358/14.

[1316] CJCE, 15 décembre 1995, *Bosman*, aff. C-415/93, *Rec*. p. I-4921, pt. 81.

[1317] GUIOT F.-V et MAZILLE C., *Marché intérieur et intégration économique* in Le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne Clément-Wilz, Laure (ed.) Bruylant. 2018, pp. 179-225.

recours à l'article 4.2 TUE semble donc renforcer « l'invocation d'un des motifs de dérogation ou d'exception à la libre circulation reconnu par le droit du marché intérieur »[1318].

565. L'ébauche d'une reconnaissance d'un droit à l'identité nationale ou constitutionnelle peut être trouvée dans l'arrêt Omega[1319] où le *self-restraint* de la Cour de justice s'est justifiée par l'importance du principe invoqué par l'État membre, à savoir la protection de la dignité humaine[1320]. En l'espèce, l'Allemagne invoquait la dignité humaine pour justifier l'interdiction d'exploitation de jeux violents constitutive d'une restriction à la libre prestation de service. Précisons qu'en droit constitutionnel allemand la dignité de la personne humaine revêt un rang supra-constitutionnel dans la mesure où ce principe figure dans la clause d'éternité de l'article 79.3 de la Loi fondamentale qui interdit toute révision constitutionnelle des principes conçus comme les plus fondamentaux. Relevant l'importance du principe dans le système de valeurs nationales, la Cour a estimé qu'il n'était pas indispensable que la mesure litigieuse corresponde à une conception partagée par l'ensemble des États en ce qui concerne les modalités de protection du droit fondamental. Le fait que la conception de ce droit n'était pas partagée par les autres États membres n'a pas fait obstacle à la légitimité de son invocation, ni même à son caractère proportionné. La marge d'appréciation accordée à l'État membre était donc totale. En dépit de l'ambiguïté de l'arrêt[1321], la Cour de justice semble implicitement consacrer le respect de l'identité nationale/constitutionnelle[1322]. En effet, si la Cour ne mentionne pas l'identité nationale dans son raisonnement, elle n'en accueille pas moins l'argumentation étatique fondée sur ce dernier[1323].

[1318] I*bid*.

[1319] CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, aff. C-36/02, Rec. p. I-9609.

[1320] BARBOU DES PLACE S., DEFFAINS N., Morale et marge nationale d'appréciation dans la jurisprudence des Cours européennes . S. Barbou Des Places; R. Hernu; Ph. Maddalon. *Morale(s) et droits européens*, BRUYANT, pp.49.

[1321] BERTRAND Brunessen, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ? », Europe, janvier 2012, Chron. n° 1. (76) Pour 'auteure, une certaine ambivalence affecte l'essence de la dérogation dans la mesure où la Cour semble rattacher la justification tant à l'ordre public qu'à l'identité constitutionnelle de l'Allemagne. L'ambiguïté porte sur la double lecture de la référence aux traditions constitutionnelles nationales dans l'analyse des justifications car on peut y voir la reconnaissance d'une réserve de constitutionnalité dans la mesure où le juge évoque le niveau de protection de la dignité humaine que la constitution nationale a entendu assurer sur le territoire de la République fédérale d'Allemagne.

[1322] Le concept d'identité nationale est européen dans la mesure où il figure dans les traités de l'Union tandis que celui d'identité constitutionnelle est nationale puisqu'il est issu de la jurisprudence des Cours constitutionnelles nationales. Néanmoins, une certaine confusion règne en la matière. MARTIN S., L'identité de l'État dans l'Union européenne : entre « identité nationale » et « identité constitutionnelle » , *Revue française de droit constitutionnel* 2012/3 (n° 91), p. 13-44.

[1323] MOUTON J.D, « Réflexions sur la prise en considération de l'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin : l'Union européenne : Union de droit, Unions des droits,* Paris, Pedone, 2010, p. 145 et s. Voir aussi : MARTIN Sébastien, L'identité de l'État dans l'Union européenne : entre « identité nationale » et « identité constitutionnelle » , *Revue française de droit constitutionnel* 2012/3 (n° 91), p. 13-44.

566. C'est en matière de citoyenneté, dans l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*[1324], que la Cour de justice a eu l'occasion de confirmer plus explicitement sa déférence à l'égard de l'identité nationale des États membres. Le litige à l'origine du renvoi préjudiciel opposait une citoyenne européenne à l'Autriche qui refusait de reconnaitre son nom patronymique, en application du droit constitutionnel autrichien interdisant la possession d'un titre de noblesse. La juridiction de renvoi cherchait à savoir si le traité s'opposait à un tel refus, notamment sous l'angle de l'article 21 TFUE dans la mesure où le nom revendiqué par la ressortissante autrichienne avait été déterminé en Allemagne. Dans le contexte autrichien, la loi d'abolition de la noblesse était un élément de « l'identité autrichienne », tout comme la dignité humaine était un élément de l'identité allemande. Après avoir évoqué l'ordre public, au stade de la justification de l'entrave, la Cour a repris sa jurisprudence *Omega* selon laquelle il n'est pas indispensable que la mesure corresponde à « une conception partagée par l'ensemble des États membres en ce qui concerne les modalités de protection du droit fondamental ou de l'intérêt légitime en cause » et précisé que « la nécessité et la proportionnalité des dispositions prises en la matière ne sont pas exclues au seul motif qu'un État membre a choisi un système de protection différent de celui adopté par un autre État »[1325]. De façon plus intéressante, la Cour de justice a indiqué que conformément à l'article 4.2 TUE, l'Union « respecte l'identité nationale de ses États membres, dont fait aussi partie la forme républicaine de l'État ». Elle a ensuite déclaré qu'il ne paraissait pas « disproportionné qu'un État membre cherche à réaliser l'objectif de préserver le principe d'égalité en interdisant toute acquisition (...) de titres de noblesse ou d'éléments nobiliaires susceptibles de faire croire que le porteur du nom est titulaire d'une telle dignité »[1326].

567. Pour finir, mentionnons l'affaire *Runevič-Vardyn et Wardyn*[1327] dans laquelle la défense de la langue d'un État membre a pu être invoquée en tant qu'élément de l'identité constitutionnelle pour justifier, là aussi, une atteinte à la libre circulation des citoyens. Le gouvernement lituanien tentait de justifier la restriction en avançant que la mesure était une « l'expression de la souveraineté nationale ». Après avoir déclaré que la politique de protection de la langue nationale constituait un objectif légitime[1328], la Cour a admis que le droit de l'Union ne s'oppose pas à « l'adoption d'une politique qui vise la défense et la promotion de la langue d'un État membre» et rappelé que « l'Union respecte la richesse de sa diversité

[1324] CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein,* aff. C-208/09, Rec. p. I-13693.
[1325] *Ibid,* point 91.
[1326] *Ibid,* point 92.
[1327] CJUE 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn et Wardyn*, aff. C-391/09, Rec. I-3787.
[1328] *Ibid*., point 83.

culturelle et linguistique » ainsi que « l'identité nationale de ses États membres, dont fait aussi partie la protection de la langue officielle nationale de l'État »[1329].

568. Ces affaires montrent bien que l'argument tiré des valeurs constitutionnelles — droits fondamentaux ou identité nationale — bénéficient d'un statut particulier dans le régime de justification. Le respect de l'identité constitutionnelle est accueilli par la Cour avec une certaine déférence. L'argument identitaire semble « non seulement revêtir un poids particulier dans le cadre de la balance des intérêts que le juge doit opérer, mais surtout il paraît en amont toujours devoir être qualifié de but légitime. Ainsi, même lorsque l'identité nationale n'est pas de nature à justifier l'entrave, « c'est uniquement sur le terrain de la proportionnalité de la mesure nationale que la Cour se prononce en évitant, en principe, de juger de la sincérité du motif invoqué »[1330]. La question du contrôle de proportionnalité appelle néanmoins une remarque puisqu'elle est intrinsèquement liée à la portée du droit au respect de l'identité nationale. En effet, s'il revient à l'État seul d'identifier les éléments qu'il considère comme constitutifs de son identité, comme le souligne D. Ritleng, « dans la mesure où ils sont opposés aux libertés communautaires de circulation et où le respect dû à l'identité nationale des États est désormais imposé par la traité, c'est à la Cour seule, en vertu de son monopole d'interprétation authentique du droit de l'Union, de décider dans quelle mesure lesdits éléments permettent à un État membre d'échapper à l'interdiction des entraves »[1331]. Or, il ne s'agit plus ici de concilier les libertés de circulation avec des motifs légitimes, comme ceux énoncés dans les traités, qui constituent toujours des dérogations d'interprétation stricte. L'arbitrage à effectuer ne peut plus être « entre un principe et une exception » dans la mesure où les libertés de circulation sont confrontées au respect de l'identité nationale « présenté par le traité comme l'un des fondements de l'Union ». Dès lors, un tel rééquilibrage ne peut que passer par « un certain *self restraint* des organes communautaires de contrôle »[1332].

569. L'analyse de la jurisprudence révèle que l'invocation de l'identité nationale se révèle particulièrement efficace lorsqu'elle est directement liée à la défense des droits et valeurs fondamentaux, tels que consacrés dans les constitutions nationales, comme l'illustre l'arrêt *Schmidberger*[1333]. Dans cette affaire, l'Autriche entendait justifier une entrave à la libre circulation des marchandises par des motifs tirés de la liberté d'expression en faisant valoir

---

[1329] *Ibid*., pt 84, 85 et 66.

[1330] GUIOT F.-V et MAZILLE C., Marché intérieur et intégration économique., précité.

[1331] RITLENG D., « Les Etats membres face aux entraves », *in L'entrave dans le droit du marché intérieur*, L. AZOULAI (dir.), Bruylant, 2011, p. 323

[1332] *Ibid*.

[1333] CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. C-112/00, *Rec*. p. I-5659.

que la protection des droits fondamentaux était inhérente à son identité constitutionnelle. Une telle justification a été admise par la Cour. Bien moins redoutable se révèle, en revanche, la mise en avant de l'autonomie constitutionnelle entendue comme un droit de l'État à préserver la répartition interne de ses pouvoirs. Si la Cour considère que la répartition des compétences au sein d'un État bénéficie de la protection conférée par l'article 4.2 TUE selon lequel l'Union est tenue de respecter l'identité nationale des États membres, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles[1334], cette dimension de l'identité nationale ne permet pas aux États de s'en prévaloir efficacement en matière de justification des entraves aux libertés des circulation[1335]. En effet, si l'État qui considère qu'une disposition du droit primaire ou dérivé porte atteinte à son identité nationale peut toujours la contester en se fondant sur les dispositions de l'article 4.2 TUE[1336], il ne saurait exciper de la répartition interne des compétences entre les autorités des entités locales et les autorités centrales dans le but d'éluder le respect de leurs obligations découlant du droit de l'Union[1337].

B. L'identité nationale, instrument de réalisation de la Fédération plurinationale : une reconnaissance « contrainte » de la vocation fédérale de l'Union

570. Bien comprise, la sauvegarde de l'identité constitutionnelle nationale des États membres, loin d'être une menace pour la construction européenne, en est une condition. Le principe de respect de l'identité étatique interdit toute instrumentalisation de l'une ou l'autre partie, que ce soit par les États membres ou par l'Union à travers son juge. Ainsi qu'a pu le souligner M. Poiares Maduro, « de même que le droit communautaire prend en compte l'identité constitutionnelle des États membres, de même le droit constitutionnel national doit s'adapter aux exigences de l'ordre juridique communautaire »[1338]. Pour éviter des conflits relatifs au respect de l'identité constitutionnelle, la Cour de justice et les Cours constitutionnelles nationales doivent nécessairement dialoguer[1339]. Il n'est d'ailleurs pas anodin que le traité de Lisbonne ait inséré, dans un même article, la protection de l'identité nationale juste avant la coopération loyale, en imposant ce dernier principe tant aux États qu'à l'Union elle-même[1340]. Contrairement à ce que le juge constitutionnel allemand semble suggérer dans ses décisions *Maastricht* et *Lisbonne*, l'identité nationale ne saurait constituer

---

1334 CJUE, 21 décembre 2016, *Remondis,* aff. C−51/15, EU:C:2016:985, pts 40 et 41.
1335 CJCE, 1er avril 2008, *Gouvernement wallon*, aff. C-212/06, *Rec*. p. I-1683 pts 57 et 58.
1336 Conclusions de M. Y. Bot présentées le 18 juillet 2017 sous l'affaire C−42/17, §175.
1337 Conclusions de M. P. Mengozzi présentées le 9 septembre 2015 sous l'affaire C−115/14
1338 Conclusion de M. Poiares Maduro, CCJE, 16 décembre 2008, *Michaniki*, aff. C-213/07, pt. 33.
1339 DECHATRE L., Le pacte fédératif, précité, p. 388.
1340 Article 4.3 TUE.

un « enclos constitutionnel »[1341]. Un tel principe permet, tout au contraire, d'inscrire la construction européenne dans le phénomène fédératif car la protection de l'identité nationale est une traduction juridique de ce que l'Union « se dirige vers le modèle de la Fédération d'États dans la mesure où elle aborde les rapports entre l'Union et les États membres comme des rapports d'égaux à égaux, et non pas comme des rapports hiérarchiques, de supérieur à subordonnés »[1342]. Pour certains auteurs, le respect par l'Union de l'identité nationale permet de « déceler une approche comparable à celle du fédéralisme pour le maintien d'un équilibre entre la pluralité des États et l'unité de l'Union »[1343]. Ainsi, contrairement au principe de l'article 5.3 TUE, ou plutôt, mieux que ce dernier, le principe de l'article 4.2 TUE pourrait raisonnablement être perçu comme l'instrument permettant d'atteindre cet « équilibre fédératif européen » qu'une partie de la doctrine appelle de ses voeux[1344].

571. J.-D. Mouton estime que le souci du respect de l'identité nationale qui est une condition du maintien de l'existence politique des États membres dans l'intégration, est révélateur de la vocation de l'Union à être une « Fédérations d'États-Nations »[1345]. Il nous semble néanmoins que cette vocation « fédérale » de l'Union européenne soit plus contrainte que sincère, ou naturelle, dans la mesure où la prise en compte par la Cour de justice de l'identité nationale se révèle, aujourd'hui encore, à géométrie variable, tant la jurisprudence en ce domaine reste difficile à saisir. Le souci de respecter l'identité constitutionnelle des États membres, loin d'être systématique, semble davantage guidé par la crainte des décisions de certaines Cours constitutionnelles nationales qu'une volonté claire ou une préoccupation propre à la Cour de justice. S'agissant des arrêts rendus en matière d'entraves aux libertés de circulations relatifs à l'identité constitutionnelle, il n'est pas toujours très clair si la Cour accueille cette justification en la rattachant à la sauvegarde de l'identité nationale ou si elle la range sous un motif énoncé par le traité, comme l'ordre public, ou des principes généraux du droit communautaire qu'elle a pu identifier en partant des traditions constitutionnelles

---

1341 DUMONT H., L'Union européenne, une Fédération plurinationale fondée sur un pacte constitutionnel, in *L'Union européenne, une Fédération plurinationale en devenir, précité,* p. 52.

1342 LE GOAS S., Le rôle de la Cour de justice, p. 294, précité. Voir aussi :BEAUD O., Théorie de la Fédération, précité, p. 143.

1343 LEHMANN P.-E., Le respect de l'identité nationale des Etats membres in l'Union Européenne, une Fédération plurinationale, précité, p. 179.

1344 *Ibid*.

1345 MOUTON J.-D. Introduction : présentation d'une proposition doctrinale », *in* J.-C. BARBATO, J.-D. MOUTON (DIR.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux des États membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Coll. « Droit de l'Union européenne – Colloques », Bruylant, 2010, pp. 15-16 ; « Réflexions sur la prise en considération de l'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne, *in Mélanges en l'honneur de* Philippe ManIn, *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits*, Pedone, 2010,pp. 145 et s.

communes aux États. Dans la mesure où toute Fédération est une Union des États mais aussi des peuples, il nous semble intéressant de revenir sur la question incontournable de la protection des droits fondamentaux (1) et sur celle, plus spécifique, des « droits fondamentaux des États membres » au sens des *States' rigthts* tels que les envisage le fédéralisme américain (2). Il apparait qu'en ces deux domaines, au coeur du concept d'identité nationale/ constitutionnelle, la jurisprudence de la Cour de justice comporte encore quelques zones d'ombre qu'il convient de mettre en lumière.

1. La nécessaire prise en compte des droits fondamentaux

572. Si l'on se défait d'une approche par trop formelle, l'on constate que la prise en compte par la Cour de justice de l'identité nationale ne date pas des années 1990. Un tel souci se retrouve dans une jurisprudence bien plus ancienne en matière de justifications des entraves aux libertés de circulation fondées sur l'ordre public. Plus spécifiquement, la question de la protection des droits fondamentaux qui, au tournant des années 1970, s'impose avec force à la Cour, offre une illustration de cette nouvelle préoccupation[1346].

573. Face au silence des traités originels, la jurisprudence s'est en effet enrichie des *principes généraux du droit communautaire* que la Cour s'est attachée à reconnaitre à partir des arrêts *Stauder*[1347], et, surtout, *Internationale Handelsgesellschaft*[1348]. S'il ne s'agit certes pas d'une prise en compte, au sens strict, de l'identité nationale, l'on peut néanmoins y voir une prise en compte de l'identité des États membres au sens large[1349]. En effet, cette réorientation ne peut que favoriser le respect de l'identité étatique en ancrant les fondements constitutionnels de l'Union dans les principes constitutionnels communs aux États et en proposant un moyen de prévenir les potentiels conflits[1350]. La protection par l'Union des droits fondamentaux ne s'opère donc pas au nom de la sauvegarde des particularités

---

[1346] CJCE, 12 novembre 1969, Erich Stauder c. Ville d'Ulm - Sozialamt, C-29/69, Rec. 1969 00419, pt 7 ; CJCE, 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, C-11/70, Rec. 1970 01125, pt 4.

[1347] Dans ce premier arrêt, rendu en 1969, la Cour de justice était saisie de la question, formulée en des termes assez vagues, de la compatibilité d'une décision de la Commission avec les « principes généraux du droit communautaire ». La Cour de justice jugea que la décision de cette dernière ne révélait « aucun élément susceptible de mettre en cause les droits fondamentaux de la personne compris dans les principes généraux du droit communautaire, dont la Cour assure le respect »

[1348] Dans ce second arrêt, rendu un an plus tard et plus remarqué, la Cour déclara solennellement que « le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect » et « que la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté ».

[1349] DECHATRE L., Le pacte fédératif, précité, p. 390

[1350] KOMBILA H., Les principes constitutionnels face au droit communautaire, l'Union dans la diversité de l'identité constitutionnelle européenne, *VIIe Congrès de l'AFDC*, 27 p., p. 17.

nationales mais de l'application de valeurs communes aux États membres, « à la base de l'identité européenne »[1351]. Une telle reconnaissance ne va toutefois pas sans contrepartie.

574. Dès lors que l'Union reconnait dans les droits fondamentaux des principes généraux du droit, elle s'estime compétente pour les protéger afin d'éviter que les États dérogent à l'homogénéité d'application du droit de l'Union[1352]. La reconnaissance de cette identité nationale élargie n'est donc pas spontanée ni tout à fait désintéressée car elle se fait, d'une part, sous la pression des juges constitutionnels nationaux et s'opère, d'autre part, dans le but de préserver l'uniformité du droit communautaire[1353]. Aussi, dès l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft,* la Cour insiste-t-elle sur le fait que « l'invocation d'atteintes portées soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un État membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la communauté ou son effet sur le territoire de l'État ». En procédant ainsi la Cour rappelle, tout en la renforçant, l'autonomie de l'ordre juridique communautaire, et affirme l'inopposabilité du droit national, même constitutionnel. Aussi la validité des actes des institutions ne peut-elle dépendre que du droit de l'Union. Le mutisme originel des traités, largement comblé depuis[1354], ne peut donc plus servir de prétexte aux juges nationaux pour mettre en cause les actes des institutions au motif d'une atteinte aux droits fondamentaux. De nombreux auteurs estiment qu'en intégrant les droits fondamentaux dans les sources de droit communautaire, le juge de l'Union a fait du traité l'équivalent d'un pacte fédératif et engagé, d'une certaine façon, la « constitutionnalisation » et la « fédéralisation » de la Communauté[1355]. Cette réalité ne s'est cependant pas révélée idyllique pour les États.

575. Si la consécration prétorienne des droits fondamentaux se justifiait par la nécessité de combler une faille des traités initiaux de sorte à soumettre les actes des institutions au respect des droits reconnus aux ressortissants nationaux, la Cour de justice a rapidement trouvé le moyen de retourner l'arme contre ceux qui l'avaient dirigée contre elle, en appliquant ses *principes généraux du droit* aux mesures étatiques qui mettent en oeuvre le

---

[1351] DECHATRE L., Le pacte fédératif, précité.

[1352] KOMBILA H.., précité.

[1353] Il s'agissait donc, pour la Cour, de préserver l'intégration en mettant le principe de primauté à l'abri des coups qui auraient pu lui être portés par les juridictions nationales. En effet, à l'instar de la Cour constitutionnelle allemande, ces dernières s'animaient d'un certain zèle dès lors qu'il s'agissait de protéger des droits considérés, pour les plus fondamentaux, comme intangibles et sacrés.

[1354] La Charte des droits fondamentaux est contraignante depuis le traité de Lisbonne.

[1355] LE GOAS S., Le rôle de la Cour de justice, p. 288.

droit de l'Union[1356] ou qui entrent dans son champ d'application[1357]. Comme le note S. Colella, si la jurisprudence avait « pour vocation initiale de combler une lacune » la Cour a, de façon plus offensive, étendu sa juridiction au-delà des actes de l'Union pour l'appliquer aux mesures nationales[1358]. En reconnaissant les droits fondamentaux, la Cour se serait octroyé un véritable « pouvoir d'appréciation » pour contrôler la compatibilité des règles nationales avec les principes généraux du droit communautaire[1359]. Allant plus loin dans la critique, certains auteurs ont pu estimer que la Cour de justice ne prend pas au sérieux les droits fondamentaux et que sa jurisprudence conduit à opérer « un abaissement systématique du standard de protection des droits fondamentaux dans l'Union »[1360].

576. Une partie de la doctrine ne voit d'ailleurs dans la protection des droits fondamentaux par le juge de l'Union qu'une « instrumentalisation visant à accroître l'influence de l'Union sur les décisions des États membres »[1361]. Sans aller jusqu'à « donner du crédit à l'hypothèse d'une conspiration orchestrée par les juges »[1362], il importe de souligner que lorsqu'elle contrôle le respect des droits fondamentaux, la Cour ne vise pas exclusivement la protection de ces droits car sa jurisprudence sert surtout les objectifs de l'intégration. À cet égard, les célèbres affaires *Viking*[1363] et *Laval*[1364] ont suscité de nombreuses critiques dans la mesure où les commentateurs ont cru voir dans ces arrêts un « biais » en faveur des intérêts du marché

[1356]CJCE, 13 juillet 1989, *Wachauf*, aff. 5/88. Dans cet arrêt, la Cour a affirmé que les *principes généraux du droit* s'imposent aux mesures nationales qui mettent en œuvre le droit de l'Union. Cette position n'est pas critiquable car il semble logique que la mise en oeuvre du droit de l'Union soit inséparable de l'application des principes auquel ce droit est lui-même soumis.

[1357] CJCE, 18 juin 1991 « ERT », aff. C−260/89, EU:C:1991:254. Cet arrêt est plus critiquable que le premier car la Cour y opère une extension indéterminé du champ d'application des droits fondamentaux en affirmant que toute mesure nationale doit être conforme aux *principes généraux du droit communautaire* dès lors qu'elle entre dans le champ d'application de ce droit. L'article 51§1 de la Charte retient une approche plus stricte en ce qu'elle prévoit que ses dispositions s'adressent aux institutions de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union.

[1358] COLELLA S. U., La restriction des droits fondamentaux dans l'Union européenne, Notions, cadre et régime., Bruylant, 2019.

[1359] DE WITTE B., Le rôle passé et future de la Cour de justice des Communautés européennes dans la protection des droits de l'homme, in Alston P. (dir), *L'Union européenne et les droits de l'homme,* Bruxelles, Bruylant, 2001., p. 907.

[1360] COPPEL J. et O'NEILL A., « The European Court of Justice : Taking Rights Serioulsy? », *C.M.L.R.*, vol. 29, 1992, p. 669-692.

[1361] SCHWALLER E., La protection des droits fondamentaux des entreprises en droit des aides d'Etat, Université de Strasbourg, 2018., p. 172.

[1362] BAILLEUX A., Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire. Essai sur la figure du juge traducteur, Thèse, Bruylant, 2009, p. 533.

[1363] CJCE, 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti,* C-438/05, Rec. 2007 I-10779.

[1364] CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet,* C- 341/05, Rec. 2007 I-11767

(libertés de circulation), qui s'opère fatalement au détriment de la protection des intérêts non marchands[1365]. En l'espèce, la Cour a appliqué de façon stricte le test de proportionnalité et c'est vainement que les États ont tenté de faire valoir que la circonstance qu'un droit fondamental fût protégé par leur constitution était de nature à le soustraire à l'emprise des libertés fondamentales du marché. Il est vrai que dans ces affaires, il ne s'agissait pas d'autorités nationales mais d'organisations syndicales à l'origine de l'entrave. Aussi l'absence de toute marge d'appréciation et de *self-restraint* en faveur des États pouvait-elle s'expliquer par un contexte spécifique. Notons néanmoins que la Cour aurait pu recourir au mécanisme de subsidiarité juridictionnelle dans la mesure où il revient, en principe, au juge national de déterminer si les entraves sont proportionnées[1366].

577. L'affaire *Melloni*[1367] offre une autre illustration — en matière non de marché, mais d'espace de liberté, de sécurité et de justice — à la question sensible des rapports complexes entre respect de l'identité nationale, protection des droits fondamentaux et exigence d'uniformité dans l'application du droit de l'Union. Le juge de l'Union devait trancher la question de savoir si la conception espagnole du droit au procès équitable pouvait prévaloir sur celle de la Charte des droits fondamentaux, afin de justifier une exception à l'exécution d'un mandat d'arrêt européen. Rejetant vigoureusement une telle lecture, la Cour a affirmé dans son arrêt du 26 février 2013 qu'une mesure nationale mettant en œuvre le droit de l'Union pouvait prévoir un standard de protection plus élevé que celui de la Charte, sous réserve que cette application ne compromette ni le niveau de protection prévu par celle-ci, ni la primauté ou l'effectivité du droit de l'Union. Si la Cour de justice s'est abstenue de se prononcer sur la question du respect de l'identité constitutionnelle de l'Espagne, l'avocat général M. Y. Bot a fermement affirmé qu'il importait de ne pas confondre ce qui relève d'une « conception exigeante de la protection d'un droit fondamental » avec une atteinte à à « l'identité constitutionnelle d'un État membre »[1368]. Un auteur comme H. Dumont considère pourtant qu'il n'est pas douteux qu'une conception exigeante de la protection d'un droit fondamental puisse « faire partie intégrante d'une identité constitutionnelle nationale »[1369]. Ce

---

[1365] CECCO F. de, State Aid and the European Economic Constitution, Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 22.

[1366] *Ibid*. F. De Cecco estime ainsi que la Cour de justice a outrepassé la répartition des rôles entre le juge national et le juge de l'Union.

[1367] CJUE., 26 février 2013, *Stefano Melloni* et *Akerberg Fransson*, aff. C-399/11.

[1368] Concl. de l'Avocat général Y. Bot dans l'aff.préc., § 60.

[1369] DUMONT H., « L'Union européenne, une Fédération plurinationale fondée sur un pacte constitutionnel », in L'Union européenne, une Fédération plurinationale, précité, p. 67.

dernier souligne, par ailleurs, que « ce type de contentieux est « particulièrement délicat pour l'équilibre que postule le concept de Fédération plurinationale »[1370].

578. Pour P.-E. Lehmann, la recherche de l'unité, mise en avant dans l'arrêt *Melloni*, ne devrait pas « conduire à l'uniformité, au risque de ne plus permettre le respect des identités nationales »[1371]. À cet égard, l'arrêt *Omega* offre un modèle plus intéressant, en termes de *self-restraint,* pour le problème des conflits entre droit constitutionnel national et droit de l'Union. En effet, la question de la protection des droits fondamentaux place un principe comme la subsidiarité au coeur de ses préoccupations : les juges nationaux ne sont-ils pas mieux placés que les juges supra/internationaux de Luxembourg ou même de Strasbourg pour protéger les droits et libertés des citoyens[1372]. Reconnaitre plus de place à l'identité nationale, c'est aussi un moyen de préserver les droits des ressortissants nationaux. Cette analyse est, comme le soulignent Y. Petit et J.-C. Barbato, « en osmose avec la double nature d'une Fédération, qui est une Union d'États et une Union de peuples, les droits fondamentaux des États venant ici compléter les droits fondamentaux des individus ». Or, précisément, dans son arrêt *Omega* la Cour a « a mis en évidence cette complémentarité entre droit fondamentaux des États et droits fondamentaux des personnes, car la prise en compte de l'identité constitutionnelle de l'Allemagne permet de protéger la dignité humaine »[1373]. Il nous semble qu'à l'heure actuelle une telle articulation ne soit pas suffisamment ancrée dans la jurisprudence.

2. L'identité nationale, un droit des États ?

579. La doctrine des *States'rights*, issue du fédéralisme constitutionnel américain[1374], selon laquelle les États fédérés se voient reconnaitre de véritables droits (*States' rights)* repose sur une vision « nationale » de la Fédération et sur la théorie de la « souveraineté dualiste ». En vertu de celle-ci, en adoptant la constitution, le peuple américain aurait « divisé » l'exercice de la souveraineté entre le gouvernement fédéral et celui des États fédérés. Dans une logique comparable, l'article 4.2 TUE permettrait, selon certains auteurs, d'affirmer que l'État

---

1370 *Ibid*.

1371 LEHMANN P.-E., Le respect de l'identité nationale des Etats membres in l'Union Européenne, une Fédération plurinationale, précité, p. 176.

1372 Il est généralement admis que la subsidiarité irrigue la protection des droits fondamentaux en Europe. En ce sens voir la thèse de AUDOUY L., Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention, précité, p. 24.

1373 PETIT Y., et BARBATO J.-C., Pluralité conceptuelle et renouvellement du débat sur la nature juridique de l'Union européenne, rapport introductif général in L'Union européenne, une Fédération plurinationale en devenir ?, Bruylant, 2015., p. 20.

1374 Cette conception sous-tend de nombreux arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis. Pour plus de détails sur la théorie américaine des States rights: MC DONALD F., *States' rights and the Union : imperium in imperio*, University Press of Kansas, 2000, 296 pages ; M. SULLIVAN K., « From States'rights blues to blue States'rights : federalism after the Rehnquist Court », *Fordham Law Review*, n° 75/2006, pp. 799-813.

membre de l'Union européenne « demeure un État souverain, mais est en même temps un État intégré, un État titulaire de droit fondamentaux »[1375]. De façon similaire, d'autres auteurs affirment que l'on pourrait voir dans le principe d'autonomie institutionnelle, rattaché aux principes de respect de l'identité nationale et de subsidiarité, « un droit fondamental des États »[1376]. La même logique dualiste sous-tend la théorie des *States'rights* et les travaux des tenants d'une Fédération européenne « plurinationale ». En effet, la subjectivisation des États membres en vertu de laquelle ces derniers se voient reconnaitre un statut ainsi que des droits fondamentaux opposables à l'Union, « alimente le débat du fédéralisme européen »[1377]. J.-D. Mouton a ainsi pu défendre l'idée selon laquelle les États membres devraient se voir reconnaître, dans l'ordre juridique de l'Union, un « droit fondamental » au respect de leur identité nationale[1378].

580. Dans cette optique, le respect de l'identité nationale remplirait une double fonction défensive: « à l'égard de l'Union dont l'exercice des compétences et le développement des actions peuvent l'amener à porter atteinte à cette identité, mais aussi à l'égard de l'Union lorsqu'elle contrôle la façon dont les États membres eux-mêmes respectent les valeurs démocratiques »[1379]. Aussi, en cas de conflit entre le droit constitutionnel national et le droit *dérivé* de l'Union, l'article 4.2, TUE devrait pouvoir jouer pleinement. Dans une telle hypothèse, soit la Cour de justice « octroie une marge de flexibilité ou une faculté de dérogation à l'État membre » soit l'État « refuse d'appliquer l'acte de droit dérivé », ce que la Cour devrait « pouvoir admettre si ce refus fondé sur l'identité constitutionnelle n'est pas disproportionné et moyennant une série de précautions de fond et de procédure »[1380]. La jurisprudence la Cour de justice ne semble pas, pour l'heure, accréditer une telle thèse.

581. Il est certes permis de voir dans l'arrêt *Wittgenstein,* comme dans l'arrêt *Omega,* une logique apaisée sous-tendre les rapports entre le juge constitutionnel autrichien et le juge de

---

[1375] PETIT Y., et BARBATO J.-C., Pluralité conceptuelle, précité, p. 19. Voir aussi : MOUTON J.-D., « Introduction : présentation d'une proposition doctrinale », *in* J.-C. BARBATO, J.-D. MOUTON (dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux des États membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Coll. « Droit de l'Union européenne – Colloques », Bruylant, 2010, pp. 15-16 ; « Réflexions sur la prise en considération de l'identité constitutionnelle des États membres de l'Union euro- péenne, *in Mélanges en l'honneur de* Philippe Manin, *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits*, Pedone, 2010,pp. 145 et s.

[1376] MARCOU G., Les collectivités territoriales, précité, p. 16.

[1377] LEHMANN P.-E., Le respect de l'identité nationale, précité p. 175

[1378] *Ibid*.

[1379] MOUTON J.-D., «Vers la reconnaissance des droits fondamentaux des Etats dans le système communautaire ? », précité., p. 3.

[1380] DUMONT H., L'Union européenne, une Fédération plurinationale, précité, p. 59 ; Voir aussi VON BOGDANY A., et SCHILL S., « Overcoming Absolute Primacy : Respect for National Identity under the Lisbon treaty », *Common Market Law Review*, 2011, n° 48, pp. 1417-1454.

l'Union dans la mesure où la Cour de justice y a, de toute évidence, privilégié le respect de l'identité constitutionnelle nationale « dans un souci de bonnes relations avec la Cour constitutionnelle autrichienne, là où l'avocat général « était plus mesurée, estimant qu'une rectification à l'issue de quinze années pouvait apparaître disproportionnée et qu'il revenait au juge national de déterminer la bonne foi de la requérante à l'époque de l'adoption »[1381]. Certains auteurs relèvent que l'arrêt *Grogan* s'inscrit dans une optique similaire puisque interrogée sur le point de savoir si la Constitution irlandaise pouvait, au nom du droit à la vie, interdire toute publicité en faveur de l'avortement pratiqué dans les autres États membres, sans violer la libre prestation des services, la Cour de justice a conclu à l'absence d'entrave en l'espèce, en raison d'un lien trop ténu entre la diffusion d'information sur l'IVG par les associations et la pratique de l'avortement en Grande Bretagne. L'arrêt *Grogan* a pu être vu comme « la traduction d'une volonté de ne pas se heurter aux autorités irlandaises par une interprétation large des atteintes aux libertés de circulation qui est normalement appliquée par la Cour »[1382]. Si un tel subterfuge a, en effet, permis à la Cour de ne pas avoir à se prononcer sur une question particulièrement sensible, garantissant ainsi l'autonomie de l'Irlande face aux ingérences du droit de l'Union, il n'en demeure pas moins que « l'absence d'une ingérence communautaire sur ce domaine du droit national dérive d'une interprétation restrictive des libertés de circulation et non pas du respect des compétences étatiques en matière d'avortement »[1383].

582. Comme le souligne A. Marzal Yetano, dans les arrêts suivants, et sur des questions tout aussi délicates de moralité publique, la Cour de justice n'a pas toujours fait preuve de la même prudence et auto-limitation. Ainsi, à propos de la réglementation de la prostitution, question tout aussi controversée que l'avortement, elle n'a pas hésité à affirmer que l'activité était couverte par les libertés de circulation[1384]. Du fait de son approche fonctionnelle, la Cour de justice n'aborde pas l'application des libertés fondamentales du marché sous l'angle d'une autonomie nationale mais sous un prisme purement technique. En effet, elle ne reconnaît pas véritablement de domaine où l'application de ces dernières serait, par principe, exclue. Il est vrai que l'Irlande a obtenu, suite à l'arrêt *Grogan*, un protocole n°17 annexé au Traité de Maastricht, qui prévoit que les traités européens n'ont pas d'impact sur l'article 40.3 de sa Constitution qui interdit l'IVG. Faut-il y voir, pour autant, un progrès substantiel dans la reconnaissance par l'Union européenne de l'identité nationale ? Ainsi que le suggère S. Le

---

[1381] DECHATRE L., Le pacte fédératif, précité, p. 394.

[1382] *Ibid*.

[1383] MARZL YETANO A., La dynamique du principe de proportionnalité, précité, p. 389.

[1384] *Ibid*., p. 469.

Goas, c'est, finalement, « peut-être malgré elle », que la Cour de justice a « encouragé l'accélération de la fédéralisation de l'Union »[1385].

583. L'analyse de la jurisprudence, sous l'angle de l'autonomie nationale, ne permet pas d'affirmer que les États bénéficient d'un droit fondamental au respect de leur identité. Dans un arrêt de 1996 relatif à la libre circulation des travailleurs et à la question de l'exigence de la nationalité dans l'accès à des emplois publics, tout en affirmant que « la sauvegarde de l'identité nationale des États membres constitue un but légitime respecté par l'ordre juridique communautaire », la Cour indiquait au Luxembourg qu'il était possible d'atteindre l'objectif d'« assurer la transmission des valeurs traditionnelles » par d'autres moyens que la restriction d'accès de ces emplois aux seuls ressortissants[1386]. La même intransigeance s'est exprimée dans un arrêt de 2014[1387] rendu dans le même domaine mais s'agissant cette fois de la possibilité pour un État de refuser d'inscrire au tableau de l'ordre des avocats des ressortissants ayant obtenu la qualification d'avocat dans un autre État membre. En l'espèce, le juge italien considérait que la directive 98/5, en tant qu'elle permettait aux italiens ayant obtenu leur titre d'avocat dans un autre État que l'Italie d'exercer leur profession dans cet État, avait pour effet de « contourner une réglementation qui fait partie de l'identité nationale italienne » et devait être considérée comme invalide. La Cour de justice s'est bornée à relever que l'article 3 de la directive concernait uniquement le droit de s'établir dans un État membre pour y exercer la profession d'avocat sous le titre obtenu dans l'État d'origine et que cette disposition ne réglementait pas l'accès à la profession d'avocat ni son exercice. Elle en concluait qu'une demande d'inscription au tableau des avocats n'était donc pas de nature à permettre d'éluder la législation nationale « ni susceptible d'affecter les structures fondamentales politiques et constitutionnelles ni les fonctions essentielles de l'État membre d'accueil » au sens de l'article 4.2 TUE.

584. Si la Cour de justice reconnait d'une certaine façon et depuis longtemps une autonomie nationale d'ordre institutionnel, juridictionnel, procédural ou territorial, elle montre toutefois « une certaine indifférence envers celle-ci, puisqu'elle aura à plusieurs reprises jugé que si l'État membre reste libre de définir son organisation, ce n'est qu'à la condition d'une mise en œuvre correcte et effective du droit de l'Union, la responsabilité de l'État membre étant alors appréciée selon une 'conception monolithique' de ce dernier »[1388]. En outre, l'exercice par les États membres de leurs compétences retenues ne conduit pas à laisser ces domaines hors du

---

[1385] LE GOAS S., Le rôle de la Cour de justice, précité.

[1386] CJCE, 2 juillet 1996, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-473/93, Rec. p. I-3207, pts 32-35.

[1387] CJUE, 17 juillet 2014, Torresi, ECLI:EU:C:2014:2088.

[1388] LEHMANN P.-E., Le respect de l'identité nationale des Etats membres, précité, p. 171.

champ d'application du droit de l'Union[1389]. Les compétences retenues évoquent les fonctions essentielles couvertes par la notion d'identité nationale que l'on trouve consacrée à l'article 4.2 TUE. Elles concernent les tâches collectives de l'État gérées en vue, notamment, d'assurer la cohésion sociale de sa population sur le territoire. Certes, le respect de l'identité nationale est opposable à l'Union européenne de sorte que l'on pourrait y voir l'instrument d'un « équilibre fédératif européen »[1390]. Son application juridictionnelle reste néanmoins *fonctionnelle* puisque la Cour de justice en fait un usage variable. De plus, en tant que *notion autonome* du droit de l'Union, c'est au juge de l'Union de délimiter les contours matériels de cette autonomie. Aussi, se distingue-t-elle de l'identité constitutionnelle, telle que les États membres et les Cours constitutionnelles nationales peuvent l'entendre.

585. Ainsi, dans un arrêt *Coman*, la Cour de justice a considéré que l'obligation pour un État membre de reconnaître un mariage homosexuel conclu dans un autre État membre conformément au droit de celui-ci, aux seules fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé à un ressortissant d'un État tiers, n'était pas, contrairement à ce que soutenait le gouvernement letton, susceptible de méconnaitre l'identité nationale de l'État concerné[1391]. L'avocat général ajoutait que même « s'il devait être considéré que la conception du mariage touche à l'identité nationale de certains États membres (…) l'obligation de respecter cette identité, qui figure à l'article 4, paragraphe 2, TUE, ne peut se lire indépendamment de l'obligation de coopération loyale inscrite au paragraphe 3 de la même disposition. Conformément à celle-ci, les États membres sont tenus d'assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union »[1392].

586. Un auteur comme C. Millon-Delsol avait prévenu, dès 1993, que l'Union européenne serait, avec le temps, nécessairement amenée à redéfinir ses compétences et que certaines compétences lui seraient transférées si l'incapacité des États et l'intérêt commun l'exigeaient. Or, soulignait-elle, dans une étude consacrée au principe subsidiarité, « étant donné la synergie qui pousse presque inéluctablement toute organisation de type fédératif à se centraliser, il serait dangereux de laisser en balance un bloc de compétences exclusives — celles de la Communauté — et un bloc de compétences partagées ou parallèles qui de par leur définition même, peuvent faire l'objet d'une discussion, quant à leur dévolution »[1393]. C'est

---

[1389] CONSTANTINESCO V.,La souveraineté est-elle soluble dans l'Union européenne ? », *L'Europe en Formation* 2013/2 (n° 368), p. 119-135.

[1390] LEHMANN P.-E., précité, p. 157.

[1391] CJUE, 5 juin 2018, Adrian Coman, aff. C-673/16., ECLI:EU:C:2018:385.

[1392] Conclusions de M. M. Wathelet présentées le 11 janvier 2018 sous l'affaire précitée.

[1393] MILLON-DELSOL C., Le principe de subsidiarité, Que sais-je ? 1993, p. 107.

pourquoi, dès cette époque, existaient des propositions allant dans le sens d'une énumération de la sphère des compétences des États membres[1394]. L'analyse de la jurisprudence montre qu'il n'existe presque plus de compétences exclusivement nationales puisque par le jeu de l'application du droit de l'Union, notamment celui des libertés de circulation, la Cour de justice tend à s'immiscer dans presque tous les domaines. L'arrêt *Rottmann*[1395] en témoigne car même si pour certains auteurs, la Cour de justice a respecté l'identité politique de l'Autriche en prenant en compte sa compétence exclusive en matière d'attribution et de retrait de la nationalité[1396], voire même selon J. Heymann reconnu un véritable « *State's right* »[1397], les autorités nationales ont été contraintes de respecter le droit de l'Union, notamment les exigences découlant du principe de proportionnalité. La Cour de justice a ainsi déclaré que « le fait qu'une matière ressortit à la compétence des États membres n'empêche pas que, dans des situations relevant du droit de l'Union, les règles nationales concernées doivent respecter ce dernier »[1398]. Notons que le juge de l'Union a imposé une telle obligation au juge national en ayant recours au mécanisme de la subsidiarité juridictionnelle.

587. En vertu de la jurisprudence *Rottmann,* confirmée récemment par l'arrêt *Tjebbes*[1399], un État membre peut légitimement vouloir protéger le rapport de solidarité et de loyauté entre lui-même et ses ressortissants ainsi que la réciprocité des droits et devoirs au fondement du lien de nationalité. Aussi peut-il retirer à un ressortissant sa nationalité, même si un tel retrait a pour conséquence la perte de la citoyenneté de l'Union. Cette conclusion de principe est néanmoins assortie d'une limite substantielle : la circonstance que le retrait de nationalité doit respecter le principe de proportionnalité « en ce qui concerne les conséquences qu'elle comporte sur la situation de la personne concernée au regard du droit de l'Union » en tenant « compte des conséquences éventuelles que cette décision emporte pour l'intéressé et, le cas échéant, pour les membres de sa famille en ce qui concerne la perte des droits dont jouit tout citoyen de l'Union »[1400]. Si dans ses conclusions sous l'affaire *Tjebbes*, l'avocat général tenait à souligner que l'Union a le devoir de respecter l'identité nationale des États membres « dont la composition de la communauté nationale constitue indubitablement un élément essentiel »

[1394] Rapport V. Giscard d'Estaing du 4 juillet 1990 au Parlement européen.

[1395] CJUE 2 mars 2010, *Rottmann, a* . C-135/08, Rec. I-1449.

[1396] LEHMANN P.-E., précité, p. 172.

[1397] J. Heymann a ainsi estimé qu'en admettant la justification de l'Autriche, la Cour place l'*identité nationale* au rang de *droit des États*, dont le respect est garanti par le traité. Voir : HEYMANN J., note sous l'arrêt Sayn-Wittgenstein, J.D.I., 2011, pp. 650 à 659.

[1398] Arrêt *Rottmann,* précité, pt. 21.

[1399]CJUE, 12 mars 2019, *Tjebbes e.a. contre Minister van Buitenlandse Zaken,* aff. C-221/17.

[1400] Pts 55 t 56 de l'arrêt Rottmann.

en laissant ces derniers définir librement les conditions d'acquisition et de perte de la nationalité, la Cour de justice n'a pas jugé utile d'y faire allusion.

588. L'on ajoutera, pour conclure, que contrairement à la Cour Suprême des États-Unis qui tend, ces dernières années, à moduler son intensité du contrôle de « proportionnalité » lorsque sont en cause les *States' rights*[1401], afin de prendre davantage en compte l'autonomie des États fédérés, la Cour de justice n'assimile pas la protection des supposés « droits fondamentaux des États » à celle des droits fondamentaux des individus. Il ressort de sa jurisprudence que l'examen de ce que l'on peut nommer la « proportionnalité fédérale » (article 5 TUE) ne se fait pas avec la même rigueur que celle qui est à l'oeuvre lors du contrôle de la « proportionnalité libérale », lorsque sont en cause des restrictions des droits et libertés fondamentaux des individus (Charte)[1402]. Il faut en conclure que pas davantage que le principe de subsidiarité, le respect de l'identité nationale n'est un « droit des États ».

Paragraphe 2. Le principe de reconnaissance mutuelle : une prise en compte timide de la diversité dans l'Union

589. Si le respect de l'identité nationale date, tout comme le principe de subsidiarité, du traité de Maastricht, la reconnaissance mutuelle est un principe bien plus ancien dans la mesure où il prend son origine, du moins tout son essor[1403], dans le célèbre arrêt *Cassis de Dijon* rendu le 20 février 1979[1404]. Il n'en demeure pas moins que la reconnaissance mutuelle est toujours d'actualité même si le principe revêt aujourd'hui une certaine complexité car son mécanisme se trouve au cœur de la réalisation de ces deux espaces normatifs que sont le marché intérieur, d'une part, et l'espace de liberté, de sécurité et de justice, d'autre part (ELSJ)[1405]. Dans les deux cas, le principe offre à la construction européenne la voie d'une intégration « différenciée » ou « différentielle », c'est-à-dire « une intégration ouverte au

---

[1401] Pour un exposé plus ample de la question : BERMANN G., '*Proportionality and subsidiarity*' in Barnard C. and J. Scott (eds) The Law of the Single European Market Unpacking the Premises (Hart Publishing 2002), pp. 75-99. Pour une critique de la position de la Cour Suprême : ZOLLER E. (2003) "Congruence and Proportionality for Congressional Enforcement Powers: Cosmetic Change or Velvet Revolution?," Indiana Law Journal: Vol. 78: Iss. 1, Article 14.

[1402] Voir l'analyse de cette question dans le chapitre I du titre I. Voir en ce sens l'affaire précitée Digital Rights.

[1403] L'analyse du droit dérivé de l'époque tend à montrer que des traces de ce principe existaient dans certaines directives. Par ailleurs, le Traité de Rome comportait, dès l'origine, des applications concrètes du principe de reconnaissance mutuelle, par exemple pour le droit d'établissement (art. 57) et pour la libre circulation des sociétés (art. 220). La jurisprudence a généralisé ce principe au marché intérieur.

[1404] CJCE, 20 février 1979, *Rewe Zentral AG*, Aff. 120/78.

[1405] Les conclusions du Conseil européen de Tampere ont étendu le champ d'application de la reconnaissance mutuelle à l'ELSJ : Conclusions du Conseil des 15 et 16 octobre 1999, suivies de la communication de la Commission du 26 juillet 2000 sur la reconnaissance mutuelle des décisions finales en matière pénales (COM [2000] 495).

pluralisme et qui apparaît de plus en plus comme la marche nécessaire de l'Union »[1406]. Ce pluralisme et cette diversité, dans l'intégration, même s'ils comportent fatalement des risques pour l'unité européenne sont devenus « une technique d'intégration nécessaire à la réalisation des objectifs de l'Union au regard de son hétérogénéité toujours croissante »[1407].

590. Dans une communication relative au marché intérieur, en date 16 juin 1999, la Commission européenne n'hésitait pas à présenter le principe de reconnaissance mutuelle comme un « puissant facteur d'intégration » s'inscrivant « dans le respect de la subsidiarité »[1408]. Pour une partie de la doctrine, l'application du principe de reconnaissance mutuelle en matière d'ELSJ semble, elle aussi, devoir se soumettre à cette « logique de subsidiarité » permettant d'articuler harmonisation négative et positive, confiance et résistance étatiques, de sorte que la reconnaissance mutuelle apparait comme « une méthode tout à fait conforme à la structure constitutionnelle d'une Union qui se présente comme respectueuse de l'identité nationale des États membres et des droits fondamentaux »[1409]. En effet, l'article 67 TFUE indique expressément que l'Union « constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice dans le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques des États membres ». Si cette disposition semble bien faire écho au principe de respect de l'identité nationale de l'article 4.2 TUE, il n'empêche que la réalité se révèle bien plus complexe. L'arrêt *Melloni*[1410] au coeur duquel se concentrent les enjeux de l'ELSJ relatifs aux droits fondamentaux, à l'identité nationale ainsi qu'à la primauté et l'effectivité du droit de l'Union est révélateur de l'extrême sensibilité de la matière, laquelle ne saurait être réduite à un prisme par trop simplificateur tel que nous nous proposons de l'aborder, à savoir la diversité. Aussi n'évoquerons-nous pas la question de la reconnaissance mutuelle dans le domaine de l'ELSJ afin de nous concentrer exclusivement sur le marché intérieur, domaine auquel la reconnaissance mutuelle se rattache naturellement et originellement[1411].

[1406] GUIOT F., Le principe de reconnaissance mutuelle : un mécanisme d'exception(s) multiscalaire au service d'une intégration différentielle, in CARPANO E., MARTI G. (dir.) – *L'exception en droit de l'Union européenne*. – Presses universitaires de Rennes, 2019. – 374 p.Droits européens (dir) .I. Bosse-Platière, C. Rapoport., p. 313-336.

[1407] CLERC O., *La gouvernance économique de l'Union européenne après établissement de la zone euro*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 10.

[1408] Communication de la Commission « La reconnaissance mutuelle dans le cadre du suivi du plan d'action pour le marché intérieur » (COM [1999] 299)

[1409] GUIOT F., Le principe de reconnaissance mutuelle, précité.

[1410] CJUE., 26 février 2013, *Stefano Melloni* et *Akerberg Fransson*, aff. C-399/11.

[1411] En tant que « mécanisme pluraliste », la reconnaissance mutuelle a pour vocation d'éviter le recours systématique à l'harmonisation positive, en matière de marché intérieur. De même, au sein de l'ELSJ, la reconnaissance mutuelle est permet de « maintenir l'unité tout en permettant aux choix éthiques et de société de chaque Etat membre de coexister ». *Ibid*.

591. En droit du marché, la reconnaissance mutuelle a été introduite par le truchement de la libre circulation des marchandises mais s'applique aujourd'hui aux services et aux personnes. En considérant comme équivalentes les différentes réglementations nationales, ce principe tend à favoriser la mise en oeuvre des libertés fondamentales par la concurrence normative, sur le marché intérieur, tout en évitant de recourir à une réglementation détaillée au niveau de l'Union européenne. À cet égard, il nous semble que la reconnaissance mutuelle qui se présente comme un instrument efficace au service de la diversité sur le marché pourrait, dans une logique de subsidiarité « descendante », orienter l'intégration européenne vers un « fédéralisme compétitif » en ce que ce principe favorise la concurrence ou la compétition des législations nationales dans le domaine de la fourniture des biens et des services. On a d'ailleurs souvent comparé le droit des sociétés américain à la mise en oeuvre de la liberté d'établissement en Europe dans le cadre de l'intégration négative. Outre les limites du modèle — que l'on pense à l'*effet Delaware* et son *race to the bottom* tant décrié— le fédéralisme compétitif est issu du modèle américain de mise en concurrence des normes par les opérateurs économiques. Or, il n'est pas évident que ce parallélisme soit toujours pertinent pour décrire la concurrence normative sur le marché européen même si l'on ne peut nier qu'une forme de fédéralisme compétitif y ait pris racine. En outre, le fédéralisme compétitif qui s'appuie sur les vertus de la décentralisation revêt, bien entendu, un aspect économique et donc nécessairement limité. Aussi ne permet-il pas de satisfaire pleinement l'exigence de diversité dans l'Union européenne dont la devise est, faut-il le rappeler, *In varietate concordia*[1412]. C'est la raison pour laquelle l'on estime que la prise en compte dans et par l'Union de la diversité est, à l'heure actuelle, encore timide. Après avoir montré la façon dont la reconnaissance mutuelle permet, dans une logique de subsidiarité, de préserver la diversité sur le marché intérieur (A) l'on évoquera la piste du fédéralisme compétitif, et les limites d'un tel modèle pour l'Union, à travers l'exemple de la liberté d'établissement (B).

A. La reconnaissance mutuelle au service de la diversité sur le marché

592. Bien qu'il soit un des principes fondamentaux du droit de l'Union dans le domaine des libertés de circulation, le principe de reconnaissance mutuelle n'apparaissait pas, dans sa

[1412] « Unie dans la diversité ». Notons que le traité de Lisbonne ne comporte plus d'articles mentionnant les symboles de l'Union. Par conséquent, cette devise ne figure pas non plus dans les traités. L'on peut néanmoins considérer que la devise « In varietate concordia » a un statut de facto tout comme « E pluribus unum » aux États-Unis. En ce sens : GUIRAUDON V., « La diversité en Europe : une évidence ? », *Raisons politiques*, vol. 35, no. 3, 2009, pp. 67-85. Ajoutons que les traités ne manquent pas de souligner que l'Union doit respecter et promouvoir la diversité de ses membres, tant sur le plan culturel que linguistique.

forme généralisée, dans les traités[1413]. C'est en matière de libre circulation des marchandises que la Cour de justice a pu, pour la première fois, consacrer ce principe mais de façon tout à fait implicite puisque l'expression « reconnaissance mutuelle » n'est apparue que plus tard dans sa jurisprudence. Dans l'arrêt *Cassis de Dijon*[1414], le juge s'est ainsi contenté d'annoncer qu'en l'absence de règles harmonisées au niveau de l'Union, le producteur de l'État membre d'origine n'est pas obligé de se conformer au droit de l'État membre d'accueil, si ses produits sont « légalement produits et commercialisés » dans l'État d'origine et sous la réserve que ces derniers soient équivalents à ceux désignés par la réglementation de l'État d'accueil[1415]. Dans ses arrêts plus récents, la Cour n'hésite plus à affirmer que l'article 34 relatif à l'interdiction des entraves à la libre circulation des marchandises « reflète l'obligation de respecter les principes de non-discrimination et de reconnaissance mutuelle des produits légalement fabriqués et commercialisés dans d'autres États membres, ainsi que celle d'assurer aux produits communautaires un libre accès aux marchés nationaux »[1416].

593. Il convient néanmoins d'indiquer plus clairement la façon dont un principe comme la reconnaissance mutuelle est susceptible d'introduire plus de « diversité » sur le marché tant les formules jurisprudentielles peuvent paraitre techniques ou abstraites pour le non-spécialiste du droit des libertés de circulation. De même qu'il importe de préciser les rapports qu'un tel principe entretient avec la subsidiarité de l'article 5.3 TUE. Cette clarification s'impose d'autant plus que l'arrêt *Cassis de Dijon* a été présenté comme s'inscrivant « dans la lignée de l'interprétation extensive de la formule de *Dassonville* visant à limiter et à contrôler, grâce au critère de la non-discrimination, la création artificielle de coûts d'efficience sans que les bénéfices actuels ou potentiels n'excèdent ces coûts »[1417]. En effet, l'arrêt *Cassis*, riche en nouveautés — que l'on pense à la création prétorienne de la catégorie des « exigences

---

[1413] Tout au plus pouvait-on déceler dans le droit primaire des applications spécifiques de ce principe. Ainsi le traité de Rome prévoyait, dès l'origine, des formes concrètes de reconnaissance mutuelle, en matière de droit d'établissement (article 57) et de libre circulation des sociétés (article 220).

[1414] CJCE., 20 février 1979, « Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein », aff. 120/78, Rec., p. 649.

[1415] Au point 14 de cet arrêt, la Cour relève que l'exigence allemande d'une teneur alcoométrique minimum pour la commercialisation de boissons spiritueuses constitue une entrave à la libre circulation des marchandises dans la mesure où il n'y a « aucun motif valable d'empêcher que des boissons alcoolisées, à condition qu'elles soient légalement produites et commercialisées dans l'un des États membres, soient introduites dans tout autre État membre sans que puisse être opposée, à l'écoulement de ces produits, une prohibition légale de commercialiser des boissons comportant un degré d'alcoolisation inférieur à la limite déterminée par la réglementation nationale ».

[1416] CJUE, 10 février 2009, *Commission c/ Italie,* aff. C-110/05, pt 34. Nous soulignons.

[1417] PORTUESE A., Le principe d'efficience, p. 332. L'auteur conteste le fait que l'arrêt Cassis ait consacré un principe jurisprudentiel de reconnaissance mutuelle. Il y voit une construction doctrinale. Nous ne partageons pas cet avis dans la mesure où la Cour de justice mentionne clairement ce principe dans ses arrêts plus récents.

impératives » — ne va pas sans paradoxes apparents puisqu'il a pu être considéré comme une étape supplémentaire de la jurisprudence extensive de la Cour de justice visant à restreindre davantage le pouvoir réglementaire des États membres. Il est vrai qu'en étendant son contrôle de l'entrave aux réglementations non discriminatoires ou protectionniste (indistinctement applicable), le juge communautaire semblait empiéter toujours plus sur l'autonomie des législateurs nationaux[1418]. Dès lors, comment la jurisprudence *Cassis* pourrait-elle, de quelque façon que ce soit, être rattachée à la subsidiarité descendante ? En réalité, c'est la Commission qui va conférer à la reconnaissance mutuelle toute sa richesse conceptuelle en se faisant, grâce à cet instrument d'intégration négative, le chantre d'une « nouvelle approche » du marché intérieur. Cette nouvelle approche qui se fonde très largement sur la reconnaissance mutuelle se veut précisément plus respectueuse de la diversité sur le marché.

594. Ainsi dans une lettre publique adressée aux États membres, au Parlement européen et au Conseil[1419], tout en s'alarmant du fait que la libre circulation des marchandises fait l'objet d'un nombre croissant de restrictions, la Commission se félicite de l'arrêt *Cassis de Dijon*, rendu récemment par la Cour, lequel, prétend-elle, lui offre de nouvelles « orientations interprétatives » en ce qui concerne les réglementations nationales, techniques et commerciales, susceptibles d'entraver les échanges. Ainsi la Commission souligne que si les États peuvent, en ce qui concerne leur propre production et en l'absence d'harmonisation, réglementer les conditions de commercialisation des produits, « il en est autrement s'il s'agit de produits importés des autres États membres » puisque tout produit importé doit être admis sur le territoire de l'État importateur, « s'il est légalement fabriqué, c'est-à-dire s'il est conforme à la réglementation et aux procédés de fabrication loyaux et traditionnels du pays d'exportation, et commercialisé sur le territoire de ce dernier »[1420]. Certes, des dérogations à ce principe sont permises mais seulement dans des conditions « très strictes » car les obstacles résultant de la disparité législative ne peuvent être acceptés que si ces mesures sont nécessaires et qu'elles poursuivent un but d'intérêt général « impératif ». Cette nouvelle orientation conduit la Commission à revoir son approche de l'harmonisation puisqu'elle entend désormais « centrer son activité sur des secteurs prioritaires en fonction de leur intérêt

---

[1418] C'est d'ailleurs ce qui différencie, de façon schématique, l'approche de la Cour de justice de celle de la Cour suprême en matière de contrôle de l'entrave dans le domaine de l'intégration négative. En effet, si la première a dépassé le critère de la non-discrimination grâce à une logique plus fonctionnelle que fédérale, la seconde, plus soucieuse de respecter l'autonomie réglementaire des Etats fédérés, se montre réticente à embrasser un tel critère. Aussi se fonde-t-elle essentiellement sur la prohibition du protectionnisme. Voir plus haut, section I.

[1419] Communication de la Commission sur les suites de l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, le 20 février 1979, dans l'affaire 120-78 (Cassis de Dijon) Journal officiel n° C 256 du 03/10/1980 p. 0002 - 0003

[1420] *Ibid.*

économique pour la réalisation du marché intérieur ». Cinq ans plus tard, dans un Livre blanc consacré à l'achèvement du marché intérieur[1421], la Commission explicitera de façon plus détaillée cette nouvelle approche en affirmant « délaisser la notion d'harmonisation au profit de la notion de reconnaissance mutuelle et d'équivalence ». Estimant que l'harmonisation a constitué la pierre angulaire de la Communauté au cours des 25 premières années de son existence, la Commission souligne que cette méthode laborieuse présente désormais trop d'inconvénients et « qu'un marché commun authentique ne peut être réalisé pour 1992 si la Communauté se borne à appliquer l'article 100 du traité CEE »[1422]. Aussi l'importance de cet instrument de rapprochement des législations devra-t-elle diminuer au profit d'autres stratégies, comme la reconnaissance mutuelle. Il s'agissait d'écarter le risque d'une uniformisation législative basée sur l'ex-article 100 CEE (article 94 CE, 114 TFUE).

595. Cette logique sera réaffirmée, en des termes encore plus clairs, dans une Communication de 1999, c'est-à-dire après la consécration du principe de subsidiarité par le traité de Maastricht[1423]. La Commission y affirme tout d'abord que « la reconnaissance mutuelle est un puissant facteur d'intégration économique qui s'inscrit dans le respect de la subsidiarité ». Elle indique, plus précisément, qu' « en évitant la mise en place systématique d'une réglementation détaillée au niveau communautaire, la reconnaissance mutuelle assure un plus grand respect des traditions locales, régionales et nationales et permet de maintenir la diversité des produits et des services qui pénètrent les marchés ». La Commission y voit là une « application dynamique de la subsidiarité ». Enfin, elle rappelle que l'harmonisation, dans certains domaines particuliers, doit s'opérer dans le respect du principe de subsidiarité, c'est-à-dire « intervenir lorsque elle est considérée nécessaire, par exemple lorsque tous les efforts destinés à appliquer la reconnaissance mutuelle n'ont pas été couronnés de succès et dans les cas où l'intervention communautaire apporte une valeur ajoutée. Il convient, pour chaque cas, d'examiner notamment quel est le coût économique de l'absence d'harmonisation dans le domaine donné ». Il apparait ainsi clairement que la reconnaissance mutuelle est, sinon l'expression même de la subsidiarité descendante, un « allié » de ce principe en ce qu'il permet de limiter l'intervention du législateur au profit des initiatives nationales, sans que ces

---

[1421] Commission des Communautés européennes. L'achèvement du marché intérieur, Livre blanc de la Commission à l'intention du Conseil européen. Bruxelles: Juin 1985. 54 p.

[1422] *Ibid*.

[1423] Communication de la Commission « La reconnaissance mutuelle dans le cadre du suivi du plan d'action pour le marché intérieur » (COM [1999] 299), qui sera accompagnée d'une résolution du Conseil du 28 octobre 1999 sur la reconnaissance mutuelle (JO n° C 141 du 19/05/2000 p. 5).

dernières n'interfèrent avec les règles de la libre circulation des marchandises[1424]. En effet, la mise en avant de la reconnaissance mutuelle, par la Cour puis par la Commission, s'analyse comme une « prise de conscience de la part du législateur des limites de l'harmonisation »[1425]. Une politique trop légaliste de l'Union européenne ne peut que mener à des impasses ou des dérives dans la mesure où à vouloir trop harmoniser, cette dernière s'est souvent retrouvée paralysée par « l'entêtement des États à vouloir imposer leurs conceptions et leurs échelles de valeurs » tandis que « la multiplication des directives ne parvenait pas à effacer les disparités nationales aggravées par la prolifération des normes nationales »[1426].

596. La reconnaissance mutuelle constitue une application particulièrement efficace de la subsidiarité descendante dans la mesure où elle se présente comme un moyen de préserver la diversité dans l'Union tout en favorisant l'intégration dans la mesure où elle renforce les libertés de circulation. Cette méthode offre ainsi l'avantage de respecter et d'articuler la diversité des traditions juridiques nationales en Europe. Elle révèle, enfin, un changement de paradigme de l'intégration dans la mesure où la diversité législative n'est plus nécessairement perçue comme une « disparité » susceptible d'entraver le bon fonctionnement du marché. En effet, la diversité des choix nationaux, sociaux ou économiques, est désormais vue comme le moteur même de l'intégration. C'est pourquoi certains auteurs n'ont pas hésité à y voir un « outil de développement d'une *démoicratie* européenne fondée sur la mise en relation des traditions démocratiques des États membre plutôt que sur leur dissolution au sein d'une démocratie européenne unique régentée par un *super Etat européen* »[1427] . La reconnaissance mutuelle et la subsidiarité sont ainsi à la base d'une « nouvelle culture » européenne dans laquelle l'intervention du législateur de l'Union est conditionnée par l'insuffisance d'une action au niveau national. Aussi, les directives fondées sur cette « nouvelle approche » doivent désormais se concentrer sur les exigences essentielles, comme la protection de la santé ou la sécurité, et s'abstenir d'imposer des règles techniques détaillées afin d'éviter toute « inflation législative »[1428]. C'est en ce sens que doivent être compris les propos de A. Mattera selon qui la reconnaissance mutuelle a permis de « sonner le glas d'une conception harmonisatrice qui régnait dans le passé et risquait de transformer la Communauté en une sorte de rouleau compresseur uniformisant et harmonisateur ou, pire encore, en un État-

---

[1424] HEMON J., Le rôle de la Cour de justice de l'Union européenne dans le processus de constitution et d'évolution du marché intérieur des marchandises, Université de Rennes, 2015, p. 477., p. 53.

[1425] *Ibid*.

[1426] *Ibid*.

[1427] LEBOEUF L., *Le droit européen de l'asile au défi de la confiance mutuelle*, Anthemis, Limal, 2016, p. 25-26.

[1428] HEMON J., Le rôle de la Cour de Justice, précité, p. 55.

providence manifestant des prétentions interventionnistes et une activité boulimique qui relevait davantage d'un perfectionnement technique que du souci de servir le citoyen »[1429].

597. Le principe de la reconnaissance mutuelle ne se borne pas à la libre circulation des marchandises — même si c'est en ce domaine qu'il s'est le mieux exprimé — car il s'applique aussi aux services et aux personnes. En matière de services, il ressort de l'analyse de la jurisprudence que ce principe figurait déjà en germe dans l'arrêt *Van Binsbergen*[1430]. De nombreuses directives ont par ailleurs étaient adoptées pour appliquer le principe dans des secteurs comme les services financiers, les établissements de crédit, les activités de radiodiffusion télévisuelle, le commerce et signatures électroniques, les télécommunications. L'harmonisation sur laquelle s'appuient la plupart de ces directives est, comme il se doit, limitée[1431]. Comme l'indique la Commission dans sa communication de 1999, un opérateur prestant un service de manière légale dans un État membre doit pouvoir librement prester le même service dans les autres États membres de sorte que l'État de destination « ne peut s'opposer à une prestation qui serait légalement fournie par le prestataire dans un autre État membre »[1432]. En matière de liberté d'établissement, la Cour de justice considère que « des conditions nationales de qualification même appliquées sans discrimination tenant à la nationalité peuvent avoir pour effet d'entraver l'exercice, par les ressortissants des autres États membres, du droit d'établissement ».Tel pourrait être le cas si les règles nationales « faisaient abstraction des connaissances et qualifications déjà acquises par l'intéressé dans un autre État membre »[1433]. Il s'ensuit qu'il incombe aux États de prendre en compte les diplômes que les citoyens ont pu acquérir dans un autre État membre en procédant à une comparaison entre les compétences attestées par ces diplômes et les qualifications exigées par leur droit. C'est, précisément, dans le domaine de la liberté d'établissement que l'instrument du fédéralisme compétitif a pu se révéler à la faveur de l'application du principe de reconnaissance mutuelle.

[1429] MATTERA A., Editorial, Revue du Marché de l'Union Européenne, 2 :1998, sp.p. 12.

[1430] CJCE, 3 décembre 1974, *Van Binsbergen*, aff. 33/74, Rec. p. 1299. En l'espèce, la Cour a estimé que la législation qui subordonnait l'exercice de la profession des mandataires de justice à une obligation de résidence permanente sur le territoire national constituait une entrave à la libre prestation. Une telle restriction n'était admissible qu'à condition d'être objectivement nécessaire. La Cour dépassait donc le critère de la discrimination dans son analyse de l'entrave à l'instar Cassis.

[1431] HATZOPOULOS V., « Le principe de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation des services », CDE, n° 1-2, 2010, p. 47.

[1432] Communication de la Commission européenne au Conseil et au Parlement européen du 16 juin 1999, La reconnaissance mutuelle dans le cadre du suivi du Plan d'action pour le Marché intérieur, COM(1999) 299 final.

[1433] CJCE., 7 mai 1991, *Vlassopoulou*, aff. C-340/89, Rec., p. I-2357., pt 15.

B. Vers un « fédéralisme compétitif » dans l'Union européenne : les limites du modèle à travers l'exemple de la liberté d'établissement

598. La pensée *économique* du droit de laquelle se revendiquent les tenants du « fédéralisme compétitif » a eu une influence décisive sur la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis en matière d'intégration négative[1434]. Cela se ressent tout particulièrement dans la façon dont le juge américain contrôle les réglementations des États fédérés au regard de la Clause de commerce. Ce dernier n'a en effet pas été insensible aux analyses plaidant en faveur d'une forte décentralisation du droit dans la mesure où de nombreux auteurs considèrent que « la diversité des législations, associée à une concurrence réglementaire ayant pour effet de discipliner les législateurs étatiques » est « économiquement préférable à une uniformisation du droit par le législateur fédéral »[1435]. La question qui dès lors s'impose est celle de l'influence de ce modèle sur la jurisprudence de la Cour de justice et des enseignements que l'Europe peut tirer de la subsidiarité à l'américaine[1436]. Le fédéralisme compétitif est-il possible ou même souhaitable ?

599. Afin d'examiner plus en avant cette question, sans toutefois en livrer une analyse exhaustive, il importe de s'arrêter un instant sur la terminologie que la doctrine semble privilégier. À cet égard, la diversité des expressions employées par nos auteurs est révélatrice de l'absence d'une terminologie consacrée en France en un domaine encore délaissé par les juristes[1437]. L'on relèvera que nos concepts de concurrence normative/régulatrice/législative et de fédéralisme compétitif font tous écho au *regulatory competition* et *competitive federalism* des anglo-saxons. Ces formules ont pour objet de mettre en avant le processus par lequel les autorités publiques élaborent des normes juridiques en fonction des demandes et préférences des destinataires de ces réglementations (personnes privées, physiques ou morales) tout en prenant en compte celles, concurrentes, des autres autorités.

1434 TIEBOUT C., "A pure theory of local expenditures", JPE, 1956, p. 416 ; T. R. DYE, American Federalism: Competition Among Governments, Lexington Books, 1990, p. 14; DORF M. and SABEL C., "A Constitution of Democratic Experimentalism", Colum. L. Rev, 1998, vol. 98, p. 267.

1435 JEANNE A., L'intégration négative, précité, p. 543.

1436 HECKLY C., OBERKAMPF E., La subsidiarité à l'américaine : quels *enseignements pour l'Europe ?,* Paris, l'Harmattan, 1994, 197 p.

1437 Pour S. Barbou Des Places, cela démontre « la rareté, voire l'absence de débats sur cette question en doctrine française en dehors de la discipline économique » : BARBOU DES PLACES, Contribution(s) du modele de concurrence régulatrice à l'analyse des modes et niveaux de régulation. Revue française d'administration publique, ENA, 2004, pp.37 - 48. Il existe toutefois des exceptions : SALAH M., « La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux. Réflexions sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation », *Revue internationale de droit économique*, vol. 3,2001, p. 266. Dans le domaine qui nous intéressera ici : LAZZAROTTO P., La concurrence normative et la liberté d'établissement des personnes morales, Mémoire sous la direction de BOUVERESSE A., Strasbourg, 2018.

600. Le fédéralisme compétitif, né aux États-Unis, est issu de la pensée d'économistes qui, inspirés par la pensée de Tiebout[1438], tentaient de façon très pragmatique de répondre à la question « qui des États fédérés ou de la fédération est plus efficace pour réglementer ? ». Inutile d'indiquer qu'il s'agit de la question à laquelle le principe de subsidiarité de l'article 5.3 TUE tente précisément de répondre. Les tenants du fédéralisme compétitif s'inscrivent résolument dans une logique de subsidiarité descendante dans la mesure où ils prônent les vertus de la décentralisation et l'absence de toute intervention de l'autorité centrale (harmonisation). En effet, cette « économie de la subsidiarité » affirme que des gains d'efficience peuvent être dégagés d'une décentralisation juridique, à moins que des critères économiques justifient davantage de centralisation. Cette justification repose sur la circonstance que les biens publics seront mieux pourvus au niveau local (étatique) qu'au niveau central/fédéral. Ainsi, dans le modèle du fédéralisme fiscal de Tiebout, la concurrence entre les juridictions conduit à l'efficience économique des politiques étatiques « en cela que les biens publics sont pourvus à hauteur de ce pour quoi les consommateurs/citoyens sont disposés à payer »[1439]. Il importe de préciser qu'une telle concurrence, décentralisée, impliquera une course au moins disant (*race-to-the-bottom)* ou au mieux disant (*race-to-the-top*), mais toujours vers davantage d'efficience (*race-to- efficiency*)[1440].

601. Cette approche « économique » de la régulation et de la question de la détermination du niveau le plus efficace pour agir (subsidiarité) ne pouvait que séduire en Europe dans la mesure où elle propose une méthode claire pour identifier le niveau optimal de la régulation[1441]. Le modèle du fédéralisme compétitif a donc été accueilli favorablement par une partie de la doctrine car il suggère une lecture simple de la subsidiarité[1442] : « l'action communautaire se justifie quand la concurrence entre les systèmes juridiques des États membres est inefficace économiquement, *i.e*. quand on observe la création d'externalités non internalisées et/ou un nivellement vers le bas. Ces situations étant identifiables et

---

1438 TIEBOUT C., « A Pure Theory of Local Expenditures », *Journal of Political Economy*, vol. 64, 1956, pp. 416-424. Selon ces auteurs, Tiebout aurait posé les bases du « fiscal federalism ».

1439 PORTUESE A., Le principe d'efficience, précité, p. 124.

1440 *Ibid*.

1441 Sur l'influence du modèle dans l'Union : DEAKIN S., "Two Types of Regulatory Competition: Competitive Federalism versus Reflexive Harmonization. A Law and Economics Perspective on Centros", CYELS, 2000, p. 231, ;MEIER-SCHATZ C., "American Legal Harmonization from a European Perspective", in R. BUXBAUM, G. HERTIG, A. HIRSCH and K. HOPT (eds.), European Business Law – Legal and Economic Analyses on Integration and Harmonization, W. de Gruyter, 1991, p. 61 ; REICH N?, "Competition Between Legal Orders: A New Paradigm of EC Law?", CML Rev., vol. 29, 1992, p. 861 ; DUPONT- DOBRZYNSKI M., « Les fondements micro-économiques du fédéralisme », in ALLAIN A., DUPONT M. et HEARN M.(ed.), Les Fédéralismes, Actes du Colloque tenu à Lille, 1996, p. 59 ;

1442 BARBOU DES PLACES, Contribution(s) du modele de concurrence régulatrice, précité.

démontrables, le principe de subsidiarité pouvait prendre substance dans le système communautaire et ne plus être relégué à la qualification de principe politique abstrait »[1443]. Ainsi, l'idée « fondatrice du fédéralisme » selon laquelle la concurrence normative stimulerait l'expérimentation locale, de sorte que chaque État aurait vocation à servir de 'laboratoire' normatif pour les autres trouve sa justification, en Europe, dans une préférence analogue en faveur de la décentralisation par le biais du principe de subsidiarité[1444]. Dans ce modèle, la question de la diversité n'est plus un obstacle à l'intégration, tout au contraire, elle en est le moteur puisqu'elle déclenche la dynamique de la concurrence entre les législateurs nationaux et laisse l'arbitrage aux mains (et aux pieds) des destinataires de ces législations, opérateurs économiques et consommateurs-électeurs à la faveur d'une grande mobilité de ces derniers. Le fédéralisme compétitif est particulièrement séduisant parce qu'il se présente comme un instrument efficace de l'intégration négative, tout particulièrement dans les domaines dans lesquels le législateur de l'Union ne souhaite pas, ou ne peut pas, intervenir. Il est ainsi un remède aux limites de l'intégration positive. Dans cette optique, la reconnaissance mutuelle revêt une importance majeure car elle permet de mettre en concurrence les réglementations des États membres dans le cadre de la fourniture transnationale des marchandises et des services[1445]. Aussi la compétition entre législateurs devient-elle un des rouages du bon fonctionnement du marché intérieur. Dans une logique de subsidiarité descendante, la diversité des choix étatiques dans le domaine économique ou social et la disparité législative qui en résulte ne sont plus perçus comme des menaces pour l'intégration mais des moteurs tout aussi efficaces, sinon plus, que l'harmonisation.

602. L'on ne peut manquer de mentionner, à cet égard, le droit des sociétés, tant américain qu'européen. En effet, les travaux portant sur le fédéralisme compétitif citent souvent le droit des sociétés pour illustrer la façon dont un État fédéré (l'État du Delaware) a réussi, à la faveur d'une législation fiscale plus que clémente, à instaurer un cadre juridique particulièrement efficace pour inciter l'immatriculation des sociétés sous sa juridiction. Cette réalité est la conséquence de l'arrêt *Paul v. Virginia*[1446] aux termes duquel la Cour suprême a posé le principe selon lequel une société valablement constitué dans l'État de son choix doit pouvoir être reconnue dans toutes les autres juridictions des États fédérés. Si l'on reconnait dans cette décision les fondements d'une reconnaissance mutuelle des sociétés, l'on y décèle

---

[1443] *Ibid*.

[1444] MUIR WATT, H. : Aspects économiques du droit international privé (Réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions), 25-384.

[1445] BARNARD C. and DEAKIN S. (2002) 'Market access and regulatory competition' in C. Barnard and J. Scott (eds.) *The Law of the Single Market: Unpacking the Premises*, Oxford: Hart.

[1446] *Paul v. Virginia*, 75 U.S. (8 Wall.) 168 (1869).

aussi, en germe, l'incitation à la concurrence normative entre législateurs pour accueillir sur leur territoire l'immatriculation de sociétés qui exerceront leurs activités sur l'ensemble du territoire fédéral[1447]. C'est ce que l'histoire à retenu sous le nom de syndrome *Delaware* et du sulfureux « race to the bottom » qui lui est généralement associé.

603. En ce qui concerne le droit européen des sociétés, l'analyse de la jurisprudence permet d'affirmer que la Cour de justice a su, d'une façon similaire, organiser une forme de fédéralisme compétitif permettant de réaliser l'intégration, en l'absence d'adoption par le législateur d'instruments normatifs. À la faveur de litiges apparus dans le domaine de la libre circulation des personnes morales, et faute d'harmonisation en la matière, la Cour a su confronter les offres normatives étatiques sur le marché et en contrôler la qualité. Cette stratégie est passée par l'affirmation des principes de l'effet direct de sorte à rendre les opérateurs « acteurs de leur propre droit » et, bien entendu, par la reconnaissance du principe de reconnaissance mutuelle des sociétés[1448]. Ces deux principes ayant permis d'acter une « subjectivisation des traités au service de la mise en oeuvre d'un fédéralisme compétitif global »[1449]. Ainsi que le relève P. Lazzarotto, en mettant en oeuvre le fédéralisme compétitif en matière de liberté d'établissement, la Cour a permis de réaliser une « intégration élaborée »[1450] tant sur le plan chronologique (dans la mesure où elle a débuté son interprétation bien avant le législateur européen) que qualitatif (les solutions qu'elle a dégagées apparaissant plus audacieuses que celles mises en place par le législateur)[1451]. Par le biais du libre choix de la loi applicable, la Cour de justice permet, et impose, le jeu de la concurrence normative entre les États membres. Au regard de la diversité législative en matière de *lex societatis,* le choix de la loi confère à la société constituée conformément à la législation d'un autre État membre « un avantage compétitif » que le juge entend sauvegarder au nom de la liberté d'établissement, encourageant ainsi la concurrence des droits nationaux

---

[1447] LAZZAROTTO P., La concurrence normative, précité, p. 48.

[1448] Si les Etats membres sont libres d'établir les modalités de leurs système de rattachement, l'État membre d'accueil est tenu de respecter le principe de reconnaissance mutuelle des sociétés. Dans l'arrêt *Überseering* la Cour indique qu'une société constituée conformément à la législation d'un État membre conserve sa personnalité juridique dans l'État de constitution, même si elle transfère son siège effectif dans un autre État. CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering*, aff. C-208/00. Dans les arrêts *Centros* et *Inspire Art*, la Cour adopte une jurisprudence restrictive à l'égard des États membres qui ont adopté le critère du siège réel. Ces derniers ne peuvent restreindre la liberté d'établissement en faisant valoir leur critère de rattachement :CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97, *Rec.,* p. 1459 ; CJCE,,30 septembre 2003, *Inspire Art Ltd*, aff. C-167/01, *Rec.,* p. 10155.

[1449] *Ibid*., p. 31.

[1450] *Ibid*.

[1451] *Ibid*. Bornons-nous à mentionner l'échec de la société privée européenne ou le fait que la société européenne ne peut réaliser une dissociation entre son siège réel et son siège statutaire, alors même que la Cour a validé cette hypothèse, sous certaines conditions, dans son arrêt Centros précité.

et l'accélération de l'intégration du marché intérieur[1452]. Ce paradoxe qui postule « l'intégration par la concurrence et donc la diversité, s'explique par l'idée même de la reconnaissance mutuelle des sociétés » qui signifie que « chaque État membre accepte de tenir le droit des autres comme étant parfaitement équivalents au sien »[1453].

604. Néanmoins, le modèle du fédéralisme compétitif se heurte à certaines limites sur lesquelles il nous faut insister. Au-delà du fait que les orientations du législateur ne s'inscrivent pas toujours dans la jurisprudence[1454], tant en ce qui concerne la théorie du siège réel que la protection du capital social et la participation des salariés[1455], la diversité des législations constitue, malgré tout, un obstacle persistant pour l'intégration. À cet égard, la survivance de la théorie du siège réel se révèle être une limite indépassable au marché de l'incorporation et à la réalisation effective du fédéralisme compétitif[1456]. En outre, s'il est incontestable que le fédéralisme compétitif a permis l'intégration négative sur le marché intérieur de la norme, dans le domaine de la liberté d'établissement, cette affirmation doit être nuancée, au regard de la jurisprudence globale de la Cour, car dans certains domaines comme la matière fiscale, la position du juge est plus modéré : aussi est-il permis de questionner la viabilité de ce modèle[1457]. Ajoutons que la reconnaissance mutuelle, même si on l'oppose en tant que méthode à l'harmonisation, n'exclut pas le rapprochement des législations nationales.

605. En conclusion, si une forme de fédéralisme compétitif peut se concevoir sur le marché de l'Union, à la faveur de l'action conjuguée des libertés de circulation et de la subsidiarité, il n'en demeure pas moins qu'un modèle tiré de l'analyse économique du fédéralisme américain trouve ses limites dans l'Union en raison des contextes, américain et européen, sensiblement différents. Ce modèle qui semble avoir été construit spécifiquement pour étudier la vie

---

[1452] MUIR WATT, H. : Aspects économiques du droit international privé (Réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions), 25-384.

[1453] *Ibid*.

[1454] Voir la question du statut de la société européenne.

[1455] *Ibid*. Voir aussi : MENJUCQ M., «Rattachement de la société européenne et jurispru- dence communautaire sur la liberté d'établissement», *D. aff*., 2003, p. 2874;

[1456] Sur la question de la persistance du critère du siège réel en tant qu'obstacle à l'émergence d'un marché de l'incorporation voir l'arrêt *Polbud* et l'analyse de P. Lazzarotto. L'auteur estime que « la subjectivisation de la liberté d'établissement pour permettre à l'opérateur économique de se saisir de l'offre normative de son choix, se développe dans toutes les composantes de la liberté d'établissement. Mais le critère du siège réel, bien qu'une nouvelle fois amoindri, n'en demeure toujours pas moins en place. Les Etats membres pourront en effet continuer à recourir à un tel critère de rattachement mais ils ne pourront pas empêcher une société de changer de lex societatis applicable, d'optimiser le choix de la loi, tout en exerçant sur leur territoire toutes leurs activités ». Aussi « l'obstacle peut bien demeurer, il n'en est plus un ». L'auteure invite à dépasser ce modèle. LAZZAROTTO P., La concurrence normative, précité, p. 61.

[1457] LAZAROTTO P., La concurrence normative, précité, p. 48.

fédérale des États-Unis[1458], sous l'angle de la répartition des compétences telle qu'elle résulte de la constitution américaine, ne saurait rendre compte des particularités et de la complexité de l'intégration européenne. Les rapports que l'intégration négative entretient avec l'intégration positive sur le marché américain et sur le marché européen ne sont pas identiques, le législateur européen étant plus limité que le législateur fédéral pour des raisons tenant à la structure (non étatique) de l'Union[1459]. En outre, il apparait que les effets qui lui sont attachés, bien que caricaturés (*« race to the bottom »*) ne sont pas souhaitables pour celle-ci[1460]. Quant à la question de la diversité dans le modèle du fédéralisme compétitif, cette dernière n'apparait pas tant comme une valeur intrinsèque à la « Fédération européenne » qu'il faudrait préserver, qu'un simple moyen — parmi d'autres — permettant de réaliser efficacement l'intégration. Cette conception économique et instrumentale de la diversité ne saurait satisfaire les tenants d'un fédéralisme européen. Le fédéralisme compétitif ne se présente donc pas comme un objectif de l'Union mais comme un « instrument » de l'intégration (négative). Aussi n'a-t-il de fédéral que le nom. Le succès relatif dont ce modèle a pu faire l'objet, peut-être davantage chez les économistes que les juristes, s'explique, nous semble-t-il, par la logique fonctionnaliste propre à l'Union qui tend à instrumentaliser, dans le sens de la réalisation du marché, les outils qui se présentent à elle.

1458 *Ibid.*, p. 10.

1459 Aussi la Cour de justice apparait-elle nécessairement plus interventionniste que la Cour suprême lorsqu'il s'agit de dépasser, pour la première, les limites inhérentes aux dispositions des traités et du droit dérivé, ou, à l'inverse, moins audacieuse en raison d'une absence de compétence de l'Union ou d'un blocage au niveau des Etats membres.

1460 En réalité, pour ce qui concerne le cas Delaware, l'attractivité de cet Etat ne s'est pas accompagné d'une décentralisation totale puisque le législateur fédéral a fait usage de sa compétence normative pour réglementer certains aspect. DEAKIN S., (2006), 'Legal Diversity and Regulatory Competition: Which model for Europe?', European Law Journal, vol.12, No. 4 at 453-4.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

606. Le fédéralisme qui repose sur une dialectique permanente entre les pressions centralisatrice et décentralisatrice[1461] implique de faire jouer la dynamique bi-directionnelle du principe de subsidiarité dans les deux sens. Cette méthode est le seul moyen d'atteindre un équilibre fédéral. Force est néanmoins de constater que la dimension décentralisatrice est, à l'heure actuelle, largement absente de la jurisprudence de la Cour de justice. Dans la mesure où les virtualités centrifuges de la subsidiarité de l'article 5.3 TUE sont, sur le plan formel, insuffisamment exploitées par la Cour de justice, il importe d'examiner de façon plus empirique si un tel principe ne trouve pas à s'exprimer, d'une manière plus tacite ou indirecte, dans ses arrêts. Il s'agit, en d'autres termes, de rechercher si malgré l'évitement juridictionnel dont fait l'objet le principe de subsidiarité, la Cour assume son rôle d'arbitre fédéral. Nous avons vu que la période p*ost-Maastricht* a incité le juge à plus d'introspection. Sa jurisprudence, perçue comme envahissante, a connu à cette époque un certain reflux plus favorable aux États. Cela s'est traduit par des infléchissements voire des revirements jurisprudentiels, sans que le terme « subsidiarité » n'apparaisse dans les arrêts. Il nous semble toutefois que le souci d'un partage plus équilibré des compétences, qui a guidé la Cour dans le contexte de l'entrée en vigueur et de la ratification du traité de Maastricht, est à mettre au crédit de la consécration du principe de subsidiarité, ne serait-ce que parce que ce principe, de par son champ d'application, tend à rappeler l'importance des compétences « partagées ». Les avis 1/94, 2/92, 2/94, les arrêts *Keck, Schindler* ou encore la décision, plus tardive certes, *Allemagne c/Commission* attestent de cette prise de conscience survenue tant sur le plan de l'intégration négative que positive, suite à l'introduction de la subsidiarité dans le droit primaire. Qu'il s'agisse du contrôle de l'action du législateur européen ou de l'appréhension des réglementations étatiques susceptibles d'entraver les libertés de circulation, la Cour de justice tend à montrer un plus grand respect à l'égard des compétences étatiques.

607. Pour finir, dans un souci non d'exhaustivité mais d'honnêteté, il nous a semblé nécessaire d'évoquer les pistes de l'identité nationale et de la reconnaissance mutuelle dans la mesure où ces principes sont tous deux rattachés à la subsidiarité. Ne permettraient-ils pas de mettre en oeuvre, fût-ce de façon indirecte, la subsidiarité descendante et favoriser ainsi une forme de fédéralisme dans l'Union européenne ? Nous nous sommes donc attachés à examiner si un principe comme le respect de l'identité nationale était susceptible de préserver efficacement l'autonomie nationale. Il nous semble, après examen, que malgré quelques arrêts

---

[1461] FRIEDRICH C., « Zum gegenwärtigen Stand des Föderalismus in den Vereinigten Staaten » in Jahrbuch des Öffentlichen Rechts, n°23, 1936, p. 343-375.

encourageants, la Cour de justice se montre très réticente à investir un tel principe, ce qui ne permet pas de valider pour l'heure l'hypothèse d'une Fédération plurinationale. Quant à la reconnaissance mutuelle, il apparait que la diversité que ce principe prétend mettre en avant se limite surtout à un instrument d'intégration. Aussi le fédéralisme compétitif que l'on peut identifier dans la jurisprudence de la Cour de justice ne nous parait pas être une piste sérieuse pour la fédéralisation de l'Union, en raison de son aspect économique borné à la réalisation du marché.

CONCLUSION DU TITRE II

608. En partant d'une approche dynamique tant du fédéralisme que de la subsidiarité, il est possible d'envisager les rapports de ces deux notions sous un angle non plus comparatif mais spéculatif et d'inscrire le processus d'intégration dans un cadre fédéraliste, émancipé de la matrice étatique. Ainsi est-il permis de concevoir l'Union comme une Fédération : une Fédération « plurinationale » qui plus est « en devenir ». *Plurinationale* parce qu'elle n'entend pas faire disparaitre les États qui la composent ni les peuples de ces derniers. *En devenir* parce que le processus d'intégration est toujours en cours, la construction européenne étant inachevée. De même que l'intégration européenne n'est pas un état, mais un devenir, l'Union n'est pas un État (même en devenir) mais une Fédération. L'approche dynamique du fédéralisme réclame, par conséquent, plus de souplesse car elle suppose de l'appréhender non plus en tant que *structure* mais *processus* et de mettre l'accent sur ses finalités plus que sur ses aspects institutionnels. Cette approche non-dogmatique nous autorise à mettre l'accent sur le *telos* de cette Fédération, à savoir sa *dualité contradictoire* cherchant à préserver les intérêts particuliers des États membres tout en poursuivant une finalité commune.

609. Appréhendé sous un angle dynamique, le principe de subsidiarité révèle son caractère bi-directionnel et ses virtualités centrifuges et centripètes. En cela, il se présente comme l'instrument idéal du fédéralisme européen puisqu'il permet, en théorie du moins, de contribuer à sa réalisation. Envisagée comme un instrument de fédéralisation, la subsidiarité répond, du fait de son caractère intrinsèquement dynamique, à la dialectique du fédéralisme : l'unité dans la diversité. La réalité semble néanmoins tout autre dans la mesure où, malgré les espoirs suscités par sa consécration dans le traité de Maastricht, et l'enthousiasme de certains auteurs à son sujet, l'usage de la subsidiarité par l'Union s'est révélé assez pauvre.

610. Le principe n'a pas véritablement permis de favoriser la proximité démocratique (malgré la consécration d'une subsidiarité-proximité dans le préambule), l'autonomie nationale ou encore la diversité dans l'Union européenne. L'évitement juridictionnel qui caractérise la jurisprudence de la Cour de justice à son égard, même lorsque celle-ci semble mettre en oeuvre un raisonnement implicitement fondé sur ce principe, est d'autant plus décevant que la subsidiarité aurait pu ériger celle-ci en une sorte d'arbitre fédéral chargé de trancher les conflits de compétences opposant l'Union aux États membres. En s'abstenant de sanctionner le législateur européen sur le terrain de la subsidiarité, du fait d'un contrôle juridictionnel bien trop restreint, la Cour n'entend-elle pas désactiver les virtualités centrifuges de la subsidiarité ? Cette attitude revient à mettre en cause la logique même du fédéralisme, tel que nous l'avons présenté, à savoir la recherche constante d'un équilibre entre

les forces décentralisatrices et centralisatrices de la Fédération. Un tel constat nous a naturellement conduit à chercher des manifestations tacites ou indirectes de la subsidiarité « descendante ». Au-delà de quelques arrêts isolés, rendus dans un contexte caractérisé par une levée de boucliers de certaines Cours constitutionnelles nationales, nous avons cru les trouver dans les principes de respect de l'identité nationale ou de reconnaissance mutuelle. Pourtant l'analyse se révèle, là encore, plutôt décevante dans la mesure où ces principes ne permettent pas réellement de protéger l'autonomie ou la diversité dans l'Union européenne.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

611. Dans une perspective fédéraliste, le principe de subsidiarité se présente pour le chercheur, qu'il se réclame ou non de ce courant, comme un instrument tout à fait intéressant.

612. Sur un plan statique tout d'abord, l'analyse descriptive de ce principe consacré dans l'ordre juridique de l'Union depuis Maastricht révèle des convergences pertinentes avec les systèmes constitutionnels de certains États fédéraux tels que les États-Unis, le Canada, l'Allemagne ou encore la Suisse. L'analyse, si elle est statique n'est toutefois pas dépourvue de certaines « acrobaties » tant ce principe se révèle parfois difficile à cerner ou à débusquer, au détour d'un article de constitution ou dans les méandres d'un arrêt d'un juge constitutionnel. Dans la mesure où la subsidiarité est consubstantielle au fédéralisme et inhérente à sa structure, elle présente cette spécificité d'être à la fois partout et nulle part dans le fédéralisme constitutionnel de la plupart des États dans le monde. Partout, parce qu'elle irrigue leur fonctionnement, préside à la répartition des compétences (tant sur le plan législatif que celui de l'exécution) et régule leur exercice. Nulle part, parce que le principe est rarement consacré *expressis verbis*. Pour autant, l'absence de consécration formelle ne préjuge pas de l'existence ou l'inexistence d'un principe. Principe de droit constitutionnel, la subsidiarité revêt un aspect double, politique et juridique, tout comme le droit dans lequel elle s'inscrit. Sa juridicité est souvent interrogée, tout comme sa justiciabilité. À l'instar des Cours suprêmes et des Cours constitutionnelles, et malgré les réticences de la doctrine, la Cour de justice de l'Union s'est néanmoins emparée de ce principe. Mais tout comme le juge fédéral, le juge de l'Union se montre réticent à sanctionner le législateur européen. Principe administratif, la subsidiarité revêt un aspect plus implicite encore, tout comme le principe d'administration indirecte auquel on la rattache, et s'inscrit dans le fédéralisme d'exécution de l'Allemagne et de la Suisse. Dans cette optique, le principe de subsidiarité favorise la décentralisation de l'exécution du droit de l'Union, tant normative que matérielle, administrative ou juridictionnelle, et tend à conférer aux autorités nationales, lors de la mise en oeuvre des actes de l'Union, une certaine autonomie.

613. Sur un plan plus dynamique, le principe de subsidiarité peut se présenter comme l'instrument de réalisation du fédéralisme européen. Pour autant, lorsqu'il part de cette hypothèse, le chercheur se double souvent d'un utopiste et s'expose aux critiques les plus virulentes de la part d'une doctrine moins enthousiaste à l'égard d'un principe passé de mode depuis Maastricht. Il est vrai que l'approche non-dogmatique sur laquelle il entend fonder son raisonnement ne prétend pas tant à l'exactitude des descriptions qu'aux spéculations théoriques. Aussi ne doit-il pas confondre l'idée ou l'esprit de la subsidiarité avec le principe

tel qu'il peut être consacré aujourd'hui à l'article 5.3 TUE et tel qu'il est interprété par la Cour de justice. L'approche dynamique du principe de subsidiarité ne peut dès lors qu'être coupée dans son élan : si le principe est riche de potentialités, de vertus et de promesse — que l'on pense aux valeurs d'autonomie et de diversité que la subsidiarité véhicule et est censée préserver — et s'il semble encourager la fédéralisation de l'Union, ne serait-ce que par le fait d'être consacré, l'usage qu'en font les institutions européennes se révèle décevant. Les virtualités centrifuges du principe de subsidiarité ne sont pas suffisamment exploitées dans la jurisprudence, en raison d'un champ d'action restreint et d'un contrôle juridictionnel limité ne permettant pas de contrôler efficacement l'action du législateur. De plus, le juge de l'Union évite soigneusement de le mentionner dans ses arrêts même lorsque le principe est invoqué ou simplement évoqué par les parties. Quant à la subsidiarité-proximité du préambule, force est de constater qu'elle n'apparait pas dans les arrêts de la Cour de justice. Le seul « fédéralisme » susceptible d'être identifié dans la jurisprudence de la Cour de justice est tiré du modèle économique (et controversé) du fédéralisme dit « compétitif » qui s'appuie sur la subsidiarité descendante, la décentralisation et la diversité dans le seul but de servir l'intégration de l'Union européenne et non une authentique « fédéralisation ».

Seconde partie. Le dévoiement fonctionnaliste du principe de subsidiarité : une instrumentalisation fonctionnelle indépassable

614. Si malgré les espoirs des fédéralistes le principe de subsidiarité n'a pas véritablement permis de faire ressortir le génie du fédéralisme dans l'Union européenne, c'est parce qu'il en a privilégié un autre, plus « sournois », le génie du fonctionnalisme. L'approche fonctionnaliste tend à concevoir les principes juridiques, qu'il s'agisse de subsidiarité ou de proportionnalité, comme des instruments qui, en tant que tels, seraient parfaitement neutres[1462]. La logique qui sous-tend le fonctionnalisme implique d'envisager le droit comme un instrument ou un mécanisme abstrait susceptible d'être utilisé dans un sens ou dans un autre, au service de tel ou tel but, notamment pour servir des intérêts et des objectifs économiques[1463]. En effet, le fonctionnalisme est le fantôme qui ne cesse de hanter la construction européenne, depuis le début des Communautés, et au-delà duquel il est difficile de se situer dans la mesure où le droit communautaire s'est construit « à partir d'une conception fonctionnaliste du droit »[1464]. Rappelons que la méthode fonctionnaliste, sur laquelle les rédacteurs des premiers traités européens se sont appuyés, se fonde sur des objectifs sectoriels concrets, lesquels impliquent des changements graduels[1465].

615. Si le fonctionnalisme n'exclut pas nécessairement le fédéralisme-constitutionnalisme, il est néanmoins admis qu'il s'en distingue par la méthode[1466]. En effet, la prégnance fonctionnaliste de la construction européenne suppose qu'à la différence de la voie constitutionnelle, méthode fondatrice dont l'ambition est d'instituer un ordre permanent régi par une norme supérieure, la voie fonctionnelle est incrémentale et n'annonce pas le résultat recherché[1467]. Ainsi, conçues dans une logique fonctionnelle sans une véritable réflexion

---

1462 MARZAL YETANO A., La dynamique du principe de proportionnalité, précité, p. 13.

1463 *Ibid*., p. 21. Voir aussi : BOMHOFF J., Two Discourses of Balancing, thèse, 2012.,pp. 21-22 : « By insisting on law as an abstract, in a sense 'empty', mechanism of conflict resolution, functionalist comparatists could relegate all contingent elements of context to the 'interests' to be regulated ».

1464 *Ibid*., p. 36.

1465 DE LA SERRE F., DE BUSSY M. E. et DELORME E., « Approches théoriques de l'intégration européenne », *RFSP,* n° 3, 1971, p. 615 ; DEHOUSSE R., "Rediscovering Functionalism", *Jean Monnet Working Paper,* n° 7, 2000.

1466 CONSTANTINESCO L.-J., « Fédéralisme-constitutionnalisme ou fonctionnalisme ? Réflexions sur la méthode de l'intégration européenne », *Mélanges Fernand Dehousse*, Fernand Nathan/Labor, volume II : *La construction européenne*, p. 19.

1467 BARROCHE J., Théories fédéralistes, précité ; CRIGNON V. P., « La résistible invention d'une nouvelle forme politique. L'échappée européenne », *Incidence*, 2014, 10, pp. 71-111.

d'ensemble sur l'organisation des pouvoirs, les Communautés européennes ont évolué à la faveur des revendications institutionnelles et des crises qui ont affecté la construction communautaire[1468]. Notons que dans la croyance fonctionnaliste des Pères fondateurs de l'Europe, la « fonction » est placée au centre de la théorie dans la mesure où, comme le rappelle A. Bouveresse, « elle seule légitime l'organe, elle seule légitime le droit »[1469]. Aussi, la fonction suppose-t-elle d'être suivie d'effet. C'est la raison pour laquelle les traités se sont concentrés non pas tant sur l'organisation des pouvoirs que « la définition des fonctions imputées aux Communautés, qui étaient, outre la définition de quelques politiques communes, la mise en place d'un marché commun »[1470]. Si la vocation fédérale des Communautés n'était pas contestée, les Pères fondateurs estimaient que l'établissement d'une Fédération *ex nihilo* était une entreprise risquée voire vouée à l'échec. D'où, l'idée fonctionnaliste selon laquelle des solidarités politiques et sociales ne pouvaient naitre qu'en partant d'une solidarité économique. Dans cette optique, seule une construction de nature économique pouvait « permettre de créer une construction politique en en bâtissant pas à pas les fondements »[1471].

616. Ordre juridique fonctionnaliste par excellence, l'Union européenne s'inscrit moins dans une vision fédérale de répartition des compétences que dans une logique de réalisation des objectifs, au premier chef desquels, la réalisation du marché intérieur[1472]. Dans cette optique fonctionnelle, l'ensemble des instruments doivent être adaptés à cette finalité économique, ce qui fatalement conduit les institutions de l'Union à envisager un principe comme la subsidiarité en des termes purement instrumentaux. En ce sens, les compétences doivent être exercées par le « meilleur » niveau de gouvernement, entendu comme le plus « rationnel » ou le plus « efficace » afin d'atteindre les objectifs fixés dans les traités. C'est pourquoi, en dépit de son fort potentiel fédéral, la subsidiarité demeure un principe fondamentalement fonctionnel, qu'il s'agisse du registre technique-fonctionnel ou économique-fonctionnel. En effet, la démarche fonctionnaliste, dans laquelle la subsidiarité s'insère, se veut pragmatique car elle n'est pas centrée sur l'autonomie des entités fédérées ou

---

1468 LE BOT F., Le principe de l'équilibre institutionnel en droit de l'Union européenne. Droit. Uni- versité Paris 2 Panthéon-Assas, 2012, p. 302.

1469 BOUVERESSE A, « L'effectivité comme argument d'autorité de la norme » in L'effectivité du droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2018, p.63-85. Voir aussi :MITRANY D., *A working peace system: an argument for the functional Development of international organization,* London, Oxford University Press, 1943.

1470 *Ibid*.

1471 GRANGER M., Les collectivités territoriales françaises et l'union européenne, la contribution des Collectivités territoriales à l'émergence d'une citoyenneté européenne, thèse, 2012, Limoges., p. 2.

1472 JEANNE A., L'intégration négative des marchés aux Etats-Unis et dans l'Union Européenne, p.28. L'auteure démontre dans sa thèse qu'en matière d'intégration négative, si le juge américain veille avant tout au respect de la répartition des compétences, telle que prévue par la Constitution, le juge de l'Union s'inscrit dans une logique fonctionnelle de réalisation d'un marché intérieur.

une quelconque division constitutionnelle des pouvoirs mais une approche économique pouvant conduire à une centralisation excessive[1473].

617. Dans la mesure où l'intégration européenne ne procède pas d'une répartition des compétences, sur un mode fédéraliste, mais d'une logique fonctionnelle, celle-ci peut entraîner pour les États membres des abandons de compétences et de souveraineté toujours plus étendus[1474]. Il convient d'insister sur le fait que la poursuite effrénée de l'approfondissement de l'intégration européenne n'est pas de nature à fédéraliser celle-ci, si l'on a en tête le fédéralisme des États-Unis dans lequel la logique de la répartition des compétences l'emporte sur la logique fonctionnelle consistant à poursuivre des objectifs[1475]. Ainsi, la centralisation opérée par le principe de subsidiarité, en rompant l'équilibre fédéral, semble davantage imposer l'idée de l'impérialisme en Europe que celle du fédéralisme[1476].

618. Moulé dans ce format fonctionnaliste, le principe de subsidiarité rejette le dogmatisme fédéraliste et refuse la symbolique fédérale qui s'est parfois attachée à son interprétation. Reprenant les travaux de C. Castoriadis, A. Marzal-Yetano rappelle ainsi qu'à la différence du fonctionnel qui se présente « vide face à des questions pourtant centrales », le symbolique « permet de poser des significations et d'établir des identités » là où la compréhension fonctionnaliste exige des institutions qu'elles ne soient là que pour servir[1477]. En d'autres termes, si la vision fédéraliste tend à faire de la subsidiarité un principe éthico-politique et une émanation des idéaux démocratiques[1478], le fonctionnalisme animé par des préoccupations d'efficience conduit à envisager ce principe en des termes instrumentaux. En effet, tandis que pour les fédéralistes la construction européenne n'a de sens que par l'exercice en commun de la souveraineté et la création d'un gouvernement démocratique européen issu d'un processus politique et constitutionnel, les fonctionnalistes, pour lesquels le fédéralisme peut constituer un aboutissement, misent sur un processus progressif où les progrès de l'Union passent nécessairement par les succès d'une intégration fonctionnelle : la fameuse « méthode communautaire ». Pour autant, si cette dernière a permis d'asseoir les

---

[1473] SAUVE M., Le pouvoir fédéral de dépenser et la nature centralisatrice de la Constitution canadienne de 1867, mémoire, 2008.

[1474] ALLIES P., Hypothèses et méthodes d'analyse de l'Union européenne, Working Paper, n° 134., Barcelona, 1997.

[1475] STEIN E. and SANDALOW T., "On the two systems: an overview", in T. SANDALOW and E. STEIN (eds.), Courts and Free Markets, Perspectives from the United States and Europe, Clarendon Press, Oxford, 1982, Vol. I, p. 5.

[1476] LE BOS Y.-E., Renouvellement de la théorie du conflit de lois dans un contexte fédéral, Dalloz, 2010, p. 132.

[1477] MARZAL YETANO A., La dynamique du principe de proportionnalité, précité, p. 460-461. Voir aussi : CASTORIADIS C., L'institution imaginaire de la société, Paris : Seuil, 1975, p. 197.

[1478] Voir par exemple : MILLON-DELSOL C., Le principe de subsidiarité, préc., p. 123.

fondements économiques de l'Union européenne, l'approche économique qui la sous-tend peine à favoriser l'essor d'une véritable Fédération européenne fondée sur des valeurs telles que la protection de l'autonomie — locale et nationale — ou la diversité.

619. La subsidiarité européenne s'insère, par conséquent, dans une matrice fonctionnelle qui la conduit à faire sienne la logique de l'intégration européenne. En effet, la référence aux « objectifs à atteindre » dans l'article 5.3 TUE, et non à l'autonomie ou aux compétences nationales, est de nature à introduire cette « dynamique fonctionnelle » que l'on retrouve par ailleurs en matière de compétence d'attribution[1479]. Comme l'affirme M. Delmas-Marty, le traité ouvre ainsi la voie à une interprétation prétorienne large et souple des compétences européennes afin de ne pas figer le champ d'intervention de l'Union[1480]. C'est la raison pour laquelle, l'horizon fonctionnaliste semble, pour l'heure, indépassable.

620. Force est de constater que dans l'Union européenne, la subsidiarité a été réduite à un principe fonctionnel (Titre I). Cette orientation concerne aussi bien le partage de l'exercice des compétences législatives qu'exécutives dans la mesure où l'application du principe de subsidiarité et le contrôle de son respect ne donnent pas véritablement lieu à une réflexion approfondie sur la nécessité de concilier l'objectif de promouvoir l'intégration économique de l'Union et l'exigence de préserver la diversité parmi les États membres, contrairement à ce qu'exigerait une logique fédérale bien comprise. Une telle conception du principe aurait néanmoins impliqué une appréciation éminemment politique de la part des institutions européennes[1481], ce que l'approche fonctionnelle récuse du fait de sa prétendue neutralité. Ce constat n'est pas surprenant dans la mesure où le fonctionnalisme prône la dépolitisation par le droit, l'économie et la technique, ce que la Commission européenne tend à incarner. En effet, la légitimité de celle-ci s'est davantage fondée sur les résultats de son action – c'est-à-dire sur une démarche fonctionnaliste rendue possible par ses pouvoirs et la capacité d'expertise de son administration – que de manière politique et démocratique[1482]. En outre, la méthode fonctionnelle a permis, depuis toujours, à la Cour de justice de donner à l'Union les compétences nécessaires à la réalisation des missions et objectifs contenus dans les traités[1483].

[1479] L'article 5.2 TUE indique qu'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.

[1480] DELMAS-MARTY M., « Intégration européenne et identité nationale, le rôle des juges », *Forum des juges*, 3-4 décembre 2012.

1481 BERMANN G., « Taking subsidiarity seriously », préc., p. 384

1482 Version consultable en ligne : http://www.wallonie-en-ligne.net/Wallonie_Prospective/Mission-Prosp_W21Rapport-2002/5-2_Vision_Europe.htm

1483 COURONNE V., La compétence procédurale des Etats membres de l'Union européenne, Université Panthéon-Sorbonne, Paris, 2015., p. 41.

621. Si l'instrumentalisation fonctionnelle de la subsidiarité n'est pas gênante en soi, elle s'avère toutefois préjudiciable à long terme lorsque la supposée neutralité technocratique du fonctionnalisme et l'impartialité de la Cour de justice en viennent à être remises en cause. Or, précisément, si l'on porte un regard rétrospectif sur la jurisprudence dénué de complaisance, l'on s'aperçoit que le principe de subsidiarité a finalement été réduit à un instrument au service de l'intégration européenne (Titre II). Ce constat concerne aussi bien la subsidiarité substantielle de l'article 5.3 TUE, en tant que mécanisme de régulation de l'exercice des compétences normatives (partagées), que le mécanisme de la subsidiarité juridictionnelle dans lequel la Cour de justice est engagée depuis toujours[1484]. Loin de freiner l'intégration, la subsidiarité européenne permet, au contraire, de la promouvoir en la légitimant par ses effets. Pourtant, la logique fonctionnaliste qui s'intéresse aux résultats, qui est même légitimée par ces derniers (lorsqu'ils existent), se heurte de plus en plus au scepticisme de ceux qui doutent que la seule efficacité de l'action européenne — à supposer que celle-ci soit avérée — puisse être une raison suffisante pour poursuivre l'approfondissement de l'intégration de l'Union. Les critiques sont d'autant plus grandes, et justifiées, que l'approche fonctionnelle ne se soucie guère de respecter l'autonomie nationale ou l'identité constitutionnelle des États membres dès lors que la poursuite des objectifs de l'Union, essentiellement économiques, est la seule préoccupation des institutions, nonobstant les susceptibilités étatiques ou les revendications des entités infra-étatiques. Réduit à un simple outil d'intégration, le principe de subsidiarité tend à favoriser la dynamique ascendante, c'est-à-dire la centralisation, tant sur le plan normatif que procédural, pour des raisons liées à l'efficacité de l'action européenne et à l'effectivité de sa mise en oeuvre. Aussi peut-on légitimement s'interroger sur un dévoiement fonctionnaliste du principe de subsidiarité.

[1484] Pour reprendre une terminologie consacrée par la doctrine. En ce sens : DUPONT-LASSALLE, J., « La « subsidiarité juridictionnelle », instrument de l'intégration communautaire ? », *Droit et société*, vol. 80, no. 1, 2012, pp. 47-71. Voir aussi : ANDRIANTSIMBAZOVINA J., « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme », p. 29.

Titre I. Le principe de subsidiarité réduit à un principe fonctionnel

622. Entendue comme un principe fonctionnel, la subsidiarité privilégie de façon générale une approche technique et économique du partage des compétences entre les autorités nationales et les institutions européennes. Dans la mesure où la question de la détermination du niveau compétent pour intervenir dans un domaine se révèle souvent épineuse, en raison de la nature politique des considérations qu'elle appelle et des enjeux, parfois constitutionnels, qu'elle implique pour les États membres, l'Union européenne tend à « dépolitiser » le débat en adoptant une stratégie de contournement, d'évitement ou de diversion, quitte à vider le principe de subsidiarité d'une partie de sa substance et ce faisant, à occulter son essence fédérale. En effet, là où la compréhension fédérale de la subsidiarité obligerait l'Union européenne à concilier la position des uns et des autres, notamment en tenant compte des compétences nationales, une lecture fonctionnelle du principe permet aux institutions de l'Union de poursuivre, quasi-aveuglément, la réalisation d'objectifs déterminés. Une telle orientation du principe est possible en raison de son indétermination.

623. Dès lors que les États et l'Union peuvent concurremment prétendre intervenir dans un domaine donné, le principe de subsidiarité doit impérativement s'appliquer, c'est-à-dire que l'action européenne n'est justifiée que si l'action étatique se révèle insatisfaisante au regard de l'objectif poursuivi et des dimensions ou des effets de l'action envisagée[1485]. Du fait de son ambiguïté fondamentale, mais également de son caractère dynamique, le principe peut être instrumentalisé par les institutions de l'Union — lesquelles tendent à privilégier l'aspect ascendant — tout comme par les États membres — lesquels se fondent le plus souvent sur l'aspect descendant de la subsidiarité. Il a déjà été souligné que la définition du principe pouvait varier en fonction des acteurs politiques et des intérêts — locaux, régionaux, nationaux ou européen — que ces derniers poursuivent. De façon quelque peu schématique, l'on peut considérer que les États membres entendent généralement défendre, nonobstant leurs divergences sur la question de la subsidiarité, les intérêts étatiques (voire infra-étatiques pour les États fédéraux comme l'Allemagne) tandis que l'Union poursuivra logiquement ses propres intérêts. Aussi la subsidiarité signifiera-t-elle souveraineté et autonomie pour les États et leurs collectivités (régions, *Länder*) tandis que le même principe servira à l'Union d'alibi ou de justification pour intervenir dans un domaine de compétences partagées.

[1485] Article 5.3 TUE.

624. Un tel clivage ne peut que susciter des tensions et des litiges, ce qui se traduit par des « conflits de compétence » et des remises en cause par les États membres de l'action européenne, tout particulièrement des interventions de la Commission européenne. De tels conflits sont d'autant plus inévitables que les critères sur lesquels le principe de subsidiarité repose sont d'une grande malléabilité, la teneur politique du principe ayant été soulignée à maintes reprises[1486]. L'interprétation du principe de subsidiarité appelle nécessairement une part de subjectivité de la part de l'autorité chargée de l'appliquer. En effet, que peut bien signifier le fait de ne pas atteindre de manière suffisante les objectifs de l'action envisagée et comment déterminer s'ils sont suffisamment atteints ou s'ils ne le sont pas ? De même, comment savoir si l'Union européenne est plus efficace que les États et comment déterminer ce « mieux » ?[1487] Comme l'a fort justement souligné un auteur, l'incertitude était encore plus grande dans les traités précédents « lorsqu'il n'y avait pas de frontière précise délimitant les compétences concurrentes et les compétences exclusives »[1488]. Cette lacune, partiellement comblée par le traité de Lisbonne et ses listes de compétences[1489], permettait à la méthode fonctionnelle de s'épanouir avec plus de force encore.

625. Afin de justifier sa fonction normative, tant auprès des États membres que des citoyens, la Commission européenne dont les pouvoirs sont régulièrement contestés et qui, « moins que tout autre peut prétendre à la légitimité démocratique », cherche à mettre l'accent sur la rationalité économique, la neutralité ou encore l'expertise technique[1490]. La subsidiarité lui offre ainsi le moyen — assez paradoxal dans la mesure où ce principe entend mettre l'accent sur la proximité démocratique[1491] — de démontrer sa compétence technique et donc l'efficacité de son action, tant au niveau législatif qu'au stade de l'exécution, la Commission étant impliquée dans les deux niveaux de l'action normative de l'Union. En effet, depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, l'article 291.2 TFUE indique que « lorsque des conditions uniformes d'exécution des actes juridiquement contraignants de l'Union sont nécessaires, ces actes confèrent des compétences d'exécution à la Commission (…) ».

[1486] BERMANN G., « Taking subsidiarity seriously », (1994) 94 *Columbia Law Review*, pp. 331-456 ; DAVIES G., « Subsidiarity: The Wrong Idea, in the Wrong Place, at the Wrong Time », (2006) 43 *Common Market Law Review*, pp. 63-84, p. 72. TOTH, A. (1992). The Principle of Subsidiarity in the Maastricht Treaty. *Common Market Law Review*.Vol.29, pp.1079-1105, 1992 ; Is Subsidiarity Justiciable? *European Law Review*. Vol.19, pp. 268, 1994.

[1487] HANSON S., Entre Union européenne et région wallone, précité, p. 73.

[1488] *Ibid*.

[1489] Voir en ce sens les articles 3 et 4 TFUE.

[1490] COLINEAU H., L'Union européenne, puissance normative ? La politique de coopération au développement en actes, Grenoble, 2013, p. 335.

[1491] Rappelons que le préambule indique expressément que conformément au principe de subsidiarité la prise de décision, dans l'Union, se fait le plus près possible des Citoyens.

626. Quant à la Cour de justice de l'Union européenne, son interprétation du principe de subsidiarité de l'article 5.3 TUE se révèle moins marquée par la méthode constitutionnelle qui prévaut dans les États fédéraux (et régionaux), dans lesquels la constitution opère une répartition claire des compétences, que la méthode fonctionnelle en vertu de laquelle les institutions de l'Union se voient dotées des compétences nécessaires à la réalisation des objectifs prévus dans les traités[1492]. À l'instar de la Commission, le juge européen semble se rallier à une interprétation économique et technique du principe de subsidiarité, en ne retenant que l'efficience de la mesure litigieuse, eu égard aux objectifs de l'action législative envisagée, de sa dimension et de ses effets. La même tendance apparait au stade de l'exécution de la législation européenne, lorsqu'il est question de mettre en oeuvre le droit de l'Union et d'assurer son effectivité, c'est-à-dire son uniformité.

627. À l'instar du partage des compétences législatives entre l'Union et les États, la question du titulaire de la compétence exécutive ne revêt pas, pour les États comme pour les administrés, un aspect seulement technique ou une portée négligeable. Tout au contraire, des considérations politique relatives à l'autonomie nationale ou encore à la proximité démocratique interviennent nécessairement. Or, pour la Cour de justice comme pour la Commission, de telles interrogations ne méritent pas un débat prolongé dans la mesure où ce qui doit guider l'action de l'Union ce sont les objectifs de celle-ci, et non les susceptibilités étatiques. Cette caractéristique s'explique par le fait que la Cour de justice est non seulement chargée d'assurer le respect du droit de l'Union, mais aussi de contribuer à la réalisation des tâches confiées à l'Union[1493]. Cette approche fonctionnelle du juge européen se ressent très fortement dans le mécanisme subtil de la subsidiarité juridictionnelle — bien que le terme « subsidiarité » n'apparaisse pas dans la jurisprudence — lorsque la Cour est amenée à guider les juridictions nationales dans la bonne exécution du droit de l'Union ou la mise en oeuvre des libertés fondamentale du marché intérieur. Il ressort de nos recherches que l'interprétation du principe de subsidiarité par les institutions de l'Union conduit nécessairement à une instrumentalisation fonctionnelle du principe tant au niveau législatif (Chapitre I) qu'au niveau de l'exécution du droit européen (Chapitre II)[1494].

[1492] COURONNE V., La compétence procédurale des Etats membres, précité, p. 41.

[1493] LAURENT A., Plurijuridismes, juges suprêmes et droits fondamentaux : étude comparée entre l'Union Européenne et le Canada, Université de Tulouse, 2015, co-tutelle avec l'université d'Ottawa, p. 171.

[1494] La notion d'exécution est à entendre dans un sens large car sera prise en compte l'exécution juridictionnelle. En effet, à l'instar des autorités nationales qui exécutent le droit de l'Union, tant primaire que dérivé, les juridictions nationales constituent un relais de la mise en oeuvre du droit européen sur le terrain contentieux. Voir SIMON D., Le système juridique, précité, p. 108. L'on distinguera ainsi l'exécution normative (exécution des actes législatifs de l'Union) de l'exécution matérielle, renvoyant aussi bien à l'exécution administrative que juridictionnelle. En ce sens : SAILLANT-MARAGHNI, La fonction exécutive, précité, p. 318.

Chapitre I. Une instrumentalisation fonctionnelle du principe de subsidiarité au niveau législatif

628. Il n'est pas inutile de rappeler que malgré la formulation générale des dispositions de l'actuel article 5.3 TUE, la consécration par le traité de Maastricht du principe de subsidiarité dans le droit primaire de l'Union visait surtout la figure du législateur communautaire[1495], ou plutôt, la Commission européenne suspectée de « furie réglementaire »[1496]. Le traditionnel activisme judiciaire de la Cour de justice n'était pas non plus étranger à l'introduction d'un principe susceptible de restreindre l'ingérence du droit communautaire dans la sphère des compétences étatiques[1497]. En effet, l'insertion du principe de subsidiarité dans les traités a pu être interprétée comme une réaction des États membres face aux immixtions croissantes des institutions communautaires dans les ordres juridiques nationaux. Toujours est-il que loin d'y voir un principe fédéral, les institutions européennes ont perçu dans la subsidiarité une véritable menace pour l'acquis communautaire et plus généralement l'intégration de l'Union. Il est d'ailleurs intéressant de relever que ni les juges de la Cour de justice, ni les avocats généraux, n'étaient favorables à la justiciabilité du principe de subsidiarité[1498]. Pour les uns, le principe était inutile dans la mesure où les traités comportaient déjà des mécanismes de contrôle suffisants pour endiguer le développement des compétences communautaires[1499]. Pour les autres, en plus d'être redondant, le principe de subsidiarité apparaissait comme dangereux car en remettant en question le système posé par les traités, il était susceptible de priver « la logique d'intégration fonctionnelle de sa force motrice »[1500].

[1495] Comme l'ont attesté, par la suite, les protocoles d'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, lesquels mentionnent explicitement les actes législatifs de l'Union. Voir les protocoles d'Amsterdam et de Lisbonne : Protocole (n° 30) sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité (Amsterdam, 2 octobre 1997) ; Protocole (n° 2) sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité (Lisbonne, 13 décembre 2007). A noter toutefois que, conformément à l'article 2 du protocole de Lisbonne, le principe de subsidiarité s'applique à toutes les institutions européennes.

[1496] Rapport n°46 de C. DE LA MALENE, L'application du principe de subsidiarité, Délégation du Sénat pour l'Union européenne, 1996, I.B.1. La paternité de cette expression sans doute excessive et visant à stigmatiser l'action normative de la Commission a été attribuée au Chancelier Kohl.

[1497] DE BURCA G., The Principle of Subsidiarity and the Court of Justice as an Institutional Actor, 36 J. Common Mkt. Stud. 217, 218 (1998). The reproductive effects of combining these phenomena are beyond the scope of this Art icle ; BERMANN G. A., Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States, 94 Colum. L. Rev. 331, 339–43 (1994) ; SWAINE E. T., "Subsidiarity and Self-Interest: Federalism at the European Court of Justice," Harvard International Law Journal 41 (2000)

[1498] PESCATORE P., Mit der Subsidiarität Leben – Gedanke zu einer Drohenden Balkanisierung der Europäischen Gemeinschaft, in : DUE (O.), LUTTER (M.), SCHWARZE (J.), Festschrift für Everling, Bd.II, Baden-Baden 1995, pp.1071 et s

[1499] MISCHO J., Un rôle nouveau pour la Cour de justice?, Revue du marché commun, décembre 1990, n°342, p.682.

[1500] KAPTEYN P.,Community Law and the principle of subsidiarity, *RAE*, 1991, n°2, pp.35-43, spec.p. 39.

629. Il est vrai que contrairement au principe de proportionnalité, bien connu de la Cour de justice car consacré de façon prétorienne antérieurement à l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, le principe de subsidiarité était totalement étranger et semblait « contredire la logique, la structure et les termes des traités fondateurs ainsi que la jurisprudence »[1501]. La plupart des auteurs considéraient même, à l'époque du traité de Maastricht, que du fait de sa teneur politique, la subsidiarité ne pouvait pas faire l'objet d'un contrôle juridictionnel[1502]. C'est la raison pour laquelle une acclimatation du principe était nécessaire. Celle-ci devait passer par sa dépolitisation, ce qui impliquait une certaine « dénaturation » et un « appauvrissement substantiel » de la subsidiarité[1503]. Ainsi, les institutions européennes, au premier chef desquelles la Commission, n'ont pas tardé à livrer une interprétation fonctionnelle d'un principe pour le moins exotique. Si la Cour de justice s'est montrée à ses débuts assez réticente à se saisir d'un principe qui ne lui était pas familier, elle n'a pourtant pas hésité à reconnaitre, très tôt, sa justiciabilité et à l'intégrer au sein du système de répartition et d'exercice des compétences, aux cotés des principes d'attribution et de proportionnalité[1504]. Des protocoles sur l'application du principe de subsidiarité ont par la suite été annexés aux traités d'Amsterdam et de Lisbonne[1505], lesquels permettaient de déterminer, avec précision, qui de l'Union ou des États était plus à même d'adopter un acte législatif. Par ailleurs, en vertu de l'article 9 du Protocole n°2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, la Commission est tenue de publier, chaque année, un rapport sur la manière dont la subsidiarité est mise en oeuvre par l'Union européenne[1506].

630. Il ressort de tout cela que la subsidiarité a été politiquement dévoyée dans la mesure où, bien loin de préserver l'autonomie des États, le principe se présente désormais comme une « technique légistique qui élude la dialectique liberté/pouvoir »[1507]. Ainsi que le résume F. Martucci, « à une subsidiarité d'essence constitutionnelle censée régir l'exercice des compétences partagées dans l'Union, a succédé une subsidiarité législative qui lie les

---

[1501] TOTH A., The principle of subsidiarity in the Maastricht treaty, *CMLR*, 1992, n°29, p.1105.

[1502] BERMANN G. A., Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States, 94 Colum. L. Rev. 331, 339–43 (1994)

[1503] MARTUCCI F.,« L'autonomie entre efficacité et proximité. Quelques réflexions sur la subsidiarité », in C. Kessedjian (dir.), *Autonomie et droit européen*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, Collection : « Collège européen de Paris », pp. 21-40.

[1504] Communication de la Cour de justice à l'attention de la conférence intergouvernementale sur l'Union politique de 1991, 20 décembre 1990.

[1505] Protocole (n° 30) sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité ; Protocole (n° 2) sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

[1506] L'article est rédigé en ces termes : La Commission présente chaque année au Conseil européen, au Parlement européen, au Conseil et aux parlements nationaux un rapport sur l'application de l'article 5 du traité sur l'Union européenne. Ce rapport annuel est également transmis au Comité économique et social et au Comité des régions.

[1507] MARTUCCI F., L'autonomie…, précité.

institutions de l'Union dans l'exercice de son pouvoir normatif »[1508]. Comme l'exige le protocole relatif à son application, la subsidiarité entend jouer à toutes les étapes de la procédure législative, *ex post* et *ex ante*. Avant chaque proposition d'acte législatif, la Commission doit procéder à de larges consultations et tenir compte des dimensions nationale, régionale ou locale de l'action envisagée afin de s'assurer de la pertinence d'une intervention de l'Union eu égard aux objectifs poursuivis. En mettant en exergue le test de « l'efficacité comparative » dans son interprétation de la subsidiarité, nul doute que la Commission a cherché à légitimer l'action européenne en la valorisant par rapport à l'action étatique. En effet, la notion d'efficacité (politique) s'accorde mieux que celle de proximité (démocratique) au caractère fonctionnel de l'intégration européenne et ne disqualifie pas d'emblée une action de l'Union, même si la Commission n'oublie pas de mentionner, à l'occasion, le citoyen européen dans ses communications relatives à la subsidiarité, quitte à changer la signification même du principe consacré par Maastricht[1509]. La quête d'une plus grande efficacité de l'action normative se retrouve, dans la littérature de la Commission, à la fois sur le fond et sur la forme puisque la subsidiarité est aussi une invitation à « mieux légiférer ». Un tel slogan a conduit cette dernière à se fixer comme objectif l'amélioration qualitative de la législation européenne en plus de celui de la décrue quantitative traditionnellement associé au principe de subsidiarité[1510]. Aussi le principe permet-il à la Commission de légitimer son action aux yeux des États, des régions et des citoyens européens même si la subsidiarité apparait comme une ressource discursive à géométrie variable.

631. Outre la proximité et l'efficacité, le principe de proportionnalité a également servi de référence à la Commission quand il s'est agi d'expliquer, sur un plan plus juridique, le sens et l'orientation qu'elle souhaitait donner à la subsidiarité. Compris en termes de proportionnalité, le principe de subsidiarité représente une menace moins grande pour l'Union dans la mesure où il ne s'agit plus de remettre en cause, dans son principe, une intervention européenne mais seulement d'en limiter l'intensité ou la portée, ce qui est, là aussi, une façon d'affaiblir la charge politique de la subsidiarité. Enfin, la Commission n'a pas manqué de souligner, à plusieurs reprises, le « caractère dynamique » du principe car s'il

---

[1508] *Ibid*.

[1509] En effet, on oppose la subsidiarité territoriale (mettant l'accent sur le partage vertical des compétences) à la subsidiarité fonctionnelle ou horizontale (mettant l'accent sur les rapports entre l'Etat et la société civile). Si la subsidiarité de Maastricht s'inscrit dans la première vision, la Commission a parfois été tentée de reprendre à son compte la deuxième conception à travers ses nombreuses communications. Ce point sera abordé plus en détail dans la première section.

[1510] BARROCHE J.,« La subsidiarité chez Jacques Delors. du socialisme chrétien au fédéralisme européen », *Politique européenne* 2007/3 (n° 23), p. 153-177.

permet de limiter l'action de l'Union, voire d'y mettre fin lorsqu'elle ne se justifie plus, « il permet aussi de l'étendre dans les limites de ses compétences ». Cette précision sur laquelle la Commission a lourdement insisté n'est pas anodine car elle lui a permis de désamorcer le potentiel désintégrationniste du principe de subsidiarité et de renouer avec la logique fonctionnelle des traités. Quant à la Cour de justice, son interprétation prudente du principe subsidiarité reprend, à sa manière, le registre technique et économique propre au fonctionnalisme européen. La lecture que le juge européen fait de la subsidiarité « législative » s'inscrit clairement dans l'approche fonctionnelle qui lui est coutumière lorsqu'il s'agit de l'exercice par l'Union européenne de ses compétences.

632. L'analyse de l'application du principe de subsidiarité dans l'Union révèle ainsi que celui-ci a été appréhendé et formulé en des termes purement instrumentaux et réducteurs. Réduite à une dimension technique — en raison du prisme de l'exercice des compétences au travers duquel elle est appréhendée — et envisagée sous un angle plus économique que politique, la subsidiarité-efficacité de l'article 5.3 TUE n'a plus rien en commun avec la subsidiarité-proximité consacrée par le préambule du traité. Dans la mesure où la Commission et la Cour de justice sont, plus que toute autre institution de l'Union, impliquées dans l'application du principe de subsidiarité et le contrôle de son respect, tout en étant des moteurs de l'intégration européenne, il peut être intéressant de présenter respectivement l'approche de la Commission et celle de la Cour, étant précisé que l'une comme l'autre ont contribué à l'appauvrissement conceptuel de la subsidiarité en privilégiant une conception instrumentale pour la première (Section 1), et minimaliste pour la seconde (Section 2)[1511].

Section 1. L'approche de la Commission : une conception instrumentale du principe de subsidiarité à l'origine d'une dérive fonctionnelle

633. À la lecture des dispositions de l'article 5.3 TUE, il ressort que « la subsidiarité apparaît moins comme une notion conceptuelle que comme une notion fonctionnelle »[1512]. Le principe étant dépourvu de contenu spécifique, si ce n'est celui d'orienter l'exercice des compétences non exclusives de l'Union — car il ne les répartit pas lui-même — son application peut jouer en faveur des perspectives les plus diverses, voire opposées. Dans la

---

[1511] Même si cela dépasse l'objet de cette thèse, précisons que, de leur coté, les acteurs nationaux (gouvernements et parlements) ont également cherché à instrumentaliser ou minimiser le principe de subsidiarité, pour des raisons tenant à la volonté de « brider un interventionnisme des institutions européennes souvent considéré négativement ». En ce sens : LE SOUDEER M., Le contrôle du principe de subsidiarité par le Parlement français, Mémoire, Paris, 2011, p. 99.

[1512] ROUVILLOIS F., L'Efficacité des normes. Réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique, Paris, Fondation pour l'innovation politique, 2005, p. 9.

mesure où le principe de subsidiarité apparaissait à l'époque de sa consécration, pour beaucoup d'observateurs, comme un principe de protection des compétences nationales ou de limitation des compétences de l'Union, il était porteur d'une charge politique exceptionnelle, susceptible de nuire à l'intégration européenne. Néanmoins, la formulation du principe de subsidiarité retenue par le traité de Maastricht était suffisamment vague et ambiguë pour que le caractère protecteur ou non de ce principe dépende en réalité de l'interprétation donnée dans chaque cas[1513]. Si les textes relatifs à son interprétation, et notamment la déclaration d'Édimbourg, ne manquaient pas d'indiquer de façon précautionneuse que la subsidiarité « ne concerne pas, et ne saurait remettre en question, les compétences conférées à la Communauté européenne par le Traité, telles qu'elles ont été interprétées par la Cour de Justice »[1514], cette précision était loin d'être suffisante pour une institution aussi engagée dans la construction européenne que la Commission. C'est donc à une véritable entreprise de dépolitisation que la gardienne des traités s'est attelée afin de rendre compatible la subsidiarité consacrée par le traité de Maastricht et le fonctionnalisme européen, au prix d'un appauvrissement procédural et légistique du principe (Paragraphe 1). De façon plus sournoise, tirant profit de l'ambiguïté du principe de subsidiarité et de la richesse de ses connotations, la Commission s'est engagée dans une stratégie de légitimation de son action — et plus largement de l'action européenne — à la faveur d'une instrumentalisation fonctionnelle de la subsidiarité et au risque d'une incohérence conceptuelle et juridique que la doctrine n'a pas manqué de lui reprocher (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La dépolitisation du principe de subsidiarité

634. Principe éminemment politique, la subsidiarité a en droit de l'Union tout de la *Quaestio Diabolica* puisque son application revient à douter de la pertinence d'une intervention du législateur européen — du moins à l'interroger — alors même que celui-ci dispose d'une compétence (partagée). Le principe peut donc potentiellement remettre en cause la dynamique ascendante sur laquelle repose le processus d'intégration. Bien que hissé au rang « constitutionnel » par le traité de Maastricht, le principe de subsidiarité a rapidement été l'objet d'interprétations visant à minimiser son rôle. Ainsi en fut-il de la célèbre communication de la Commission du 27 octobre 1992 dans laquelle cette dernière prétendait que « pas plus que la proportionnalité, qui va de pair avec elle, la subsidiarité n'a été inventée

[1513] DE LA MALENE C., L'application du principe de subsidiarité, précité.

[1514] Conclusions de la présidence du Conseil européen d'Édimbourg, 11-12 décembre 1992.

à Maastricht »[1515]. La Commission allait jusqu'à affirmer, de façon quelque peu présomptueuse, que le principe de subsidiarité existait dans la pratique législative de la Communauté « depuis plus de quarante ans » et que ses exigences avaient toujours été prises en compte par les institutions communautaires.

635. En plus de contredire une doctrine quasi-unanime qui voyait dans la consécration du principe de subsidiarité une petite révolution[1516], une telle affirmation n'emportait pas la conviction de ceux qui, précisément, fustigeaient les tendances centralisatrices des institutions communautaires. Dans le même esprit, l'accord inter-institutionnel sur les procédures pour la mise en oeuvre du principe de subsidiarité, conclu en octobre 1993 et paraphé quelques jours avant l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, indiquait que les procédures pour la mise en oeuvre du principe visaient « à régir les modalités d'exercice des compétences reconnues aux institutions communautaires par les traités, afin de leur permettre d'atteindre les objectifs prévus par ceux-ci »[1517]. Il était, en outre, clairement précisé que ces procédures ne pouvaient remettre en cause l'acquis communautaire, ni les dispositions des traités relatives aux attributions des institutions, ni l'équilibre institutionnel. Ce texte reflétait les préoccupations des institutions de l'Union, tout particulièrement celles de la Commission, relatives à la consécration du principe de subsidiarité et inaugurait ce que d'aucuns ont nommé la « dépolitisation »[1518] du principe de subsidiarité dans la mesure où il annonçait le passage d'une « subsidiarité d'essence constitutionnelle », d'inspiration fédérale pourrait-on dire, censée régir l'exercice des compétences partagées, à une « subsidiarité législative »[1519].

636. En effet, il existe à l'heure actuelle, dans l'Union européenne, une véritable confusion, entre la fonction juridique du principe de subsidiarité (régulation de l'exercice des compétences partagées) et la recherche de l'amélioration de la qualité de la législation européenne. Cette confusion est, en grande partie, imputable à la Commission dont la volonté de ne pas entraver le dynamisme des compétences de l'Union est à l'origine d'une véritable « dérive fonctionnelle »[1520] qu'il conviendra de mettre en lumière. En tant que détentrice du

---

[1515] Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, SEC(1992), Le principe de subsidiarité, Bruxelles, le 27 octobre 1992, 22 pages.

[1516] A l'exception peut-être de K. Lenaerts et P. Van Ypersele : LENAERTS K, VAN YPERSELE P., « Principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3B Traité CE », *CDE,* n°1-2, 1994, p 9

[1517] Parlement, Conseil Commission, Déclaration interinstitutionnelle sur la démocratie, la transparence et la subsidiarité complétant le Conseil européen d'Édimbourg, Luxembourg, 25 octobre 1993, Bulletin des Communautés Européennes d'octobre 1993

[1518] MARTUCCI F., L'autonomie, précité,.

[1519] *Ibid*.

[1520] BLANQUET M., Compétences de l'Union européenne, Exercice des compétences - régulation. Jurisclasseur Europe, 2014, Traité, fasc. 175.

pouvoir d'initiative, celle-ci a, progressivement, orienté le principe de subsidiarité vers la légistique. Une autre confusion peut, du moins en partie, lui être imputée, celle du rapprochement conceptuelle entre la subsidiarité et la proportionnalité, au détriment d'une association entre la subsidiarité et la proximité, jugée trop dangereuse pour l'intégration.

637. Ainsi, en mettant l'accent sur les procédures, les exposés de motifs, l'obligation de motivation des actes législatif et la rédaction annuelle de rapports à la charge de la Commission, et sans prévoir d'autres garanties, la communication de 1993 invitait clairement cette dernière à se saisir du principe de subsidiarité et à lui donner une orientation subjective. Il en ressort que la subsidiarité a été volontairement dévoyée et neutralisée politiquement car réduite à une technique légistique (A). La procéduralisation du principe n'a pas été le seul élément de sa dépolitisation puisque la Commission s'est aussi attachée, dans ses communications postérieures, à lui conférer une signification juridique plus proche du sens couvert par le principe de proportionnalité, vidant la subsidiarité de son contenu politisé, à savoir la question du déclenchement d'une action au niveau le plus approprié. Ainsi, en mettant en avant l'intensité (proportionnalité) de l'action européenne et non le principe même de son déclenchement (subsidiarité *stricto sensu)*, la Commission entendait préserver la dynamique de l'intégration des forces centrifuges qui la menaçaient (B).

A. La réduction du principe de subsidiarité à une technique légistique : la dépolitisation par la procéduralisation

638. Dans la mesure où la Commission se voyait accorder un rôle spécifique dans l'application du principe de subsidiarité et le contrôle de son respect, la subsidiarité ne pouvait que devenir procédurale. Aussi a-t-elle rapidement élaboré des textes relatifs au processus de décision et expliqué les critères de mise en oeuvre du principe de subsidiarité et les conditions de son application qui furent, par ailleurs, établis dans les protocoles d'Amsterdam puis de Lisbonne. Comme le relève J. Barroche, la subsidiarité procédurale dont J. Delors a pu faire la promotion lors de son passage à la tête de la Commission, n'était plus la subsidiarité substantielle à laquelle il était attaché du fait de sa sensibilité fédérale[1521]. L'étude de l'évolution de l'usage du principe de subsidiarité, par l'examen croisé des discours émanant d'acteurs politiques et des communications de la Commission et protocoles de mise en œuvre, montre un passage progressif d'une subsidiarité initialement « matérielle » — dans

[1521] BARROCHE J., « La subsidiarité chez Jacques Delors. du socialisme chrétien au fédéralisme européen », *Politique européenne* 2007/3 (n° 23), p. 153-177, spéc.p. 168.

son acception territoriale et nécessairement politique[1522] — vers une subsidiarité plus « procédurale »[1523]. Il s'en est suivi un appauvrissement substantiel du principe qui réduit à une technique de légistique (1) ne pouvait qu'aboutir à des dérives procédurales (2).

1. L'appauvrissement légistique du principe de subsidiarité

639. L'accord inter-institutionnel relatif aux procédures de mise en oeuvre du principe de subsidiarité de 1993[1524], cité plus haut, prévoyait dès l'origine que « la Commission, dans l'exercice de son droit d'initiative, tient compte du principe de subsidiarité et justifie son respect »[1525]. Il était, en outre, précisé que « l'exposé des motifs de toute proposition de la Commission comporte une justification de la proposition au regard du principe de subsidiarité » et que les trois institutions, dans le cadre de leurs procédures internes, devaient vérifier « de façon régulière la conformité de l'action envisagée aux dispositions relatives à la subsidiarité, tant en ce qui concerne le choix des instruments juridiques que le contenu de la proposition ». Il résultait de l'invitation faite aux institutions, et plus particulièrement la Commission, à opter pour l'acte juridique le moins lourd et le moins contraignant pour les États, une « subsidiarité instrumentale »[1526] que la Commission n'allait pas tarder à investir.

640. Quant aux garanties prévues par le texte de 1993, il était seulement indiqué que le contrôle du respect du principe de subsidiarité devait s'effectuer dans le cadre du processus communautaire normal, et que la Commission devait établir « un rapport annuel à l'intention du Parlement européen et du Conseil sur le respect du principe de subsidiarité »[1527]. Il résulte de ces premières indications sur la signification du principe de subsidiarité, fraichement consacré par le traité de Maastricht, une certaine pédagogie et une méthodologie encore sommaire à l'adresse des institutions. Néanmoins, cette première tentative d'appréhender la subsidiarité s'accompagne d'un appauvrissement auquel contribueront les textes ultérieurs de la Commission. En effet, celle-ci ne fera qu'accentuer, dans ses rapports annuels sur l'application du principe de subsidiarité, l'aspect législatif, voire « légistique » de la subsidiarité, au détriment de sa dimension plus « constitutionnelle ». La Commission sera

---

[1522] La subsidiarité « territoriale » qui est la plus proche d'une conception fédérale du principe impose que les décisions prises par l'Union ou la Fédération le soient, en priorité, au niveau le plus proche des citoyens.

[1523] HANSON S., Entre Union européenne et région wallone, précité, p. 314. Cela constat sera d'autant plus valable au moment de Lisbonne avec l'entrée en scène des Parlements nationaux.

[1524] Parlement européen, Conseil, Commission, Déclaration inter-institutionnelle sur la démocratie, précité.

[1525] Il était d'ailleurs précisé que « le Parlement européen et le Conseil en font de même, dans l'exercice des attributions que leur confèrent respectivement les articles 138 B et 152 du traité instituant la Communauté européenne ».

[1526] BLUMANN C. & DUBOUIS L., Droit institutionnel de l'Union européenne, Paris, Litec, 3ème éd., 2007, p. 363.

[1527] *Ibid.*

ainsi à l'origine d'une confusion entre le principe de subsidiarité et la rationalisation du pouvoir normatif de l'Union européenne.

641. D'ailleurs, le principe est très souvent assimilé, à la faveur d'une « dérive fonctionnelle », au processus de simplification ou de refonte législative, de sorte que l'un des bilans les plus souvent présentés comme une traduction de la subsidiarité est « la régression spectaculaire des propositions législatives de la Commission »[1528].

642. Argument de maîtrise de l'action publique, la faiblesse de la subsidiarité vient du fait que conçue désormais comme une question de technique gestionnaire, elle ne peut qu'ignorer « la spécificité du politique »[1529]. Le protocole d'Amsterdam a aggravé ce phénomène dans la mesure où il indiquait que pour toute proposition de texte législatif, les motifs devaient faire l'objet d'une déclaration tendant à la justifier et à en démontrer la conformité au principe de subsidiarité et que les raisons permettant de conclure qu'un objectif communautaire pouvait être mieux réalisé à l'échelon communautaire devaient « s'appuyer sur des indicateurs qualitatifs » et, si possible « quantitatifs »[1530]. Aussi a-t-il ouvert la voie à une procéduralisation massive du principe de subsidiarité et à une dénaturation que le traité de Lisbonne n'a fait que confirmer en instituant le mécanisme d'alerte précoce. En effet, en associant les Parlements nationaux à l'examen du principe de subsidiarité par les institutions européennes, le traité de Lisbonne a renforcé les obligations procédurales pesant sur la Commission[1531].

643. Si l'instauration d'un contrôle *ex ante* du principe de subsidiarité par les Parlements— conçu pour améliorer le contrôle du principe en tenant compte de sa nature politique — a pu être interprété comme une 'déjuridicisation' de la subsidiarité au profit d'une 'resubjectivisation' ou 'repolitisation'[1532], nous y voyons plutôt une simple procéduralisation. En effet, en dépit des débats politiques, parfois passionnés, suscités par le mécanisme d'alerte précoce dans les Chambres des États membres, ce dernier n'a pas véritablement permis de réorienter le sens pris par le principe de subsidiarité dans la pratique législative des

---

[1528] BLANQUET M., Compétences de l'Union euroépenne, précité.

[1529] BARROCHE J., La subsidiarité chez J. Delors, précité. Voir aussi : FERRY J.-M. & THIBAUD P. (1992), *Discussion sur l'Europe*, Paris, Calmann- Lévy, coll. « Liberté de l'esprit ».

[1530] Pt 4 du Protocole (n° 30) annexé au Traité instituant la Communauté européenne par le Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997.

[1531] Voir en ce sens le Protocole (n°2) sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité Journal officiel n° 115 du 09/05/2008 p. 0206 - 0209. Aux termes de l'article 4, « la Commission transmet ses projets d'actes législatifs européens ainsi que ses projets modifiés aux parlements nationaux en même temps qu'au législateur de l'Union ».

[1532] BLUMANN C. & DUBOUIS L., Droit institutionnel de l'Union européenne, 2013, précité, p. 466.

institutions européennes[1533]. Aussi peut-on sérieusement douter de son efficacité, à l'instar de P. Simon qui y voit un « substitut limité »[1534]. Rappelons que même si la Commission a retiré sa proposition de règlement relatif au droit de mener des actions collectives dans le domaine de la libre prestation des services (Monti II), elle n'a jamais, malgré les pressions des Parlements ayant émis un carton jaune, admis l'avoir fait au motif d'une violation du principe de subsidiarité[1535].

644. Le principe de subsidiarité qui entend jouer à toutes les étapes de la procédure législative, *ex ante* et *ex post,* oblige la Commission à justifier, en matière de compétences partagées, toutes ses initiatives et à formellement motiver tout projet d'acte législatif. Avant chaque proposition, la Commission est tenue de procéder à de larges consultations et de prendre en compte la dimension nationale et depuis le traité de Lisbonne, la dimension locale de l'action envisagée au regard des objectifs. En outre, comme le prévoit l'actuel article 9 du protocole n°2 annexé au traité de Lisbonne, la Commission présente chaque année aux institutions européennes et aux parlements nationaux un rapport sur l'application du principe de subsidiarité[1536]. Ainsi que l'a noté F. Martucci, du fait de son dévoiement légistique, les manifestations du principe de subsidiarité sont dans la pratique des institutions essentiellement procédurales[1537]. Il convient, plus précisément, de mettre en lumière cette dérive qui ressort clairement des rapports publiés chaque année par la Commission[1538].

2. La dérive procédurale

645. Il ressort de la lecture des rapports et autres communications de la Commission relatives à l'application du principe de subsidiarité une sémantique trahissant une dérive « gestionnaire » de la subsidiarité[1539]. Ainsi que l'a relevé une doctrine généralement sceptique à l'égard de l'utilisation faite par la Commission du principe de subsidiarité, la multiplication des consultations, la constitution de comités, la publication d'avis, de « feuilles de route », d'analyses d'impact financier, de « fiche subsidiarité » et de divers rapports sont à l'origine d'une véritable littérature de la Commission, parfois indigeste. De toutes les

---

1533 Le nombre d'avis motivés rendus, tous les ans, par Parlements nationaux ne cesse d'ailleurs de fléchir et l'émission des cartons jaunes et cartons oranges est très faible (pour les premiers) ou inexistante (pour les seconds). Sur le mécanisme des cartons, voir le Protocole n°2, précité.

1534 SIMON P., La compétence d'incrimination de l'Union européenne, Bruylant, 2019, p. 367

1535 Il s'agissait du premier carton jaune émis par les Parlements.

1536 Ce rapport annuel est également transmis au Comité économique et social et au Comité des région.

1537 MARTUCCI F., L'autonomie entre efficacité et proximité, précité,.

1538 Ces rapports au nombre d'une vingtaine, portent, depuis quelques années, le titre « mieux légiférer » et peuvent être consultés en ligne sur le site internet de la Commission.

1539 *Ibid*.

institutions européennes, c'est bien elle qui a le plus investi, du moins sémantiquement, le principe de subsidiarité. L'on compte, à l'heure actuelle, plus d'une vingtaine de rapports — dans lesquels elle évalue la manière dont les institutions ont, chaque année, appliqué le principe de subsidiarité — et des communications, plus nombreuses encore, dans lesquelles la Commission livre son ressenti et la façon dont elle entend interpréter la subsidiarité.

646. Dans son rapport annuel de 2011[1540], la Commission a ainsi précisé qu'elle publierait, à l'avenir, des feuilles de route pour toutes les initiatives majeures. Ces feuilles de route qui ont pour objectif de présenter les intentions de la Commission comportent une première justification au regard des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Ces dernières sont « vérifiées ultérieurement au cours de la consultation des parties prenantes et des travaux relatifs à l'analyse d'impact ». En ce qui concerne la « fiche subsidiarité », rédigée pour chaque projet législative, cette dernière présente l'exposé des motifs, lesquels sont rappelés dans les considérants de la proposition. Quant aux analyses d'impact, « établies pour les propositions ayant des incidences importantes », ces outils permettent de fournir une analyse détaillée en matière de subsidiarité mais aussi de proportionnalité. Pour finir, comme le précise la Commission, cette analyse est ensuite contrôlée par un comité d'analyses d'impact.

647. Dans le même rapport, la Commission souligne la nécessité « d'assurer la transparence des arguments sur la subsidiarité et la proportionnalité, afin que les différents acteurs puissent débattre de manière constructive de la validité de leurs positions » et « apprécier le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité ». Cette transparence est assurée, selon la Commission, par la fameuse « fiche subsidiarité » et l'analyse d'impact. Pour autant, la Commission ne se contente pas de ces outils techniques puisqu'elle peut, à l'occasion, présenter des évaluations plus générales relatives à l'application du principe de subsidiarité et l'exigence de transparence dans la procédure législative.

648. Ainsi, dans un communiqué de presse en date du 23 octobre 2018[1541], la Commission a -t-elle fait part de son souci de voir le Parlement européen et le Conseil « améliorer la transparence de leurs procédures (par exemple les trilogues) afin de renforcer la participation des autorités locales et régionales ». Elle a ainsi exprimé le souhait de voir ces derniers associer davantage « les autorités locales et régionales au cours de la procédure législative » et suggéré au Comité des régions de « sensibiliser ses membres aux possibilités de contribuer

---

1540 *Mieux légiférer 2011*, Rapport de la Commission au Conseil européen, COM (2012) 373 final.

1541 European Commission, Press release - Amélioration de la réglementation: la Commission définit la voie à suivre pour renforcer la subsidiarité et la proportionnalité dans l'élaboration des politiques de l'Union.

à l'élaboration des politiques de l'Union » notamment par la création d'un « point nodal permettant d'acheminer plus efficacement ces contributions dans le processus institutionnel ».

649. De façon plus étonnante et critiquable, la Commission a également fait part, dans le même texte, de sa volonté de voir les autorités nationales « examiner les moyens d'associer plus efficacement les autorités locales et régionales au cours de la procédure législative ». Ce dernier point, tout en ayant trait à la procédure, recèle un paradoxe, caractéristique de l'instrumentalisation fonctionnelle de la subsidiarité par la Commission, dans la mesure où sous-couvert d'assurer et d'évaluer le respect du principe de subsidiarité dans l'Union, la Commission n'hésite pas à s'immiscer dans la pratique nationale afin d'encourager une certaine « décentralisation ». Or, le caractère plus ou moins décentralisé d'un État membre (sa nature unitaire, régionale ou fédéral) appartient précisément à l'autonomie institutionnelle, laquelle peut être vue comme une déclinaison de la subsidiarité au sens où il n'appartient pas à l'Union de s'immiscer dans l'organisation interne de l'État. Une telle conception de la subsidiarité semble, de la part de la Commission, abusive en ce sens qu'elle est intrusive (du moins peut-elle être perçue comme telle par les États unitaires fortement centralisés) et dénote une attitude clairement paradoxale à l'égard du principe consacré à l'article 5.3 TUE. Le deuxième paradoxe, qui sera abordé plus en détail dans les développements ultérieurs, réside dans le caractère éminemment politique d'une telle conception de la subsidiarité alors même que la Commission s'est engagée dans une entreprise de dépolitisation du principe[1542].

650. Pour revenir à un plan plus procédural, lorsque la Commission motive ses projets d'actes législatifs au regard du principe de subsidiarité, elle doit intégrer dans sa justification des indicateurs qualitatifs et quantitatifs ainsi qu'une évaluation des implications financières, réglementaires et législatives pour les États membres. Aussi la fiche subsidiarité devrait-elle « comporter des éléments permettant d'évaluer l'impact financier de la proposition, tenir compte de toute charge financière ou administrative et, lorsqu'il s'agit d'une directive, mentionner les implications sur les dispositions nationales et régionales »[1543]. Pour cela, la Commission doit se fonder sur des critères techniques de bonne gestion des fonds publics. Pour autant, comme l'admet la Commission, « le respect du principe de subsidiarité ne peut être vérifié par de seuls critères opérationnels »[1544]. En effet, conformément aux lignes directrices issues du Protocole d'Amsterdam, la Commission doit également examiner, sur le

---

[1542] En effet, la Commission renoue ici avec la subsidiarité-proximité du préambule en vertu de laquelle les décisions doivent être prises le plus près possible des citoyens, donc au niveau régional et local. Ce point sera traité dans le deuxième paragraphe de cette section.

[1543] Mieux légiférer 2011, Rapport de la Commission au Conseil européen, COM (2012) 373 final.

[1544] Mieux légiférer 2011, Rapport de la Commission au Conseil européen, COM (2012) 373 final.

fond, les critères de mise en œuvre du principe de subsidiarité qui consistent en deux conditions distinctes et cumulatives : l'insuffisance d'une action étatique révélant la nécessité d'une action européenne, d'une part, et la valeur ajoutée de l'action européenne, d'autre part.

651. Ces critères revêtent un caractère politique incontestable car leur logique repose sur « un intérêt général européen sur lequel il est peu aisé de s'accorder »[1545]. En outre, ils se révèlent politiquement dangereux dans la mesure où leur stricte application pourrait aboutir à une remise en cause de l'intégration . C'est sans doute pour cette raison que la Commission a insisté, dans son rapport *Mieux légiférer* de 2011, sur le fait que le protocole, tel que révisé par le traité de Lisbonne, « ne mentionne plus les tests de conformité tels que la vérification de la nécessité d'une action et de la valeur ajoutée de l'action de l'Union »[1546]. Cette dernière estime ainsi que « le mode d'application est davantage axé sur les aspects procéduraux permettant de garantir que tous les acteurs clés puissent se faire entendre »[1547].

652. Il reste que, sur le fond, la subsidiarité doit bien comporter un sens matériel. En effet, recourir au principe de subsidiarité sans qu'aucun critère de définition ne soit précisément et juridiquement identifié se révèle une entreprise des plus risquées[1548]. Aussi la Commission s'est-elle hâtée d'assimiler conceptuellement le principe de subsidiarité au principe de proportionnalité qui constitue une menace moins grande pour la construction de l'Union. Outre la procéduralisation du principe de subsidiarité, l'assimilation de ce dernier principe au principe de proportionnalité constitue une autre stratégie de « dépolitisation » sur laquelle il convient de s'arrêter.

B. La dépolitisation du principe de subsidiarité par son assimilation au principe de proportionnalité

653. Sur le plan conceptuel, la subsidiarité de l'article 5.3 TUE devait impérativement être détachée de la subsidiarité-proximité consacrée par le préambule qui faisait référence à une Union « dans laquelle les décisions sont prises (…) le plus près possible des citoyens ». L'équation « proximité = efficacité » qui malgré ses limites constituait pour beaucoup une présomption sur laquelle leur compréhension d'un principe comme la subsidiarité se fondait,

---

[1545] BARROCHE J., « Discours et pratique de la subsidiarité européenne depuis le traité de Maastricht jusqu'à nos jours », *Droit et société,* 2012, vol. 1, 80, pp 13- 29.

[1546] Mieux légiférer, précité.

[1547] *Ibid*., La Commission souligne toutefois qu'elle continuera « à utiliser la vérification de la nécessité et de la valeur ajoutée » dans son cadre analytique et recommande aux autres acteurs de faire de même.

[1548] AUDOUY L, Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme, p. 13 ; Voir aussi : LEURQUIN-DE VISSCHER F.,« Existe-t-il un principe de subsidiarité ? » in *Le principe de subsidiarité*, Bruylant, LGDJ, 2002, p. 52 et suiv.

ne pouvait que se révéler préjudiciable au processus d'intégration. C'est pourquoi, seule une interprétation fonctionnelle de la subsidiarité, prenant en compte les nécessités de la construction européenne, était apte à renverser la présomption[1549]. En effet, comprise comme un principe de proximité, susceptible de combler le supposé déficit démocratique de l'Union, la subsidiarité de Maastricht ne pouvait que disqualifier politiquement l'action européenne, les échelons nationaux, régionaux et locaux étant par définition plus proches des citoyens.

654. Aussi a-t-il fallu trouver un autre principe, moins politique, à la lumière duquel interpréter le principe de subsidiarité. Le principe de proportionnalité se présentait comme le candidat idéal dans la mesure où il avait été consacré simultanément par le traité de Maastricht. Ainsi, si la proximité pouvait être comprise comme la dimension politique de la subsidiarité, la proportionnalité apparaissait comme son versant plus juridique. C'est d'ailleurs en ce sens que semblait s'orienter, au début des années 1990, la Cour de justice qui, prenant acte de la « connotation largement politique » du principe de subsidiarité, avait déclaré dans une de ses communications se référer « à un autre principe, peut-être de caractère plus modeste, qui, depuis longtemps, est pris en compte comme élément d'interprétation pour la délimitation des compétences permettant aux institutions d'imposer des obligations aux citoyens communautaires, et notamment aux opérateurs économiques, et dont la violation constitue également un moyen d'annulation et d'exception, à savoir le principe de proportionnalité »[1550]. Aussi, après Maastricht, la Commission s'est-elle hâtée de donner au principe une signification « moins tournée vers la proximité que vers la proportionnalité »[1551]. Une telle interprétation s'est faite à la faveur d'une certaine confusion conceptuelle entre les deux principes, aggravée par les Protocoles ultérieurs qui ont toujours associé les principes de subsidiarité et de proportionnalité.

655. L'assimilation du principe de subsidiarité à la proportionnalité présente deux avantages pour l'Union européenne : si elle permet, tout d'abord, de « juridiciser » le principe de subsidiarité dont le caractère politique peut être un obstacle au contrôle de son respect, notamment pour un organe juridictionnel comme la Cour de justice (1) elle permet également, et de façon assez habile, de désamorcer la charge potentiellement « désintégrationniste » du principe de subsidiarité en substituant à la question du déclenchement de l'action, celle de son intensité (2).

[1549] AGUILON C., Justice constitutionnelle et subsidiarité, précité p. 108.

[1550] Communication de la Cour de justice du 20 décembre 1990 à l'attention de la conférence intergouvernementale sur l'Union politique de 1991.

[1551] BARROCHE J., « La subsidiarité : quelle contribution à la construction européenne ? », *Revue Projet* 2014/3 (N° 340), p. 66-75.

1. Un moyen de juridiciser le principe de subsidiarité

656. Nous avons déjà eu l'occasion de présenter les liens étroits qui unissent le principe de subsidiarité de l'article 5.3 TUE, d'une part, et le principe de proportionnalité de l'article 5.4 TUE, d'autre part, en englobant ces deux aspects dans le concept de subsidiarité *lato sensu*, et en proposant une lecture de la subsidiarité comprise en termes de « proportionnalité fédérale »[1552]. Pour autant, cette hypothèse n'est pas pertinente dans les développements qui suivent dans la mesure où il s'agit ici de montrer la façon dont la Commission s'est servie d'un principe comme la proportionnalité pour conférer un sens juridique au principe de subsidiarité que d'aucuns rattachaient au principe politique de proximité. En effet, si à l'époque de l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, la subsidiarité était invoquée comme un « mot d'ordre politique » censé résorber le déficit démocratique[1553], le lien établi entre principe de proximité et principe démocratique était de nature à condamner d'emblée « toute initiative en faveur de l'intégration européenne » car en augmentant le niveau de la prise de décision, l'on diminuait, fatalement, son caractère démocratique[1554]. Entendue dans le sens de la proximité, la subsidiarité ne pouvait qu'aboutir à une impasse juridique. En revanche, le fait de concevoir la subsidiarité comme une garantie, pour les États comme pour les citoyens, que le niveau européen n'interviendra que dans la mesure du nécessaire permettait de réintroduire une dimension juridique dans l'application du principe et le contrôle de son respect par les institutions de l'Union. Cette dimension juridique était permise par l'introduction d'un principe comme la proportionnalité, bien connue de la Cour de justice et aux conséquences juridiques plus précises[1555].

657. C'est en ce sens que s'est inscrite la communication de la Commission, du 27 octobre 1992, dans laquelle celle-ci a affirmé sans détour que « l'application du principe de subsidiarité depuis plus de quarante ans a correspondu à une double exigence : celle de la nécessité de l'action communautaire, celle de la proportionnalité des moyens d'action aux objectifs »[1556]. C'est également dans cette approche globale que s'est inscrit son premier

---

[1552] Voir en ce sens le Chapitre I, du Titre I de la première partie de cette thèse. La proportionnalité fédérale doit être distinguée de la proportionnalité libérale, la première se rattachant à la protection de l'autonomie nationale, la seconde ayant pour objet de préserver les droits et libertés des individus.

[1553] BARROCHE J., Discours et pratique de la subsidiarité européenne depuis le Traité de Maastricht jusqu'à nos jours, *Droit et société*, 2012, vol.80 n°1, p.16. Voir sur son utilisation comme instrument de communication politique à cet égard : *Ibid*., pp.16-20.

[1554] GUILLOUD L., Le principe de subsidiarité en droit communautaire et en droit constitutionnel, Petites affiches, 19 avril 2007 n° 79, p.55.

[1555] BARROCHE J.,Barroche, « La subsidiarité chez Jacques Delors. précité, p. 153-177.

[1556] Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, SEC(1992), Le principe de subsidiarité, Bruxelles, le 27 octobre 1992, 22 pages.

rapport consacré à l'application du principe de subsidiarité dans lequel la subsidiarité devait être entendue dans un « sens large, incluant le principe de proportionnalité » à l'instar de l'article 3 B et des conclusions du Conseil européen d'Édimbourg auxquels elle se référait[1557].

658. L'approche englobante des principes de subsidiarité et de proportionnalité a été rapidement investie par l'ensemble des institutions de l'Union, notamment par la Cour de justice, comme l'atteste la communication de 1990 dans laquelle celle-ci s'était expressément référée au principe de proportionnalité pour interpréter le principe, éminemment politique, de subsidiarité[1558]. Cette attitude ne saurait suspendre venant d'un organe juridictionnel par définition peu à même de se prononcer sur des questions politiques. D'autant plus que contrairement au principe de subsidiarité qui — malgré les allégations de la Commission sur une prétendue application implicite du principe — était étranger à l'ordre juridique communautaire, la proportionnalité constituait un principe général du droit communautaire bien connu et solidement ancré dans la jurisprudence de la Cour du fait de sa consécration prétorienne précoce[1559]. Ainsi que l'a fort justement souligné J. Barroche « disposant (…) d'un principe de proportionnalité qu'il avait lui-même forgé, le juge communautaire a naturellement eu tendance à lire (…) la subsidiarité à la lumière de la proportionnalité. À cette explication contingente s'en ajoutait une autre. Dans le cadre du contrôle de proportionnalité, le juge met en balance des situations circonstanciées (selon un bilan coûts-avantages), il compare différentes manières concrètes dont une compétence peut être exercée et se place ainsi dans la possibilité de qualifier juridiquement une situation objective sans entrer de plain-pied dans le cœur sensible de l'appréciation en opportunité. À l'inverse, un contrôle, de plein droit, de la subsidiarité conduirait logiquement la Cour à se poser une question de pure opportunité relevant en théorie du seul niveau politique »[1560].

659. L'assimilation des principes de subsidiarité et de proportionnalité par un acteur comme la Commission ne poursuivait pas exclusivement, nous semble-t-il, la volonté de faciliter la tâche à la Cour de justice dans son appréciation du respect du principe de subsidiarité. De façon plus ou moins inavouée, il s'agissait surtout, pour la Commission, de préserver la logique fonctionnelle de l'intégration. En effet, dans sa communication du 27 octobre 1992, la Commission n'a-t-elle pas mis en garde à plusieurs reprises les institutions

---

[1557] Rapport de la Commission au Conseil européen, 25 novembre 1994 (COM (1994) 533).

[1558] Communication de la Cour de justice du 20 décembre 1990 à l'attention de la conférence intergouvernementale sur l'Union politique de 1991.

[1559] CJCE, Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einführ und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittell, 17 décembre 1970 (aff. 11- 70, Rec., p. 1125) ; CJCE, Casagrande, 3 juillet 1974 (aff. 9-74, Rec., p. 773) ;

[1560] BARROCHE J., « Discours et pratique de la subsidiarité européenne depuis le traité de Maastricht jusqu'à nos jours », *Droit et société,* 2012, vol. 1, 80, pp 13- 29.

contre le danger que le principe de subsidiarité représentait pour l'Union du fait qu'une application trop stricte de ce principe pouvait aboutir à « bloquer progressivement le processus de décision » ?[1561] Aussi la proportionnalité a-t-elle fourni le moyen judicieux de contenir les virtualités centrifuges et potentiellement nocives de la subsidiarité.

2. Un moyen habile de désamorcer la logique désintégrationniste du principe de subsidiarité

660. À la faveur du flou conceptuel ayant en pratique présidé à l'assimilation de la subsidiarité et de la proportionnalité, la Commission s'est progressivement focalisée sur un travail de décrue législative et réglementaire en concentrant ses efforts sur la seule proportionnalité, au détriment de la subsidiarité *stricto sensu*. L'objectif d'amélioration de la qualité de la législation communautaire qui devait passer par un travail de simplification et de rationalisation des textes, déjà en vigueur ou à l'état de projet, que la Commission n'a cessé d'afficher dans ses rapports sur l'application du principe de subsidiarité, a fini par agacer nombre de commentateurs. En effet, si la Commission tend à se placer sous l'égide du principe de subsidiarité lorsqu'elle vante les mérites de la décrue législative, certains ont fait remarquer qu'il s'agissait là d'une confusion avec le principe de proportionnalité. Ainsi que le soulignait C. De la Malène dans son rapport au Sénat français de 1997, « le principe de subsidiarité va (…) plus loin qu'une simple réaction contre un excès de réglementation : sinon, il se confondrait (…) avec le principe de proportionnalité »[1562]. En effet, le véritable intérêt de la subsidiarité, poursuit l'auteur du rapport, « est d'introduire un double souci d'efficacité et de démocratie, en réponse au double déficit que la construction européenne est susceptible de receler dans ces domaines ». Pour les acteurs nationaux comme les parlementaires, la proximité est nécessairement source d'efficacité et de démocratie. Aussi n'est-il guère surprenant de voir les termes du débats opposer systématiquement, dans les chambres législatives des États membres, une subsidiarité-proximité à une subsidiarité-proportionnalité.

661. La subsidiarité-proportionnalité que la Commission prône dans ses communications et ses rapports s'analyse, sur le plan quantitatif, comme une invitation à la décrue législative et, sur un plan plus qualitatif, comme une amélioration de la législation européenne. Dans la mesure où elle a le monopole de l'initiative des actes législatifs, elle seule peut décider de retirer un projet ou proposer de modifier ou abroger un texte en vigueur. Mais, au-delà de son

---

[1561] Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, précité.

[1562] DE LA MALENE C., L'application du principe de subsidiarité, précité.

utilité, il n'est pas évident qu'une telle démarche ait beaucoup contribué au progrès de la réflexion sur l'application du principe de subsidiarité, sur le fond. Ainsi que le note l'ancien sénateur dans son rapport, le fait de mettre l'accent sur le caractère inutilement détaillé de la réglementation européenne sur certains points seulement, revient à déplacer le débat sur la question du respect de la subsidiarité vers celui de la proportionnalité, tandis que le débat sur le principe même des interventions de l'Union se trouve, finalement, occulté[1563]. En effet, le caractère parfois détaillé de la législation européenne, comme peuvent l'être les législations nationales, n'est pas l'élément le plus préoccupant au regard d'un principe comme la subsidiarité. Ce sont, bien davantage, les actions de l'Union européenne dont l'efficacité se révèle incertaine et dont les coûts peuvent paraitre trop élevés qui s'avèrent critiquables et qui devraient subir un examen approfondi sous l'angle de la subsidiarité.

662. Il y a sans nul doute dans la confusion opérée plus ou moins volontairement des principes de subsidiarité et de proportionnalité, un certain pragmatisme de la part de la Commission. Mais ne peut-on pas y voir plutôt une stratégie visant à instrumentaliser la subsidiarité à des fins exclusivement favorables à l'intégration européenne ? Il est clair qu'une approche globale de l'application des principe de subsidiarité et de proportionnalité permet d'éviter à la Commission un contrôle formalisé du principe de subsidiarité, ce qui aurait pour effet d'entraver l'action de l'Union. Certains auteurs, comme J. Barroche, vont néanmoins encore plus loin en affirmant que « la proportionnalité est prioritairement – et par construction – prédisposée à servir l'intérêt communautaire » et que dans cette stratégie d'assimilation « plus ou moins impensée », la Commission a trouvé un allié de poids dans la Cour de justice, « institution à l'origine de l'entrée du principe de proportionnalité en droit communautaire »[1564]. Cette analyse, sans être erronée, nous semble toutefois excessive.

663. En réalité, l'analyse de la jurisprudence montre, comme nous aurons l'occasion de le constater dans les développements suivants[1565], que la Cour n'a amalgamé le contrôle des principes de subsidiarité et de proportionnalité que de façon exceptionnelle et que les arrêts les plus récents tendent, tout au contraire, à distinguer de façon rigoureuse les deux principes. En effet, si la Commission retient souvent une approche globale des deux principes et une conception instrumentale de la subsidiarité, qui s'avère être à géométrie variable, la Cour de justice adopte, du fait de sa fonction, une position plus « minimaliste » de ce principe.

[1563] *Ibid.*

[1564] BARROCHE J., Discours et pratiques, précité.

[1565] Voir la deuxième section de ce Chapitre.

664. Précisons, pour finir, que la confusion sur un plan conceptuel des principes de subsidiarité et de proportionnalité que l'on peut déceler dans la pratique des institutions européennes, exclut néanmoins toute confusion de nature juridique de ces deux principes dans la mesure où le régime juridique de l'article 5.4 TUE est différent de celui de l'article 5.3 TUE. Aussi la Commission a-t-elle toujours pris soin de souligner que les Parlements nationaux ne sauraient remettre en cause ses propositions d'actes législatifs en recourant au principe de proportionnalité, consacré à l'article 5.4 TUE, dans la mesure où ces derniers sont seulement habilités à veiller au respect du principe de subsidiarité, conformément à l'article 5.3 TUE et au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité. En effet, autoriser les chambres à contrôler le respect du principe de proportionnalité reviendrait à mettre en danger l'exercice par l'Union de ses compétences exclusives dans la mesure où l'article 5.4 TUE n'est pas, contrairement à l'article 5.3 TUE, cantonné aux compétences partagées.

Paragraphe 2. L'instrumentalisation fonctionnelle du principe de subsidiarité à des fins de légitimation de l'action européenne

665. Comme nous venons de le constater, la Commission peut avoir une interprétation assez fluctuante de la subsidiarité dans la mesure où ce principe peut tantôt être conçu comme un instrument légistique, tantôt se rattacher au principe de proportionnalité. Dans les deux cas, nous avons cru déceler une tentative de dépolitisation du principe de subsidiarité dans la mesure où il s'est agi d'éloigner, si l'on peut dire, le spectre de la proximité. Ainsi peut-on penser que la Commission a exclusivement cherché à opposer à une subsidiarité-proximité d'inspiration politique (fédérale ou souverainiste) une subsidiarité-efficacité d'essence fonctionnaliste et utilitariste, plus favorable à l'intégration. En effet, là où la subsidiarité-proximité poursuit l'objectif d'une plus grande démocratie en favorisant le niveau d'action le plus proche du citoyen (national, régional, local), la subsidiarité-efficacité tend vers une meilleure réalisation de l'action en se fondant sur le critère de la plus grande efficacité de l'autorité supérieure (l'Union européenne)[1566]. Cette analyse n'est en réalité que partiellement vraie. L'instrumentalisation à laquelle la Commission s'est livrée en matière de subsidiarité, ces dernières années, se révèle bien plus subtile dans la mesure où celle-ci a su, « par un savant dosage de discours et de pratique jouer sur la réversibilité du principe de subsidiarité », notamment pour l'utiliser comme un « argument de poids pour arbitrer ses conflits d'intérêts

[1566] Nous reprenons ici l'opposition mise en lumière par L. Audouy dans sa thèse Le principe de subsidiarité au sens du droit de la convention, précité, p. 14.

avec les États »[1567]. Plus fondamentalement, la subsidiarité a servi d'argument de légitimation de l'action de la Commission face aux velléités étatiques.

666. La Commission bénéficie, à l'instar de la Cour de justice, d'une légitimité fonctionnelle[1568]. À la différence de la légitimité du Conseil ou du Parlement qui découle de leur origine, la légitimité de la Commission vient des missions que le traité lui assigne et de son rôle dans le système juridique de l'Union. Le prétendu déficit de légitimité dont souffre l'Union européenne, dénoncé à chaque moment charnière de l'intégration européenne et que la consécration d'un principe comme la subsidiarité-proximité dans le préambule visait à estomper, oblige la Commission à trouver de nouvelles formes de légitimation. En effet, tant que l'intégration ne concernait que des domaines techniques sans forte dimension politique, ce déficit était toléré dans la mesure où les bénéfices tirés de l'intégration économique – de nature à doter l'Union d'une forme de légitimité fonctionnelle – tendaient à faire de son déficit de légitimité « un problème de second ordre »[1569]. Cependant, lorsque l'intégration européenne s'est heurtée à de nouvelles difficultés, notamment au moment de l'achèvement du marché intérieur, la question de la légitimité démocratique de l'Union s'est posée avec plus de force. Il semblerait que la volonté de la Commission de légitimer son action (et celle de l'Union en général) ait été à l'origine d'une double instrumentalisation du principe de subsidiarité.

667. De façon assez curieuse, pour ne pas dire contradictoire, la Commission s'est la plupart du temps fondée sur l'efficacité pour légitimer l'action de l'Union, d'une part, et plus ponctuellement sur la proximité pour, semble-t-il, affaiblir l'échelon étatique et légitimer, de façon indirecte, son action et celle de l'Union, d'autre part. Une telle attitude, si elle n'est pas totalement incohérente ou irrationnelle au regard des objectifs poursuivis, à savoir la quête d'une plus grande légitimité, semble non seulement manquer de rigueur juridique mais aussi de sincérité. L'on s'attachera, dans un premier temps, à présenter ce « fonctionnalisme par le haut » par lequel la Commission cherche une légitimation par l'efficacité et la rationalité, conformément à la logique qui est la sienne depuis toujours (A). Il nous restera ensuite à examiner l'hypothèse d'un « fonctionnalisme par le bas » *a priori* plus surprenant car fondé

[1567] BARROCHE J., Discours et pratique, précité.

[1568] Si la première incarne la légitimité intégrative en ce qu'elle est chargée de représenter l'intérêt général de l'Union, la seconde incarne la légitimité juridique qui consiste à faire respecter le droit de l'Union. En ce sens : SIMON D., *Le système juridique communautaire*, Paris : PUF, 3 éd., 2001, 779 p.

[1569] LETOURNEUR-FABRY, E., « Le déficit de légitimité des institutions européennes : un procès en cours d'instruction », *Parlement[s], Revue d'histoire politique*, vol. 1, no. 1, 2004, pp. 65-77.

sur la proximité mais visant également à légitimer l'action de l'Union européenne, de façon plus insidieuse (B)[1570].

A. Le fonctionnalisme par le haut : la légitimation par l'efficacité et la rationalité

668. Dans un premier temps, la Commission a cherché à concevoir le principe de subsidiarité comme un simple outil technique, et non comme un principe politique. Cette approche s'inscrivait parfaitement dans la dimension dépolitisée de la construction européenne, à ses débuts du moins. Cette neutralisation politique faisait ainsi écho à la méthode fonctionnaliste préconisée par J. Monnet pour « faire échec aux oppositions idéologiques à la construction européenne »[1571]. Il s'agissait avant tout de faire de la subsidiarité l'instrument privilégié dans la recherche de l'efficacité de l'action normative sur un plan matériel mais également, sur un plan plus formel, de la qualité de la norme européenne. Le principe fonctionnel de subsidiarité a donc servi à la « re-légitimation » de l'action communautaire dans la mesure où celle-ci n'était pas intrinsèquement légitime en raison de l'éloignement de l'échelon européen par rapport à l'échelon national. Cela s'est traduit, sur le fond, par la mise en avant du test de l'efficacité comparative dans la détermination de l'échelon compétent le plus efficace à agir (1) et, sur la forme, par la mise en valeur de la qualité de la norme européenne à la faveur des efforts de rationalisation et de simplification de la législation européenne (2).

1. La mise en avant du test de l'efficacité comparative dans la détermination de l'échelon compétent : la subsidiarité-efficacité

669. À la subsidiarité-proximité brandie par les acteurs politiques étatiques et infra-étatiques — on pense notamment aux *Länder* allemands[1572] —, trouvant sa source dans le préambule des traités de l'Union et en vertu de laquelle les décisions doivent être prises le plus près possible des citoyens, la Commission européenne a pu opposer la subsidiarité-

---

[1570] Nous empruntons l'expression « fonctionnalisme par le haut/ par le bas » à O. Rozenberg. Voir Rozenberg O., *Les députés français et l'Europe : tristes hémicycles*. L'auteur affirme que le concept de subsidiarité d'essence fonctionnaliste peut s'interpréter selon deux optiques : au fonctionnalisme par le haut, fondé sur l'efficacité répondrait un fonctionnalisme par le bas qui s'appuie sur la proximité.

[1571] BERTHIER DEMONFORT S., Le principe d'ouverture en droit de l'Union européenne, Contribution à l'étude de l'influence des citoyens dans la prise de décision européenne, thèse, Limoges, 2016, p. 271

[1572] En effet, le fédéralisme des Länder allemands se veut foncièrement décentralisateur et régionnaliste. On sait la contribution substantielle de ces derniers à la consécration d'un principe comme la subsidiarité dans l'Union. Il s'agissait, pour les Länder, de revendiquer plus d'autonomie dans le processus d'intégration qui tendait à remettre en cause l'exercice de leurs compétences, notamment législatives. En ce sens : BARROCHE J., « La subsidiarité : quelle contribution à la construction européenne ? », *Revue Projet* 2014/3 (N° 340), p. 66-75.

efficacité, cette dernière étant précisément fondée sur le critère de la plus grande efficacité de l'échelon supérieur, à savoir l'Union. Le critère de la plus grande efficacité qui n'est certes pas mentionné tel quel dans les dispositions de l'article 5.3 TUE découle, en réalité, d'une certaine interprétation de cet article. L'article 5.3 TUE indique en effet qu' « en vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union ». L'identification des critères justifiant le déclenchement de l'action de l'Union (par définition subsidiaire par rapport à l'action étatique) n'est pas aisée car la formulation est, pour le moins, ambiguë. Cette indétermination permet une certaine liberté dans l'interprétation des dispositions de l'article 5.3 TUE et tout particulièrement dans le choix du critère déterminant. De façon schématique, l'on oppose le critère de l'insuffisance du niveau inférieur ou celui de sa défaillance (« de manière suffisante ») au critère de la meilleure efficacité du niveau supérieur (« mieux »). Il ressort de l'analyse que la Commission a privilégié, sans surprise, le second.

670. En effet, l'observation révèle que pour réguler l'exercice des compétences au regard du principe de subsidiarité, la Commission s'appuie essentiellement sur cette seconde condition issue des dispositions de l'article 5.3 TUE. Cette dernière est fréquemment nommée « test de l'efficacité comparative » ou encore critère de l'amélioration qualitative[1573]. L'objectif de la Commission est de mettre en avant la valeur ajoutée de l'action européenne par rapport à l'action étatique en prônant une stricte rationalité. L'appréciation doit donc reposer sur des éléments présentés comme objectifs afin d'éviter une approche politisée de la subsidiarité tendant à mettre en avant les préoccupations étatiques comme l'autonomie ou l'identité nationale, eu égard à la sensibilité de certaines matières. Ces éléments dits objectifs peuvent se fonder, conformément à l'article 5.3 TUE, sur la dimension — locale, nationale ou transnationale — et les effets de l'action envisagée. Une telle approche est d'autant plus favorable à l'Union que la dimension transnationale de certains objectifs, comme l'intégration des marchés nationaux, appelle presque par définition une action européenne.

[1573] En ce sens : AUDOUY L., Le principe de subsidiarité au sens de la Convention, précité, p. 18. Voir aussi MICHEL V., *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, L'harmattan, 2003, p. 478 ; BLUMANN C. et DUBOUIS L, *Droit institutionnel de* l'Union européenne, précité, p. 464 ; DELCAMP A., « Droit constitutionnel et droit administratif : principe de subsidiarité et décentralisation », *RFDC*, 1995, n°23, p. 619.

671. Pour les tenants de la subsidiarité-proximité, c'est tout au contraire le critère de l'insuffisance de l'action étatique, que certains auteurs assimilent purement et simplement à un critère de nécessité, qui est perçu comme déterminant et qui doit donc être privilégié dans la question du déclenchement de l'action de l'Union. Dans cette optique, l'action de l'Union est guidée par la seule nécessité, et non sa plus grande efficacité. Il s'agit davantage d'une logique de suppléance. En d'autres termes, même si l'action européenne est plus efficace qu'une action étatique, l'Union devra s'abstenir d'intervenir dans la mesure où les États, bien que moins efficaces, ne sont pas pour autant totalement défaillants. Aussi, la légitimité de l'intervention de l'Union ne peut que résulter de « la preuve que les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États »[1574]. Cette approche est néanmoins rejetée par la Commission. En effet, dans son test d'efficacité comparative, la Commission se concentre essentiellement sur la plus value de l'action européenne comme en témoignent ses rapports *Mieux légiférer,* lesquels insistent toujours sur la nécessité de prendre en compte les « aspects transnationaux qui ne peuvent être réglés de manière satisfaisante par l'action des États membres » et surtout les « avantages manifestes » d'une action de l'Union « par rapport à une action au niveau des États membres »[1575].

672. Si les deux critères (l'insuffisance et la plus grande efficacité) sont souvent présentés comme cumulatifs, notamment par la Commission elle-même, cette présentation reste très théorique car il ressort de la pratique des institutions que celui de la valeur ajoutée tend largement à prévaloir. Ne serait-ce que parce que la preuve formelle d'une insuffisance de l'action nationale se révèle en pratique très difficile à apporter. Dans ses conclusions sous l'arrêt *Allemagne c/ Parlement et Conseil* du 5 octobre 2000, l'Avocat général N. Fennely estimait d'ailleurs qu'il ne « saurait exister de critère d'efficacité comparative entre les actions potentielles des États membres et de la Communauté. Si tel était le cas, cela soulèverait des questions encore plus délicates. Comment, en particulier, évalue-t-on les avantages comparatifs d'une action d'harmonisation communautaire pour la poursuite du marché intérieur et des règles des États membres portant sur des préoccupations nationales de fond ayant un caractère tout à fait autre »[1576].

673. Comme nous aurons l'occasion de le constater, la mise en avant de la subsidiarité-efficacité est loin d'être aussi neutre que le prétend la Commission. La technicité et la rationalité dont se pare la subsidiarité matérielle ne saurait occulter son instrumentalisation.

[1574] MICHEL V., Recherches sur les compétences de la Communauté européenne, L'harmattan, 2003, p. 477.

[1575] *Mieux légiférer 2002*, Rapport de la Commission au Conseil européen, COM (2003) 770 final, p 17.

[1576] Conclusions sous CJCE, 5 octobre 2000, République fédérale d'Allemagne c/ Parlement européen et Conseil, aff. C-376/98, Rec. page I-08419.

En effet, cette conception dépolitisée de la subsidiarité, loin d'être un frein à l'intégration, en devient l'instrument privilégiée, notamment dans le domaine économique. Elle pose une présomption en faveur de l'Union et inverse l'équation originelle : « proximité = efficacité » à la faveur d'une certaine dénaturation du principe de subsidiarité. L'action combinée du critère de la plus grande efficacité et de la poursuite des objectifs des traités offre ainsi un biais favorable à l'intervention de l'Union en même temps qu'elle légitime son action auprès des États et des citoyens. Il ne s'agit bien évidemment pas de la légitimité démocratique, la subsidiarité-efficacité s'étant substituée à la subsidiarité-proximité, mais d'une légitimité fonctionnelle. L'on peut ainsi voir dans l'application du principe de subsidiarité une véritable légitimation par l'efficacité qui renoue avec le fonctionnalisme européen. Cette vision triomphe tout particulièrement dans le domaine du marché intérieur, compétence partagée dans laquelle la subsidiarité ascendante tend à s'exprimer de façon systématique.

674. Le paradigme de l'efficacité ne s'est pas uniquement emparé de la subsidiarité matérielle puisque l'on constate dans les discours de la Commission une rhétorique similaire en ce qui concerne l'aspect plus procédural de l'application du principe de subsidiarité, à savoir la quête quasi-obsessionnelle du « mieux légiférer ».

2. La mise en valeur de la qualité de la législation européenne : efficacité et rationalisation dans le processus normatif de l'Union

675. Dans la mesure où nous avons déjà abordé la question de la légistique, notamment sous l'angle de l'amalgame entre subsidiarité et amélioration du processus décisionnel, nous n'y consacrerons pas des développements substantiels. Notons cependant qu'en ce domaine, caractérisé par une dérive fonctionnelle et une instrumentalisation procédurale de l'application du principe de subsidiarité, la rhétorique de la Commission s'axe également sur la notion d'efficacité et ses concepts corollaires d'amélioration, de rationalisation, de simplification etc. Les meilleurs exemples en sont les fameux rapports *Mieux légiférer* publiés chaque année par la Commission[1577].

676. Dès novembre 1993, le premier rapport relatif à l'application du principe de subsidiarité met d'emblée l'accent sur la nécessité d'une refonte de la législation communautaire existante[1578]. Il s'agit pour la Commission de simplifier et donc d'améliorer la

---

[1577] Il semblerait que ces rapports sur l'application du principe de subsidiarité soient ainsi nommés depuis 2002 même si leur publication est antérieure à cette date puisqu'elle remonte à l'entrée en vigueur du traité de Maastricht.

[1578] Rapport du 24 novembre 1993 au Conseil européen de Bruxelles sur l'adaptation de la législation existante au principe de subsidiarité (COM (1993).

qualité de l'action communautaire dans la mesure où tel est, selon elle, l'objectif principal visé par le principe de subsidiarité. Dans son deuxième rapport, publié l'année suivante[1579], la Commission confirme son vaste projet de refonte de la législation en vigueur. Comme le relève M. Blanquet « à partir de 1995, subsidiarité et 'mieux légiférer' sont quasiment confondus, les rapports, à partir de cette année, concernant à la fois la subsidiarité, la proportionnalité, la simplification et la codification »[1580]. Ces critères de « bonne technique législative », qui ne doivent pas être confondus ni totalement assimilés aux principes juridiques de subsidiarité et de proportionnalité[1581], présentent pour la Commission un double avantage : le premier, déjà abordé, consiste à dépolitiser le principe de subsidiarité. Le second avantage consiste à légitimer l'action européenne et plus spécifiquement la sienne. L'insistance avec laquelle la Commission souligne cet objectif, au risque d'agacer certains observateurs, relève presque du slogan publicitaire. Il n'en constitue pas moins un argument.

677. En effet, accusée dans les années 1990 de « furie réglementaire » et suspectée de sympathie avec le « jacobinisme européen », la Commission s'est vue reprocher tous les maux, tout particulièrement la centralisation normative. Comme elle le relevait elle-même dans sa communication de 1992, dans un registre presque pathétique, « peu importe que la demande d'une proposition émane très souvent du Conseil des Ministres ou du Parlement européen, peu importe que de larges consultations soient organisées avec les milieux intéressés (Livre vert, réunions d'experts, etc.), peu importe également que les propositions initiales soient surchargées ou dénaturées lors du processus d'adoption par le Conseil ou par le Parlement, c'est la Commission qui, aujourd'hui, porte principalement devant l'opinion publique, la responsabilité de réglementations qui seraient contraires au principe de subsidiarité. Il est d'autant plus injuste que la Commission soit au centre de ces critiques qu'elle se limite à exercer les deux missions fondamentales assignées par le Traité : celle du monopole de l'initiative, celle de gardienne du droit communautaire »[1582]. Ces éléments quasi-psychologiques peuvent expliquer la volonté de la Commission de « mieux légiférer ». L'argument de l'efficacité se retrouve ici dans l'amélioration qualitative (« mieux ») et quantitative que permet la décrue législative, à la faveur des abrogations et simplifications des textes en vigueur ou à l'état de projet. Ainsi, la Commission retrouve une certaine légitimité aux yeux de ses accusateurs.

[1579] Rapport du 25 novembre 1994 sur l'application du principe de subsidiarité (COM (1994).

[1580] BLANQUET M., Les compétences, précité.

[1581] *Ibid*. Voir aussi les préoccupations de l'époque du Parlement européen : Parlement européen, Rés. 13 mai 1997 sur les rapports de la Commission au Conseil européen – sur l'application du principe de subsidiarité en 1994 (COM (94).

[1582] Communication du 27 octobre 1992, précité.

678. Cette simplification et refonte des textes législatifs de l'Union ne se confond certainement pas avec un retrait de l'Union européenne ou son désinvestissement. Tout au contraire, l'efficacité permet de légitimer et de favoriser une intervention européenne dans la mesure où elle apporte des garanties tant sur le fond (meilleure réalisation des objectifs de l'Union) que sur la forme (« mieux légiférer »). En garantissant aux États et aux citoyens européens que l'action normative de l'Union ne sera pas tentaculaire et envahissante mais, à l'inverse, simple et efficace, l'Union européenne ne peut que gagner en légitimité.

679. Pour autant, une lecture plus attentive de la littérature de la Commission révèle que la subsidiarité a pu être utilisée comme un argument au service d'une légitimation tout autre. En effet, le principe de subsidiarité a parfois été instrumentalisé par la Commission à la faveur d'une conception plus politisée et critiquable car orientée contre les États membres. En renouant avec la proximité démocratique, le « fonctionnalisme par le bas » cherche à atteindre l'échelon étatique en l'affaiblissant au profit des échelons inférieurs, afin de mieux légitimer l'Union européenne, fût-ce d'une façon indirecte et sournoise.

B. Le fonctionnalisme par le bas : la légitimation par la proximité

680. En fondant le principe de subsidiarité sur des données objectives, affranchies de tout clivage, la Commission entend s'émanciper d'un débat de nature « idéologique » pour se concentrer sur les effets concrets de l'action et non sur des valeurs. En effet, le souci d'efficacité du droit de l'Union est une préoccupation propre à la légitimité fonctionnelle qui guide l'action des institutions européennes depuis toujours. Cette « culture du résultat » et de la « technique »[1583], propre au fonctionnalisme européen, se heurte toutefois à des limites que les débats autour de la rédaction et l'entrée en vigueur du traité de Maastricht ont mis en lumière. La consécration du principe de subsidiarité dans le droit primaire de l'Union mais aussi, la création d'un organe tel que le Comité des régions, décidés à Maastricht, reflètent des préoccupations bien différentes : la volonté de renforcer la dimension démocratique de l'intégration, d'une part, et la nécessité de garantir aux États membres, et à leurs collectivités territoriales, une certaine autonomie, d'autre part. Nous avons déjà relevé que l'Union européenne semble *a priori* démunie face à de telles exigences et qu'un principe comme la subsidiarité a été, en grande partie, vidée de sa substance politique et de sa charge subversive.

681. Perçue comme une menace pour la construction européenne, la subsidiarité s'est vue conférer un sens plus proche de la proportionnalité que de la proximité et épouser des critères,

---

[1583] BERTHIER DEMONFORT S., Le principe d'ouverture en droit de l'Union européenne, précité, p. 215. L'auteure souligne que « la conception gestionnaire de l'action publique ne fait nullement référence au contrôle démocratique pour se légitimer, mais à la culture du résultat, de l'efficacité ».

tels que l'efficacité (plutôt que la nécessité) plus favorables à l'intégration. Orientée dans un sens résolument ascendant, la subsidiarité-efficacité de l'article 5.3 TUE semble livrer une lutte sans merci à la subsidiarité-proximité du préambule. Pour autant, certaines communications de la Commission révèlent que la subsidiarité offre à cette dernière une ressource discursive pour le moins étonnante. Dans une optique clairement instrumentale et non sans une certaine incohérence, la Commission n'hésite pas à exploiter les ressources, politique et philosophique, de la subsidiarité à des fins de légitimation plus démocratique. C'est ainsi que l'on peut voir la Commission recourir au principe de subsidiarité pour faire l'éloge de la société civile ou, pire encore, suggérer aux États d'accorder plus d'autonomie à leurs collectivités locales. Ainsi que l'a très justement relevé J. Barroche à propos de l'utilisation de la subsidiarité par la Commission, en retournant ce principe contre l'échelon national par des appels insistants à l'introspection étatique, la Commission redonne à la subsidiarité « une part de la densité théorique héritée de son catholicisme d'origine », à savoir la célébration de la société civile et la critique de la puissance publique et de ses excès interventionnistes[1584].

682. Une telle résurgence de la subsidiarié-proximité dans les discours de la Commission mérite d'être examinée au regard de son caractère paradoxal (1). Comme nous le verrons, il s'agit bien davantage d'une subsidiarité fonctionnelle ou horizontale, qui témoigne d'une véritable instrumentalisation du principe de subsidiarité par la Commission dans la mesure où une telle conception s'éloigne des dispositions de l'article 5.3 TUE mais également de celles préambule (2).

1. La résurgence paradoxale de la subsidiarité-proximité

683. Alors que l'on croyait l'aspect descendant de la subsidiarité « neutralisé », à la faveur du triomphe de la subsidiarité-efficacité, il arrive que la Commission réactive, au gré de ses communications, les virtualités centrifuges du principe de susidiarité. Cette « résurrection » de la subsidiarité-proximité, pour le moins inattendue, n'est toutefois pas dépourvue d'une certaine part de mystification. Aussi le doute est-il permis sur la sincérité de la démarche.

684. Dans son Livre blanc de 2001 consacré à la gouvernance européenne, la Commission a déclaré que la procédure législative devait désormais, quelle que soit la manière dont les politiques sont élaborées, « être plus ouverte et plus facile à suivre et à comprendre ». Elle s'engageait notamment à fournir « une information en ligne » au sujet de l'élaboration des politiques, et ce, à tous les stades du processus de décision. Surtout, elle insistait sur la

---

[1584] BARROCHE J., Discours et pratique, précité.

nécessité de « renforcer l'interaction avec les collectivités régionales et locales et la société civile ». Tout en admettant qu'une telle responsabilité incombe principalement aux États membres, la Commission s'engageait, de son coté, à établir « un dialogue plus systématique » avec les représentants des collectivités régionales et locales, d'une part, et introduire plus de souplesse dans les modes d'application de la législation communautaire afin de prendre « en compte les spécificités régionales et locales », d'autre part. Dans cette optique, la Commission n'hésitait pas à lier les principes d'ouverture et de transparence au principe de subsidiarité, estimant que les premiers renforçaient le second. Conformément au principe d'ouverture, les institutions devraient, selon la Commission, « fonctionner de façon plus transparente » et pratiquer, avec les États membres, « une communication active au sujet de ce que fait l'Union et des décisions qu'elle prend » en employant « un langage accessible et compréhensible par le grand public ». Par ailleurs, elle soulignait la nécessité de promouvoir la participation des citoyens européens à tous les stades de la prise de décision, de la conception à la mise en œuvre des politiques, afin d'accroître « la confiance dans le résultat final et dans les institutions qui produisent les politiques »[1585]. Cette prise de position de la Commission appelle plusieurs remarques.

685. Il ressort tout d'abord de l'analyse que la Commission insiste sur l'importance d'une subsidiarité territoriale[1586] à une époque où « les défis à relever, tels que le changement climatique ou l'évolution démographique, transcendent les limites des politiques sectorielles sur lesquelles l'Union a été bâtie » et où « les collectivités régionales et locales sont de plus en plus associées aux politiques de l'Union ». Il est intéressant de noter que la Commission mentionne « les niveaux de gouvernement, qu'il soit mondial, européen, national, régional ou local ». Cette précision n'est pas anodine puisque la terminologie employée indique clairement que la Commission conçoit le niveau national comme un échelon, parmi d'autres, de la gouvernance. En faisant des États membres de l'Union de simples échelons dans cette nouvelle gouvernance globale, la Commission opère une banalisation de la figure de l'État, tout particulièrement celle de l'État-nation. L'insistance avec laquelle la Commission souligne l'importance des régions et des entités infra-étatiques dans la gouvernance européenne révèle une volonté d'associer plus étroitement ces dernières à l'intégration. Elle

---

[1585] Commission des Communautés européennes, Livre blanc sur la gouvernance, 25 juillet 2001 (COM (2001) 428 final).

[1586] L'expression « subsidiarité territoriale » n'est pas employée en tant que telle mais c'est bien à cette conception de la subsidiarité que la Commission se rattache lorsqu'elle fait référence aux différents niveaux de gouvernement. On oppose la subsidiarité territoriale ou verticale à la subsidiarité fonctionnelle ou horizontale. Cette seconde conception de la subsidiarité se retrouve également dans le Livre blanc, de façon plus surprenante, quand il est fait référence à la société civile.

révèle également une certaine instrumentalisation du principe de subsidiarité puisqu'il ne s'agit pas tant de déterminer le niveau le plus apte à intervenir que d'inciter les États à reconnaitre eux-mêmes aux régions plus d'autonomie. Aussi la Commission utilise-t-elle l'argument de la subsidiarité contre l'État. La stratégie qui se cache derrière cette position est claire : le renforcement de l'Union passe par l'affaiblissement de l'État[1587]. Dans cette optique, la subsidiarité-proximité ne joue plus tant contre l'Union européenne que contre les États membres eux-mêmes. Aussi le paradoxe n'est-il qu'apparent.

686. Il ressort, par ailleurs, que la Commission met également l'accent sur les citoyens eux-mêmes. Celle-ci lie très clairement le principe de subsidiarité aux intérêts de ces derniers lorsqu'elle estime que l'Union a besoin de principes clairs de répartition des compétences entre elle-même et les États « pour répondre à la question fréquemment posée par les citoyens 'Qui fait quoi en Europe?' ». En effet, en établissant des règles claires pour l'exercice partagé des compétences, l'Union pourra « assurer au mieux la défense des intérêts de tous les États membres et de tous les citoyens de l'Union ». Or, ajoute-t-elle de façon plus triviale, « pour que le courant passe entre l'Union européenne et ses citoyens, il faut clairement définir les politiques et les objectifs dans le cadre d'une vision globale du devenir de l'Union. Il faut que les citoyens comprennent mieux le projet politique qui est à sa base ». Aussi faut-il associer, plus activement et plus largement, les acteurs de la société civile à la prise de décision afin d'améliorer, là encore, la gouvernance européenne. En effet, le Livre blanc propose d'ouvrir davantage le processus d'élaboration des politiques de l'Union afin d'assurer une participation plus large des citoyens. A cet égard, la société civile joue, pour la Commission, « un rôle important en permettant aux citoyens d'exprimer leurs préoccupations et en fournissant les services correspondant aux besoins de la population ». C'est pourquoi, « une consultation plus ouverte et qualitativement supérieure de la société civile » est nécessaire.

687. À ce stade de l'analyse, il convient de préciser que la Commission ne se rattache plus ici à la subsidiarité de l'article 5.3 TUE ni même à celle du préambule. En effet, la subsidiarité consacrée par le traité de Maastricht est, faut-il le rappeler, fondamentalement « territoriale » ou « verticale » en ce sens qu'elle vise à réguler l'exercice des compétences entre différents niveaux — européen, national, régional. Dans son aspect territorial, le principe de subsidiarité est « indissociable des systèmes institutionnels multi-niveaux »[1588] et implique que ce soit l'échelon le plus proche des citoyens qui soit privilégié afin de remplir

---

[1587] Un auteur comme J. Barroche a particulièrement bien mis en lumière cette stratégie. En ce sens : BARROCHE J., Discours et pratique, précité.

[1588] HANSON S., Entre Union européenne et région wallonne, précité, p. 25.

une tâche (subsidiarité-proximité). Étant précisé que l'échelon supérieur peut intervenir s'il peut atteindre de manière plus efficace que l'échelon inférieur l'objectif de l'action envisagée (subsidiarité-efficacité). Lorsque la Commission fait l'éloge de la société civile, fût-ce au nom du principe de subsidiarité, elle ne s'inscrit plus dans la vision que les rédacteurs des traités ont retenu de ce principe, la dimension verticale de la subsidiarité ayant disparu au profit d'une conception plus horizontale. Il s'agit donc d'une manifestation inattendue de la subsidiarité fonctionnelle.

2. L'apparition surprenante d'une subsidiarité « fonctionnelle » ou « horizontale »

688. La subsidiarité « fonctionnelle », absente des traités de l'Union européenne, ne relève ni de la « subsidiarité-efficacité » ni même de la « subsidiarité-proximité ». Précisons d'emblée, afin d'éviter toute confusion conceptuelle, qu'au-delà de la terminologie employée, la subsidiarité dite fonctionnelle ou « horizontale » n'a absolument rien à voir avec le fonctionnalisme propre à la logique de l'intégration européenne. Héritage de la doctrine sociale de l'Eglise catholique du XIXe siècle, cette subsidiarité intervient dans la relation entre un pouvoir (public ou étatique) et la liberté[1589]. Il s'agit donc d'une forme de subsidiarité non territoriale mettant l'accent sur l'autonomie des acteurs privés face à l'interventionnisme des pouvoirs publics, quels qu'ils soient[1590]. Aussi est-il surprenant de constater sa présence dans les discours de la Commission.

689. Dans son Livre blanc sur la gouvernance, la Commission souligne ainsi que l'application du principe de subsidiarité implique qu'avant de lancer une initiative, il est essentiel de vérifier qu'une intervention des pouvoirs publics est réellement nécessaire et que le niveau européen est le plus adéquat[1591]. Si le premier critère se rattache conceptuellement à la subsidiarité fonctionnelle, le second critère relève, quant à lui, de la subsidiarité territoriale. Il convient de souligner que ce premier critère, à savoir la nécessité d'une intervention des pouvoirs publics, n'est pas prévu dans les dispositions de l'article 5.3 TUE. Ressource discursive de cette dernière, employée à des fins de légitimation de l'action européenne, la subsidiarité fonctionnelle ne saurait, par conséquent, revêtir la forme d'un principe juridique contraignant. Pour autant, afin de montrer la sincérité de sa démarche, mais aussi à des fins de légitimation, la Commission hésite de moins en moins à recourir à de larges consultations.

[1589] Certains voient dans les écrits de Saint Thomas d'Aquin, et plus généralement dans l'aristotélo-thomisme, un précurseur de cette forme de subsidiarité. MILLON-DELSOL C., L'Etat subsidiaire : ingérence et non-ingérence de l'Etat, le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne, Paris, Presses universitaires de France, 1992, p 22.

[1590] Pour les différentes acceptions du concept de subsidiarité voir l'introduction de cette thèse.

[1591] Commission des Communautés européennes, Livre blanc sur la gouvernance, précité.

690. Dans une communication de 2002 intitulée « Vers une culture renforcée de consultation et de dialogue »[1592], la Commission a ainsi cherché à définir une approche unique de la consultation dans la mesure où il n'existait pas un modèle prédéfini ni même une quelconque procédure existante en la matière. Aussi cette pratique s'est-elle développée de façon progressive et ponctuelle et de manière tout à fait empirique du fait de l'absence de cadre juridique. Fruit de la pratique, le procédé consultatif n'en a pas moins été encouragé par les protocoles relatifs à l'application du principe de subsidiarité, notamment celui d'Amsterdam qui incitait la Commission, « excepté dans des cas d'urgence particulière ou de confidentialité » à « procéder à de larges consultations avant de proposer des textes législatifs et publier, dans chaque cas approprié, des documents relatifs à ces consultations »[1593].

691. Ainsi que le souligne S. Berthier Demonfort, un tel encouragement de la pratique des consultations ne constitue toutefois pas une prise en compte juridique du procédé consultatif mais seulement « une validation officielle des efforts fournis par la Commission »[1594]. C'est pourquoi, l'auteure propose de « rajouter une branche, ou une sous-définition au principe de subsidiarité, dans le sens où la répartition des compétences devrait impliquer une participation élargie, au delà des États, à des acteurs de terrain et des citoyens »[1595].

692. Pour finir, il nous reste à préciser la question de la légitimation poursuivie par la Commission lorsqu'elle invoque un principe aussi complexe et contradictoire que la subsidiarité. Se trouve-t-on, dans une telle hypothèse, dans le cadre d'une légitimité fonctionnelle ou démocratique ? Il nous semble que les consultations menées par la Commission, sous l'impulsion d'une subsidiarité plus horizontale que verticale, améliorent bien plus la légitimité fonctionnelle de la prise de décision qu'une légitimation démocratique. En effet, comme l'a relevé S. Berthier Demonfort, « l'élitisme des thèmes de consultation », même lorsque les consultations sont ouvertes aux citoyens ordinaires et le « caractère technique de leur contenu » en font des consultations « accessibles à un public restreint »[1596]. La question se pose de savoir si un citoyen « ordinaire » peut trouver un intérêt dans un domaine hautement technique ou particulièrement complexe comme peuvent l'être les sujets soumis par la Commission à la société civile. Force est d'admettre que les consultations

---

[1592] Communication de la Commission du 11 décembre 2002 « Vers une culture renforcée de consultation et de dialogue - Principes généraux et normes minimales applicables aux consultations engagées par la Commission avec les parties intéressées » COM(2002)704.

[1593] Article 9 du Protocole (n° 30) sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité (Amsterdam, 2 octobre 1997)

[1594] BERTHIER DEMONFORT S., Le principe d'ouverture, précité, p. 310.

[1595] *Ibid*.

[1596] *Ibid*., p. 440.

publiques, publiées sur le site internet de la Commission, revêtent, pour la grande majorité d'entre elles, un caractère technique nécessitant une certaine expertise sur le sujet. Pour prendre des exemples récents, l'on peut ainsi mentionner l'évaluation du régime rentrée et de sortie de flotte, le régime définitif de TVA concernant les livraisons de biens intracommunautaires entre assujettis, la réforme des taux de TVA, les redevances dues pour l'utilisation des infrastructures aéroportuaires, les documents électroniques pour le transport de marchandises, la création d'un environnement réglementaire proportionné pour faciliter l'entrée en bourse des PME , l'intégration des chômeurs de longue durée sur le marché du travail ou encore les normes techniques pour les drones.

693. Pour conclure cette première section, l'on constate que l'approche de la Commission européenne concernant le principe de subsidiarité se révèle instrumentale et débouche sur une conception à géométrie variable du principe, oscillant entre un pôle minimaliste et maximaliste. Ajoutons toutefois qu'à force de voir, pour la Commission, la subsidiarité partout, elle risque bien de n'être nulle part, ce qui permet d'en diluer les effets juridiques les plus dangereux. S'il apparait que le principe de subsidiarité est interprété le plus souvent comme un instrument technique, dans une optique de dépolitisation, il peut aussi servir à légitimer l'action de l'Union et plus précisément de la Commission, tant au regard de l'efficacité politique que de la proximité démocratique, même si la démarche de la Commission peine à convaincre. Dans tous les cas, il est mis au service des intérêts que la Commission entend préserver et ne peut, dès lors, se départir de sa matrice fonctionnelle.

Section 2. L'approche de la Cour de justice : une conception minimaliste du principe de subsidiarité

694. À l'instar de la Commission, véritable moteur de l'intégration, le juge de l'Union a été — et est toujours — un acteur majeur de la construction européenne et dispose, comme la première, d'une légitimité fonctionnelle. Tout comme la première, le second a été accusé de favoriser les seuls intérêts de l'Union à la faveur d'une jurisprudence parfois envahissante et d'un « activisme judiciaire »[1597] à l'origine d'un empiètement du droit de l'Union sur les compétences nationales. Tout comme la Commission, la Cour de justice demeure essentiellement attachée à la protection du marché intérieur et adopte, pour cette raison, une

[1597] Cet « activisme judiciaire » favorisant davantage d'intégration et de supranationalisme a été fortement critiqué par l'analyse « eurosceptique ». Les commentateurs les plus critiques ont pu estimer que cet activisme portait atteinte à la légitimité tout entière de la Cour. En ce sens : PORTUESE A., Le principe d'efficience économique dans la jurisprudence européenne p. 41..

démarche fonctionnelle[1598]. Tout comme elle, la Cour s'est montrée méfiante à l'égard de l'introduction par le traité de Maastricht d'un principe de subsidiarité qu'elle n'avait jamais eu l'occasion de rencontrer auparavant et *a fortiori* de consacrer. Et tout comme elle, la Cour a semblé lui préférer un principe de proportionnalité, plus familier, ainsi que l'atteste une communication de 1990 dans laquelle le juge mentionnait expressément ledit principe[1599].

695. Si certains ont voulu voir dans ces deux institutions des alliés bien résolus à vider le principe de subsidiarité de sa substance subversive[1600], il n'en demeure pas moins que l'approche de la Cour de justice vis-à-vis de ce principe diffère sensiblement de celle retenue par la Commission, même si elles se rejoignent sur le fond. En effet, la position de la Cour de justice à l'égard du principe de subsidiarité se révèle globalement plus prudente, et sans doute plus rigoureuse, que l'approche instrumentale et parfois incohérente de cette dernière. L'analyse de la jurisprudence montre une certaine circonspection du juge européen dans le contrôle juridictionnel du principe de subsidiarité dans la mesure où ce dernier s'est montré, dans ses premiers arrêts, « 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 »[1601].

696. Pareille attitude s'explique bien sûr par la nature juridictionnelle de sa fonction et le souci de ne pas s'immiscer dans le processus décisionnel. Si le principe subsidiarité a fait l'objet de la part de la Cour de justice d'une interprétation plus « minimaliste » que celle de la Commission, il n'en demeure pas moins que le juge de l'Union a su insérer le principe dans le registre fonctionnel auquel il est habitué lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la question de l'exercice des compétences par l'Union. En outre, la plus grande retenue dont l'organe juridictionnel fait preuve en matière de subsidiarité permet d'invalider certaines interprétations « excentriques » de la Commission qui pourraient se révéler dangereuses pour l'intégration. Enfin, en adoptant un contrôle réduit, en plus de s'épargner une prise de position risquée du fait d'une « immixtion dans le jeu politique »[1602], la Cour de justice n'entrave pas le processus d'intégration, ce qui n'est pas pour lui déplaire. Il nous semble que ce qui

---

[1598] WAELBROECK M., « Le rôle de la Cour de justice dans la mise en oeuvre de l'Acte unique européen », *CDE*, 1989, pp. 41-62, p. 41.

[1599] Communication de la Cour de justice à l'attention de la conférence intergouvernementale sur l'Union politique de 1991, 20 décembre 1990. Cet aspect sera nuancé dans les développements qui suivent.

[1600] C'est notamment l'avis de J. Barroche qui considère que la Commission a trouvé dans la Cour de justice un allié de poids dans sa volonté d'assimiler le principe de subsidiarité au principe de proportionnalité. En ce sens : BARROCHE J., Discours et pratique, précité.

[1601] BLUMANN C. & DUBOUIS L., Droit institutionnel de l'Union européenne, Paris, Litec, 2010, 4e, p. 457.

[1602] BERTRAND B., « Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne », RTD Eur. 2012, n°2, p. 341 et p. 354.

caractérise le mieux la jurisprudence à l'endroit du principe de subsidiarité est la grande prudence de la Cour de justice (paragraphe 1), bien plus que la méfiance ou une défiance. Cette prudence ne peut que s'accompagner d'une dépolitisation de la subsidiarité ou, pour le dire autrement, de l'insertion du principe dans le registre fonctionnel traditionnel de la Cour afin de le rendre compatible avec le fonctionnalisme de la construction européenne (paragraphe 2)[1603].

Paragraphe 1. Une approche prudente du principe de subsidiarité

697. La jurisprudence peut s'analyser comme une réponse indirecte de la Cour de justice à certaines déclarations imprudentes émises par la Commission dans les années 1990 à propos du principe de subsidiarité consacré par le traité de Maastricht. Ainsi en est-il de la prétendue existence tacite du principe avant l'entrée en vigueur de ce traité ou encore de l'assimilation abusive, et quelque peu hâtive, des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Ces deux points, aussi anodins puissent-ils paraitre aux yeux du profane, emportent des conséquences précises sur le régime juridique de la subsidiarité que la Cour se devait d'éclaircir (A). Par ailleurs, le domaine des libertés de circulation nous semble intéressant à étudier dans la mesure où le juge a toujours refusé d'y mêler la subsidiarité de l'article 5.3 TUE, même lorsqu'il y était expressément incité, afin d'éviter que le principe ne soit employé dans un sens qui affecterait une liberté fondamentale du marché intérieur (B). Sur ces deux aspects, ce qui caractérise la position du juge est son extrême prudence, motivée par le souci de ne pas mettre en cause le processus d'intégration, tant positif (contrôle du principe de subsidiarité sur les mesures d'harmonisation adoptées par le législateur) que négatif (mise en oeuvre des libertés de circulation).

A. La clarification du régime juridique du principe de subsidiarité : rétroactivité et proportionnalité

698. Dans une volonté de banaliser le principe de subsidiarité, alors fraichement consacré par le traité de Maastricht, la Commission a pu laisser entendre que ce principe n'avait rien d'inédit ou d'extraordinaire pour l'ordre juridique communautaire. Il s'agissait, bien entendu, pour la Commission, d'en limiter le potentiel subversif et le caractère exceptionnellement ambigu de son contenu afin que les États membres renoncent à y voir une nouvelle arme mise à leur disposition contre la construction européenne. Aussi n'a-t-elle pas hésité à déclarer que le principe de subsidiarité s'était toujours appliqué dans le processus décisionnel des

[1603] Une analyse, sur le fond, plus précise du contrôle juridictionnel du principe de subsidiarité sera l'objet du Chapitre I du second titre de cette partie.

Communautés. Le même souci de désactiver la charge politique de la subsidiarité l'a conduite à l'assimiler, dans son contenu, à la proportionnalité. Pour autant, cette stratégie s'est paradoxalement révélée dangereuse pour l'intégration de l'Union. En effet, les requérants ont tôt fait de s'emparer de ces déclarations, parfois maladroites ou inexactes, afin d'en tirer des conséquences juridiques concrètes au plan contentieux. La Cour de justice a donc été amenée, dans ses premiers arrêts, à préciser le régime juridique du principe de subsidiarité en se prononçant tant sur le caractère rétroactif du principe que sur son articulation avec le principe de proportionnalité. Sur ces deux points, le juge de l'Union a été contraint de contredire certaines déclarations de la Commission, en raison de leur caractère potentiellement dangereux pour l'intégration mais aussi de leur manque d'exactitude. L'approche prétorienne de la subsidiarité, plus rigoureuse mais aussi plus réservée, s'est traduite par un refus d'admettre la rétroactivité du principe de subsidiarité de l'article 5.3 TUE (1) ainsi que son assimilation totale avec le principe de proportionnalité (2).

1. Le refus d'admettre la rétroactivité du principe de subsidiarité

699. Lorsque la Commission avait jugé bon d'affirmer, dans une déclaration de 1992, que le principe de subsidiarité a toujours été appliqué par les institutions communautaires et que « pas plus que la proportionnalité, qui va de pair avec elle, la subsidiarité n'a été inventée à Maastricht » dans la mesure où ces deux principes existaient « dans les pratiques législatives et autres de la Communauté »[1604], elle n'imaginait sans doute pas que les requérants se saisiraient de cette déclaration pour retourner l'argument de la subsidiarité contre elle, et ce, dès le milieu des années 1990.

700. Le raisonnement développé par la Commission dans cette déclaration se révèle à double tranchant puisqu'il contient en germe une doctrine de la rétroactivité du principe de subsidiarité si bien que les requérants ordinaires n'ont pas hésité à invoquer le principe de subsidiarité dès 1995 pour remettre en cause des actes adoptés antérieurement à l'entrée en vigueur du traité de Maastricht. Il convient de souligner que la déclaration d'Édimbourg affirmait également que le principe de subsidiarité figurait — sous une forme implicite — parmi les principes de fonctionnement des Communautés depuis leurs origines. Aussi le Conseil européen en déduisait-il que le traité de Maastricht, en rendant ce principe explicite, n'avait pas pour autant « voulu donner une orientation nouvelle au fonctionnement des Communautés »[1605]. En affirmant que le principe de subsidiarité a toujours été appliqué dans l'ordre juridique communautaire, les institutions européennes ouvraient, à leur insu, la porte à

[1604] Communication du 27 octobre 1992, précité.

[1605] Conclusions de la présidence du Conseil européen d'Édimbourg, 11-12 décembre 1992.

une potentielle remise en cause des actes communautaires adoptés avant Maastricht. Aussi le juge communautaire a-t-il été amené à se prononcer sur la question du caractère rétroactif ou non de la subsidiarité. Sans grande surprise, le Tribunal de première instance[1606] et la Cour de justice[1607] ont fermement refusé que le principe s'applique de manière rétroactive.

701. S'agissant, tout d'abord, du Tribunal, la position de ce dernier a pu être exprimée dès 1995 en des termes très clairs : en ce qui concerne la violation du principe de subsidiarité, l'article 3 B, deuxième alinéa, du traité CE (actuel article 5.3 TUE) n'était pas encore entré en vigueur au moment de l'adoption par la Commission de la décision litigieuse. Par conséquent, le principe de subsidiarité ne devait pas se voir conférer une « portée rétroactive ». Aussi, contrairement à ce qu'affirmaient les requérants, le principe 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 »[1608]. Il est intéressant de relever que la Commission à qui il était reproché d'avoir violé les principes de subsidiarité et de proportionnalité en raison du refus d'accorder une exemption, au titre du règlement n°17 relatif à l'application des articles 85 et 86 du traité[1609], faisait valoir que « dans l'état actuel des choses, le principe de subsidiarité n'appartient pas aux principes généraux de droit au regard desquels la légalité des actes communautaires antérieurs à l'entrée en vigueur du traité sur l'Union européenne doit être appréciée »[1610]. Pareille position tranche avec ses déclarations antérieures dans lesquelles elle n'hésitait pas à voir dans la subsidiarité un principe général appliqué dès l'origine par les institutions. D'ailleurs, les requérants soulignaient que « selon la Commission elle-même, ce principe existait implicitement avant son inscription explicite à l'article 3 B, deuxième alinéa, du traité CE » si bien que « la Commission ne saurait prétendre qu'une décision, parce qu'elle est antérieure à l'entrée en vigueur du traité sur l'Union européenne, qui a introduit cette disposition, ne peut être contrôlée au regard de ce principe »[1611]. Cette affaire illustre parfaitement les dangers d'une interprétation trop extensive ou « insouciante » de la subsidiarité. Certes, il ne s'agit pas ici de la subsidiarité législative applicable aux compétences partagées entre l'Union et les États membres, dans la mesure où la présente affaire concerne le domaine de la mise en oeuvre des

---

1606 TPICE, 21 février 1995, Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid et autres contre Commission européenne, T- 29/92, Rec. 1993, p. II-00001, pt 331.

1607 CJCE., 22 octobre 1998, Hilmar Kellinghusen c. Amt für Land- und Wasserwirtschaft Kiel et Ernst-Detlef Ketelsen c. Amt für Land- und Wasserwirtschaft Husum, aff. Jointes C-36/97 et C-37/97, Rec., I-06337, pt 35.

1608 TPICE, 21 février 1995, Vereiniging, précité, pts. 330 et 331.

1609 JO 1962, 13, p. 204.

1610 Pt 326 de l'arrêt précité.

1611 Pt 324 de l'arrêt précité.

règles du droit de la concurrence mais cette position du Tribunal a été reprise, en des termes identiques, par la Cour de justice peu de temps après. De plus, il s'agissait ici de la première affaire contentieuse dans laquelle la subsidiarité de l'article 5.3 était expressément invoquée. Aussi convenait-il de la mentionner.

702. S'agissant de la Cour de justice, sa position concernant la non-rétroactivité du principe de subsidiarité a été exprimée, dans un arrêt de 1998, dans l'affaire *Ketelsen* qui mettait cause la validité des règlements n°1765/92 et 2066/92 relatifs au régime de soutien aux producteurs de certaines cultures arables. C'est à cette occasion que le juge communautaire a expressément indiqué que dans la mesure où l'article 3 B, deuxième alinéa, du traité n'était pas en vigueur au moment de l'adoption des règlements litigieux, cette disposition ne pouvait pas se voir conférer une portée rétroactive[1612]. Si cette précision s'avérait à l'époque utile du point de vue du régime juridique du principe de subsidiarité, cette caractéristique a de nos jours perdu de son importance et de son actualité. Soulignons toutefois que le caractère non-rétroactif du principe de subsidiarité constitue une limite générale à son application et à son utilisation, ce qui montre la volonté du juge de l'Union d'en maitriser la portée et d'en juguler les effets, notamment pour le processus d'intégration. Cette position de la Cour de justice illustre, par ailleurs, une légère différence avec la Commission dans l'appréhension du principe de subsidiarité, la première faisant preuve d'une plus grande prudence et d'une plus grande rigueur que la seconde. Ce constat s'impose également en ce qui concerne l'approche globale des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

2. Le refus d'assimiler les principes de subsidiarité et de proportionnalité

703. Dans sa communication de 1992, la Commission déclarait que « l'application du principe de subsidiarité depuis plus de quarante ans a correspondu à une double exigence : celle de la nécessité de l'action communautaire, celle de la proportionnalité des moyens d'action aux objectifs »[1613]. De la même façon que cette déclaration a pu être à l'origine de la doctrine — erronée, nous l'avons constaté — du caractère rétroactif du principe de subsidiarité, de même y trouve-t-on une certaine confusion entre les principes de subsidiarité et de proportionnalité. Une assimilation totale de ces deux principes n'est pas sans conséquence sur leur régime juridique et présente le désavantage d'opérer une certaine confusion dans l'esprit des requérants, tant étatiques que privés. Aussi a-t-il fallu attendre les arrêts de la Cour de justice pour voir la signification et le régime juridique du principe de

---

[1612] CJCE., 22 octobre 1998, *Hilmar Kellinghusen c. Amt für Land- und Wasserwirtschaft Kiel et Ernst-Detlef Ketelsen c. Amt für Land- und Wasserwirtschaft Husum,* aff. Jointes C-36/97 et C-37/97, Rec., I-06337, pt 35.

[1613] Communication du 27 octobre 1992, précité.

subsidiarité peu à peu précisés. Les rapports, conceptuels et juridiques, qu'entretiennent les principes de subsidiarité et de proportionnalité étant étroits, du fait d'une consécration commune dans le traité de Maastricht et les protocoles d'Amsterdam et de Lisbonne, ils n'en sont pas moins distincts. C'est ce que la jurisprudence de la Cour de justice a cherché à établir même si certains arrêts, du fait de leur ambiguïté, ont pu semer la confusion.

704. Si dans l'arrêt *Bosman*, rendu en 1995, le juge européen a pu déclarer que « le principe de subsidiarité, dans l'interprétation que lui donne le gouvernement allemand, à savoir que l'intervention des autorités publiques, et notamment de celles communautaires, dans la matière en cause doit être limitée au strict nécessaire, 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 »[1614] — jetant ainsi le trouble du fait de l'assimilation totale de la subsidiarité à la proportionnalité — il s'agissait là du premier arrêt de la Cour de justice relatif à ce principe. En outre, la Cour ne faisait que reprendre l'interprétation du gouvernement allemand. Aussi convient-il de ne pas lui accorder une trop grande importance. En outre, la jurisprudence ultérieure s'est tout au contraire attachée à bien distinguer le principe de subsidiarité de l'article 5.3 TUE du principe de proportionnalité de l'article 5.4 TUE. La jurisprudence la plus récente présente une articulation précise et cohérente dans l'appréhension de ces principes.

705. Ainsi, dans l'arrêt *Swedish Match* du 22 novembre 2018[1615] relatif à une contestation de la validité de la directive 2014/40[1616] au regard des principes de subsidiarité et de proportionnalité, après avoir constaté que le domaine (l'amélioration du fonctionnement du marché intérieur) « n'est pas au nombre de ceux dans lesquels l'Union dispose d'une compétence exclusive », la Cour de justice a déclaré que s'agissant du principe de subsidiarité, énoncé à l'article 5.3 TUE, il convient de vérifier si l'objectif que la directive litigieuse poursuit peut « être mieux atteint au niveau de l'Union »[1617]. S'ensuit un examen au regard de cette considération[1618]. Quant au principe de proportionnalité, le contrôle qui le

---

[1614] CJCE, 15 décembre 1995, U*nion royale belge des sociétés de football association ASBL c. Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA c. Jean-Marc Bosman et autres et Union des associations européennes de football (UEFA) c. Jean-Marc Bosman,* aff. C-415/93, Rec. p. I-04921, pt. 81.

[1615] CJUE, 22 novembre 2018, *Swedish Match AB c/ Secretary of State for Health,* aff. C-151/17, ECLI:EU:C: 2018:938.

[1616] Directive 2014/40/UE du Parlement européen et du Conseil, du 3 avril 2014, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac et des produits connexes, et abrogeant la directive 2001/37/CE (JO 2014, L 127, p. 1).

[1617] CJUE, 22 novembre 2018, *Swedish Match,* précité, p. 65.

[1618] *Ibid.,* pts 65 à 76.

concerne fait l'objet d'un raisonnement distinct dans lequel la Cour s'attache à rappeler que le principe de proportionnalité exige, selon une jurisprudence constante, « que les actes des institutions de l'Union soient aptes à réaliser les objectifs légitimes poursuivis par la réglementation en cause et ne dépassent pas les limites de ce qui est nécessaire à la réalisation de ces objectifs »[1619]. Ainsi, les choses sont claires : si la subsidiarité s'attache à déterminer l'échelon le plus efficace à agir dans un domaine de compétences partagées, la proportionnalité a pour objet de réguler l'intensité de l'acte de l'Union et garantir que ce dernier ne dépasse pas les limites de ce qui est nécessaire.

706. L'examen détaillée de la jurisprudence confirme ce principe (l'approche distincte des principes de subsidiarité et de proportionnalité) en même temps qu'il révèle une exception (l'approche globale). En effet, l'arrêt *British American Tobacco*[1620] rendu en 2002 atteste d'une approche large du principe de subsidiarité, à l'instar de la conception globalisante retenue par la Commission. La Cour examine, dans un premier, si l'objectif de l'action envisagée « peut être mieux réalisé au niveau communautaire »[1621] et vérifie, dans un second temps, que l'intensité de l'action a respecté les exigences du principe de subsidiarité en ce qu'elle n'a pas excédé la mesure nécessaire pour atteindre l'objectif que cette action vise à réaliser[1622]. Dans la mesure où le second aspect a déjà fait l'objet d'un examen sous l'angle de la proportionnalité, la Cour procède fort logiquement à un renvoi aux points de l'arrêts consacrés aux développements pertinents. Une partie de la doctrine a cependant dénoncé la curieuse imbrication des principes de proportionnalité et de subsidiarité opérée en l'espèce par le juge[1623]. On a ainsi reproché à la Cour de nuire à la « compréhension du raisonnement judiciaire »[1624]. Certains auteurs ont soutenu que l'analyse de l'intensité des actes de l'Union rejoint naturellement l'objectif visé par la proportionnalité alors que « la rationalité économique sous-jacente au principe de subsidiarité diffère de celle attachée au principe de proportionnalité ». Aussi la Cour a-t-elle été invitée à se recentrer sur les seuls éléments appartenant à la subsidiarité *stricto sensu*, à savoir le double test de l'insuffisance étatique et de la valeur ajoutée « au lieu de confondre ces éléments avec des éléments extérieurs appartenant au principe de proportionnalité »[1625].

[1619] *Ibid*., pts 35 à 63.
[1620] CJCE, 10 décembre 2002, British American Tobacco et Imperial Tobacco, aff. C-491/01,
[1621] *Ibid,* pt 180.
[1622] *Ibid*., pt 184.
[1623] BLANQUET M., Compétences de l'Union européenne. Exercice des compétences, précité.
[1624] PORTUESE A., Le principe d'efficience économique dans la jurisprudence européenne, thèse, 2012, p.145.
[1625] *Ibid*.

707. Ces critiques nous semblent néanmoins excessives voire infondées. Non seulement les dispositions de l'article 5 TUE mettent en lumière un principe de subsidiarité *lato sensu*, comme nous l'avons déjà souligné[1626], mais en plus, les protocoles d'Amsterdam et de Lisbonne ont entretenu une certaine proximité entre les deux principes en indiquant que les projets d'actes législatifs doivent tenir compte de la nécessité de faire en sorte que la charge soit la moins élevée et à la mesure des objectifs à atteindre. Une conception large du principe de subsidiarité invite à dépasser l'approche qui voudrait se borner à examiner la seule question du déclenchement de l'action. En vertu de la subsidiarité *lato sensu,* l'on doit aussi tenir compte de la forme, du contenu, de la portée, de l'ampleur et de l'intensité de celle-ci. En outre, il ne peut s'agir ici d'une confusion conceptuelle dans la mesure où la Cour prend soin de distinguer les deux aspects que sont, d'une part, la question du principe même d'une action et celle, d'autre part, de son intensité (critère de proportionnalité). On ne peut donc lui reprocher une instrumentalisation de la subsidiarité visant à substituer un critère à un autre. Ces deux volets de la subsidiarité *lato sensu* nous semblent, pour finir, moins abstraits que le prétendu double test de l'insuffisance de l'action étatique et de la valeur ajouté de la subsidiarité *stricto sensu* auquel le juge n'a pas recours. En effet, la Cour n'a pas les moyens d'appliquer ces critères dans leur entièreté, eu égard à la complexité de l'appréciation qui nécessite une analyse économique et suppose, bien souvent, des choix politiques. Pour autant, l'arrêt *American British Tobacco* est resté un cas isolé, la Cour ayant préféré délaisser l'approche large du principe au profit de la subsidiarité *stricto sensu*. Cette dernière atteste d'une vision minimaliste voire appauvrie du principe de subsidiarité.

B. Subsidiarité et libertés de circulation : l'impossible champ d'application de l'article 5.3 TUE

708. Le régime juridique du principe de subsidiarité que la jurisprudence de la Cour de justice a contribué de façon progressive à clarifier est simple : ce principe est dépourvu de portée rétroactive et ne trouve à s'appliquer qu'aux compétences dites partagées. De plus, le principe de subsidiarité se distingue du principe de proportionnalité, lequel n'est pas cantonné au domaine des compétences partagées puisqu'il régit l'action normative de l'Union européenne en général. La question s'est néanmoins rapidement posée de savoir si le principe de subsidiarité de l'article 5.3 TUE pouvait trouver un champ d'application dans le domaine des libertés de circulation. La réponse que la Cour de justice a apportée à cette interrogation est on ne peut plus ferme : selon une jurisprudence constante, le principe de subsidiarité ne

[1626] Voir le premier chapitre de cette thèse et le concept de « proportionnalité fédérale ».

saurait justifier une violation du droit matériel de l'Union, tout particulièrement lors du contrôle des motifs invoqués par les États lorsqu'ils portent atteinte aux libertés fondamentales garanties par le traité. Aussi la Cour a-t-elle toujours refusé d'ériger la subsidiarité en justification des mesures restrictives des libertés de circulation (1). C'est ce qui ressort très clairement du célèbre arrêt *Bosman* rendu en 1995. Cette limite à l'application du principe de subsidiarité n'est pas le seul enseignement que l'on peut tirer de la lecture de cet arrêt. Au-delà du refus de faire du principe de subsidiarité, en matière de marché intérieur, un motif de justification ou de dérogation, la Cour a par cette décision introduit une autre limitation en invalidant définitivement toute conception extensive de la subsidiarité consacrée par le traité de Maastricht, notamment horizontale (2).

1. Le refus d'ériger la subsidiarité en justification des mesures restrictives des libertés de circulation

709. Dans le domaine des libertés de circulation, le principe de subsidiarité de l'article 5.3 TUE est dépourvu de toute effectivité. Son invocation par les États membres n'est généralement suivi d'aucun effet dans la mesure où ce principe vise à réguler l'exercice des compétences normatives. Aussi la Cour de justice refuse-t-elle de lui reconnaitre un caractère opératoire lorsqu'il est question d'interdiction des entraves aux échanges. La réticence vis-à-vis de la mention d'un tel principe s'est manifestée, très tôt, dans l'arrêt *Schindler*[1627] rendu en 1994, alors même que le raisonnement du juge de l'Union a pu être considéré comme une manifestation du respect de la subsidiarité à l'égard des législations nationales en matière de jeux d'argent et de hasard. Il convient donc de revenir sur un tel paradoxe.

710. Pour rappel, dans cette affaire, la Cour de justice avait jugé que des considérations d'ordre moral ou religieux étaient de nature à justifier des restrictions à la libre prestation de services et avait, conséquemment, accordé aux autorités nationales « un pouvoir d'appréciation suffisant pour déterminer les exigences que comportent la protection des joueurs »[1628]. L'on peut donc légitimement y voir une application tacite du principe de subsidiarité[1629]. Il convient néanmoins de relever que, dans ses conclusions, l'Avocat général précisait expressément que la Cour de justice avait été « informée en cours de procédure de ce que la Commission a indiqué au Conseil européen qu'eu égard au principe de subsidiarité — tel que celui-ci est exprimé dans le nouvel article 3 B, inséré par le traité sur l'Union

---

[1627] CJCE, 24 mars 1994, *Schindler*, aff. C-275/92, *Rec*. p. I-1039.

[1628] *Ibid.,* pt 61 de l'arrêt.

[1629] BARBOU DES PLACE S., DEFFAINS N., Morale et marge nationale d'appréciation dans la jurisprudence des Cours européennes .in S. Barbou Des Places ; R. Hernu ; Ph. Maddalon. *Morale(s) et droits européens*, BRUYANT, pp.49.

européenne dans le traité instituant la Communauté européenne — elle a décidé de ne pas présenter de proposition visant à établir des règles communautaires dans ce domaine »[1630]. Il est intéressant de constater que la Cour de justice n'a pas, de son coté, jugé pertinent de souligner cet aspect dans sa décision.

711. La raison de cette omission nous semble évidente. En effet, en matière d'intégration, tant négative que positive, la Cour de justice entend favoriser une dynamique ascendante. Ainsi, même lorsqu'il lui arrive de reconnaitre, dans une affaire particulièrement sensible, une certaine marge d'appréciation aux autorités nationales, elle préfère ne pas mentionner un principe comme la subsidiarité afin de ne pas figer une situation susceptible d'évoluer. Or précisément sa jurisprudence a par la suite évolué dans le domaine des jeux d'argent et de hasard[1631]. Il convient toutefois d'ajouter que la Commission n'hésite pas, de son coté, à insister sur l'importance du principe de subsidiarité dans le domaine des jeux d'argent et de hasard comme l'attestent ses communications en la matière. Dans un Livre vert sur les jeux d'argent et de hasard en ligne dans le marché intérieur[1632], il est ainsi indiqué que « la Commission tient à souligner, par ailleurs, qu'en l'absence d'harmonisation dans ce domaine, il appartient à chaque État membre de décider selon sa propre échelle de valeurs des mesures à prendre pour assurer la protection des intérêts en jeu, comme le requiert le principe de subsidiarité ». Plus loin, il est encore martelé que « la Commission respecte strictement le principe de subsidiarité et confirme que les États membres possèdent une marge d'appréciation pour protéger des objectifs valables d'intérêt public conformément au traité ». La encore, une différence sensible peut être relevée dans l'utilisation de la subsidiarité, par ces deux acteurs de l'intégration que sont la Commission et le juge.

712. L'arrêt *Bosman*[1633], rendu le 15 décembre 1995, offre une illustration plus concrète du refus de la Cour de justice d'ériger le principe de subsidiarité en justification des mesures restrictives des libertés de circulation. Dans cette affaire restée célèbre, la Cour avait à se prononcer, pour la toute première fois, sur l'interprétation dudit principe. En l'espèce, était en cause une réglementation édictée par une fédération sportive (l'UEFA) au regard de la libre circulation des travailleurs et le gouvernement allemand invoquait le principe de subsidiarité pour soustraire celle-ci à l'emprise du droit de l'Union. Le raisonnement se situait, par conséquent, au niveau du champ d'application et non au stade de la justification d'une

---

[1630] Conclusions de l'avocat général M. Claus Gulmann présentées le 16 décembre 1993 sous l'affaire Schindler.

[1631] Voir le chapitre II du Titre II de la première partie de cette thèse.

[1632] LIVRE VERT sur les jeux d'argent et de hasard en ligne dans le marché intérieur /* COM/2011/0128 final */.

[1633] CJCE., 15 décembre 1995, *Bosman*, aff. C-415/93, *Rec*. p. I-4921.

entrave. En effet, l'activité sportive et les règles la régissant devaient, selon l'Allemagne, par nature échapper à l'application des libertés fondamentales du marché intérieur. L'argumentation développée par le gouvernement allemand, au point 72 de l'arrêt, se révèle particulièrement intéressante au regard du principe de subsidiarité, aussi mérite-t-elle d'être restituée. Dans la mesure où « le sport en général présente des analogies avec la culture », la Communauté doit respecter la diversité nationale et régionale des cultures des États membres. En outre, la liberté d'association et l'autonomie dont jouissent en droit national les fédérations sportives exigent qu'en vertu du principe de subsidiarité, « considéré en tant que principe général, l'intervention des autorités publiques et notamment de la Communauté en la matière doit être limitée au strict nécessaire ».

713. La Cour de justice s'est quant à elle bornée à affirmer que si « le principe de subsidiarité, dans l'interprétation que lui donne le gouvernement allemand, à savoir que l'intervention des autorités publiques, et notamment de celles communautaires, dans la matière en cause doit être limitée au strict nécessaire, 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 »[1634]. S'il peut frapper par sa concision, le raisonnement que développe la Cour de justice pour écarter l'argument tiré du respect du principe de subsidiarité, nous semble plus habile que celui de l'Avocat général. Ce dernier estimait que « selon l'énoncé de l'article 3 b, le principe de subsidiarité ne vaut cependant pas dans le domaine qui relève de la compétence exclusive de la Communauté, comme dans le domaine des libertés fondamentales. Ce principe ne permet pas non plus de conclure que le droit communautaire ne pourrait pas s'appliquer au football professionnel ».

714. Contrairement à la Cour de justice, ce dernier raisonne, nous semble-t-il, en termes de régulation de l'exercice des compétences car la logique qui se cache derrière l'invocation de la subsidiarité, en l'espèce, lui échappe totalement. En effet, la subsidiarité que mentionne le gouvernement allemand n'est plus la subsidiarité territoriale ou verticale qui peut être appréhendée à travers le prisme des compétences mais bien la subsidiarité fonctionnelle ou horizontale qui dépasse largement la problématique de la régulation de l'exercice des compétences normatives. Aussi n'est-il pas pertinent de s'appuyer dans cette hypothèse sur une quelconque compétence exclusive de l'Union (le domaine des libertés fondamentales). D'autant plus que l'exercice semble artificielle et périlleux, en l'absence de compétences normatives et que le marché intérieur relève d'une compétence partagée, ainsi que l'a confirmé le traité de Lisbonne.

[1634] *Ibid.*, pt 81.

715. À la différence de l'Avocat général, le juge communautaire a situé son raisonnement au niveau de l'autonomie des associations privées, même s'il a conclu, tout comme lui, au rejet de l'argumentation allemande. Loin d'être un détail, cette précision revêt une importance considérable pour la subsidiarité puisqu'elle conduit à rejeter une acception horizontale du principe. L'habileté de la Cour consiste à reconnaitre l'autonomie du groupe sociale en question (la fédération sportive) tout en évitant soigneusement de rattacher celle-ci au principe de subsidiarité ainsi que le souhaitait le gouvernement allemand. Aussi peut-on affirmer que la Cour de justice procède, fort logiquement, à une limitation de la portée du principe de subsidiarité en refusant de reconnaitre une forme horizontale afin de ne pas porter atteinte aux libertés fondamentales du marché intérieur. Ce point mérite d'être développé.

2. Le refus de consacrer une forme de subsidiarité horizontale

716. La fameuse subsidiarité « fonctionnelle » ou « horizontale » mise en avant quelque fois par la Commission européenne à des fins de légitimation démocratique de son action (via l'organisation de consultation publiques visant à associer le citoyen ordinaire à la prise de décision dans l'Union) ne trouve pas de traduction concrète dans la jurisprudence. En effet, la Cour de justice a soigneusement évité de s'aventurer sur ce terrain glissant en refusant d'associer l'autonomie privée et la liberté dont bénéficie la société civile, dans l'ordre juridique interne, au principe de subsidiarité consacré à l'article 5.3 TUE.

717. Nous rejoignons en tous points l'analyse de F. Martucci selon laquelle le salut de la subsidiarité fonctionnelle ne vient pas du juge de l'Union car « si celui-ci admet l'existence d'autonomie juridique au sein des États membres, ce n'est pas pour promouvoir la subsidiarité »[1635]. Selon lui, l'arrêt *Bosman* atteste du fait que loin de valoriser la subsidiarité fonctionnelle, la Cour « en limite la portée puisqu'elle soumet les groupes sociaux au respect du droit de l'Union »[1636]. En effet, il ressort de cette décision que la subsidiarité de l'article 5.3 TUE ne permet pas aux groupes sociaux, et plus précisément à leur réglementation, d'échapper à l'application des libertés de circulation, et de façon générale au droit de l'Union. Admettre l'hypothèse inverse se serait révélé particulièrement préoccupant pour l'intégration de l'Union et le droit du marché intérieur. C'est la raison pour laquelle la Cour a opposé fort habilement à l'autonomie dont jouissent les associations privées en Allemagne, les droits que les particuliers tirent du traité, à savoir l'exercice des libertés fondamentales. Afin de préserver le marché, le juge ne pouvait que faire prévaloir les seconds sur la première.

[1635] MARTUCCI F., L'autonomie entre efficacité et proximité, précité.

[1636] *Ibid*.

718. Il n'est pas inutile de rappeler que la subsidiarité dite horizontale ou fonctionnelle à laquelle se rattachait, en l'espèce, le gouvernement allemand trouve sa source dans la doctrine sociale de l'Église catholique. Or, comme le note L. Dechatre, « dans le cas allemand, la subsidiarité conçue comme principe de régulation global du niveau d'exercice des compétences en partant de l'individu n'a pas non plus été reprise dans la Loi fondamentale en raison de sa connotation confessionnelle »[1637]. En effet, la Cour constitutionnelle n'a jamais consacré, dans sa jurisprudence, la subsidiarité comme un principe constitutionnel. Certains auteurs soulignent que si le juge allemand a refusé de reconnaitre un tel principe, c'est surement en raison de son inspiration théologique[1638]. Aussi n'est-il pas surprenant de voir le juge européen refuser pareillement de consacrer un tel principe. La Cour avait d'autant moins intérêt à le faire qu'une telle reconnaissance aurait constitué une menace pour les libertés fondamentales du marché intérieur.

719. Plus récemment, le Tribunal a eu l'occasion de se prononcer, lui aussi, sur la question de la subsidiarité fonctionnelle dans un domaine relatif au dialogue entre partenaires sociaux. Dans un arrêt du 24 octobre 2019[1639], le juge a pu répondre aux requérants qui invoquait une violation du principe de subsidiarité qu'ils se fondaient « sur un principe de subsidiarité horizontale, qui impliquerait que les partenaires sociaux sont les mieux placés pour apprécier si un accord doit être mis en œuvre au niveau des partenaires sociaux nationaux et des États membres ou au niveau de l'Union »[1640]. Or tel qu'il est énoncé à l'article 5.3 TUE, le principe de subsidiarité régit l'exercice par l'Union des compétences qu'elle partage avec les États. Partant, ce principe « est entendu dans une dimension verticale, en ce sens qu'il régit les rapports entre l'Union, d'une part, et les États membres, d'autre part ». Aussi, ce principe ne saurait présenter une dimension horizontale car « il n'a pas vocation à régir les rapports entre l'Union, d'une part, et les partenaires sociaux au niveau de l'Union, d'autre part ». Par ailleurs, le Tribunal a déclaré que « le principe de subsidiarité ne saurait être invoqué aux fins de modifier l'équilibre institutionnel »[1641].

720. Selon le juge de l'Union, l'article 5.3 TUE ne saurait donner lieu à une quelconque subsidiarité fonctionnelle ou horizontale. Affirmer le contraire relève d'une lecture erronée des dispositions de cet article ou d'une instrumentalisation visant à en détourner le sens

---

[1637] DECHATRE L., Le pacte fédératif, précité, p.

[1638] SCHWARZE J., Le principe de subsidiarité dans la perspective du droit constitutionnel allemand, *RMCUE*, n°370, juillet-août 1993, pp.615-619, spéc.p.616.

[1639] TUE, 24 octobre 2019, *EPSU et Goudriaan / Commission*, aff. T-310/18.,ECLI:EU:T:2019:757.

[1640] *Ibid*., pt. 97.

[1641] *Ibid*., pt 98.

juridique, soit à des fins de légitimation politique (comme peut le faire la Commission au gré de ses communications) soit à des fins, plus pragmatiques, de stratégie judiciaire. Il ressort de la première partie de notre analyse consacrée à l'approche de la Cour une vision plus stricte de la subsidiarité par rapport à la conception plus instrumentale, parfois extravagante, de la Commission. En effet, la première adopte une conception juridiquement plus rigoureuse que la seconde, ce qui implique une approche pleine de retenue et de prudence. Néanmoins, tout comme la Commission, le juge de l'Union se rattache lui aussi à une logique fonctionnelle de la subsidiarité car les limitations qu'il confère à l'application du principe de l'article 5.3 visent, avant tout, à ne pas entraver le processus d'intégration. Il en découle une vision minimaliste, parfaitement compatible avec le fonctionnalisme européen, comme l'atteste l'insertion du principe de subsidiarité dans le registre fonctionnel traditionnel de la Cour.

Paragraphe 2. L'insertion du principe de subsidiarité dans le registre fonctionnel traditionnel de la jurisprudence

721. Les limites générales apposées au principe de subsidiarité de l'article 5.3 TUE, telles qu'elles ressortent de la jurisprudence — tant en ce qui concerne la non-rétroactivité, son interprétation stricte et détachée de l'examen de la proportionnalité, son caractère non opérant en matière d'intégration négative ou encore l'impossibilité de recourir à ce dernier pour justifier une violation du droit de l'Union — se comprennent aisément. La vision minimaliste de la Cour en ce qui concerne le principe de subsidiarité atteste du fait que le juge est parfaitement fidèle à la logique intégrationniste qu'il poursuit depuis toujours. Aussi l'apparition d'un contrôle de subsidiarité n'a en rien révolutionné sa jurisprudence.

722. À l'instar de la Commission, la Cour de justice s'est essentiellement attachée à concevoir le principe de subsidiarité à travers un prisme dépolitisé. La dépolitisation du principe de subsidiarité passe nécessairement par une analyse technique voire économique. Cette approche « neutre » permet au juge de se concentrer sur la dimension instrumentale du principe de subsidiarité et d'en négliger la charge symbolique. Le fait que l'apparition de la subsidiarité dans le droit primaire ait, selon la vision intergouvernementaliste, correspondu à une volonté des États membres de limiter l'extension progressive des compétences de la Communauté n'est manifestement pas une donnée que le juge de l'Union entend prendre en compte lorsqu'il examine le respect du principe, en raison précisément de son aspect politique. Celui-ci préfère ainsi embrasser une vision « utilitariste » essentiellement guidée par la rationalité technocratique, quitte à livrer une interprétation appauvrie du principe de subsidiarité. Il ressort de l'analyse des arrêts de la Cour de justice qu'envisagé sous le double

prisme des compétences et de l'efficacité, la subsidiarité de l'article 5.3 TUE n'est pas un principe politique mais un principe technico-fonctionnel (A) et économico-fonctionnel (B).

A. Un principe technico-fonctionnel : le prisme des compétences

723. Récusant une conception « maximaliste » du principe édicté à l'article 5.3 TUE, ce qui aurait requis l'adoption un modèle « politique » de la subsidiarité, la Cour de justice s'est ralliée à une vision strictement fonctionnelle susceptible de réduire ce principe à une « simple technique d'organisation »[1642]. En atteste le rejet de toute subsidiarité « horizontale »[1643] au profit d'une subsidiarité verticale ou territoriale, conformément aux dispositions de l'article 5.3 TUE. Principe de répartition des compétences ou, plus exactement, de régulation de l'exercice des compétences partagées, la subsidiarité se pare d'une technicité et requiert de la part des institutions en charge de son application la maitrise d'une certaine technique juridique. Ainsi que le souligne F. Martucci, si le principe de subsidiarité est un principe éminemment politique, il est néanmoins devenu technique parce qu'envisagé « à travers le prisme de la répartition des compétences et de l'exercice de ces compétences »[1644]. Un auteur comme A. Marzal Yetano voit, pour sa part, dans l'utilisation de la subsidiarité par la Cour de justice, un « principe technico-fonctionnel de distribution de compétences »[1645].

724. Cette caractéristique propre à la subsidiarité de Maastricht était le seul moyen de légitimer la compétence juridictionnelle de la Cour de justice dans la mesure où la reconnaissance d'un contrôle juridictionnel de subsidiarité ne s'est pas faite sans controverse en raison de la nature éminemment politique du principe (1). L'analyse de la jurisprudence confirme cependant que le juge de l'Union possède en matière de répartition et de régulation de l'exercice des compétences dans l'Union une expertise technique incontestable (2).

1. Un moyen de légitimer la compétence de la Cour de justice

725. Les acteurs politiques nationaux se sont toujours montrés circonspects voire sceptiques quant à la pertinence de confier à la Cour de justice de l'Union le contrôle du respect de l'application du principe de subsidiarité. Les parlements nationaux n'ont jamais caché leur déception et leur inquiétude à l'égard de l'instauration d'un contrôle juridictionnel

---

[1642] MARZAL YETANO A., La dynamique du principe de proportionnalité, précité, p. 424.

[1643] Sur un plan strictement terminologique, afin d'éviter toute confusion conceptuelle, nous évitons d'utiliser le concept, pourtant plus répandu, de subsidiarité « fonctionnelle » pour désigner la subsidiarité qui a pour objet de réguler l'intervention des pouvoirs publics à l'égard des individus et des associations privées (autonomie de la société civile vis à vis du pouvoir public/étatique). On oppose la subsidiarité fonctionnelle à la subsidiarité territoriale ou verticale qui vise à réguler l'exercice des compétences entre différents échelons de pouvoir.

[1644] MARTUCCI F., L'autonomie entre efficacité et proximité, précité.

[1645] MARZAL YETANO A., La dynamique du principe de proportionnalité, précité, p. 425.

de subsidiarité, estimant que seul un contrôle politique constituait une garantie efficace pour s'assurer de la bonne application du principe par les institutions.

726. C'est ainsi que la délégation du Sénat français pour l'Union européenne a fait part de ses préoccupations, dès novembre 1992, dans le rapport de M. Michel Poniatowski[1646], quant à la portée de l'introduction du principe de subsidiarité dans les traités et la question de la garantie de son respect par les institutions de l'Union. M. Poniatowski déclarait dans son rapport qu'il était « paradoxal que l'introduction du principe de subsidiarité dans le droit communautaire, destinée à favoriser la proximité des décisions, aboutisse à confier une responsabilité politique éminente à un organe juridictionnel lointain, soustrait par définition à tout contrôle des représentants élus des citoyens »[1647]. Quelques années plus tard, C. De La Malène ne se montrait pas moins rassuré quand il déclarait, dans un rapport de 1997, que le principe « comporte une marge d'appréciation importante tenant notamment aux éléments qualitatifs de sa définition, et apparaît de ce fait comme un principe plus politique que juridique »[1648]. Il en résulte que « le contrôle juridictionnel sur le respect d'un tel principe ne peut être en tout état de cause qu'un contrôle minimum », en raison de la présence de notions aussi vagues que la « réalisation suffisante » et la « meilleure réalisation »[1649]. Ce point était d'ailleurs souligné par la Cour elle-même dans sa communication à la Conférence intergouvernementale chargée d'élaborer le traité de Maastricht[1650]. Pour l'ancien sénateur il était évident que l'intérêt de la Cour est « d'affirmer sa compétence (afin de ne pas voir une autre institution, existante ou à créer, empiéter sur ses prérogatives), mais de ne pas l'exercer, ou très peu, car ce serait s'aventurer presque ouvertement sur un terrain politique, avec tous les risques que cela comporte pour une juridiction »[1651]. Et de conclure, de façon tout à fait

---

[1646] Rapport n° 45, 1992-1993.

[1647] *Ibid*.

[1648] DE LA MALENE C., Rapport sur l'application du principe de susbsidiarité, Délégation du Sénat pour l'Union européenne - Rapport 46 - 1996 / 1997, précité.

[1649] L'ancien sénateur affirmait par ailleurs que « dès 1991, un membre de la Cour de justice, s'exprimant à titre personnel, avait formulé toutes les réserves que lui inspirait l'idée de voir celle-ci s'aventurer sur le terrain du contrôle de la subsidiarité » et que lors d'une rencontre de juin 1996 avec les délégations pour l'Union de l'Assemblée nationale et du Sénat, « des membres de la Cour de justice ont manifesté à titre personnel la même très grande prudence et exprimé le souhait que tout soit fait pour que d'éventuelles questions de subsidiarité soient réglées par les organes politiques eux-mêmes, avant que la Cour de Justice ne puisse être saisie ».

[1650] La Cour a, en effet, déclaré qu'en appliquant un principe de connotation politique, elle ne pouvait que reconnaitre « une large marge d'appréciation à l'institution en cause », contrôlant le respect par celle-ci des limites extrêmes de ce pouvoir d'appréciation, par la censure de la mesure en cas d'erreur manifeste. En ce sens : Communication de la Cour de justice, précité.

[1651] *Ibid*.

pessimiste, que « non seulement le contrôle de la Cour de justice ne trouvera que rarement à s'exercer, mais, lorsqu'il s'exercera, il ne le fera la plupart du temps qu'à la marge »[1652].

727. Au-delà du fait que ces critiques ont perdu une part de leur actualité, en raison de l'introduction par le traité de Lisbonne de la garantie politique que constitue désormais le mécanisme d'alerte précoce, il nous semble que ces affirmations doivent, par ailleurs, être nuancées[1653]. En effet, les parlementaires occultent, dans leurs critiques, un aspect fondamental du principe de subsidiarité : son caractère technique du fait du prisme des compétences européennes au travers duquel le principe doit être systématiquement appréhendé. Ce prisme revêt une très grande importance car il nécessite une certaine expertise dans l'application du principe de subsidiarité, dans la mesure où il exige d'identifier au préalable une compétence non exclusive de l'Union. En d'autres termes, l'application et le contrôle du principe de subsidiarité de l'article 5.3 TUE nécessitent une connaissance parfaite du système de répartition et d'exercice des compétences normatives. Cette remarque était encore plus valable sous l'empire des traités antérieurs au traité de Lisbonne puisque ce dernier a inséré des listes de compétences (exclusives, partagées) afin de clarifier la question. Néanmoins, aujourd'hui encore, des doutes subsistent. En ce domaine particulièrement technique, seule la Cour de justice peut prétendre assumer le plus efficacement une telle tâche. Or, à suivre l'argumentation des parlementaires, la Cour aurait tout intérêt à restreindre, au maximum, le champ d'application du principe de subsidiarité. Il lui suffirait, pour cela, d'identifier une compétence exclusive, plutôt qu'une compétence partagée, pour conclure à la non-application de la subsidiarité. Ce n'est pourtant pas la voie que la Cour de justice a emprunté. C'est ce qu'il conviendra de démontrer.

2. *L'expertise de la Cour de justice en matière de répartition et d'exercice des compétences*

728. L'analyse de la jurisprudence révèle qu'en matière de compétences législatives, la Cour de justice n'a jamais cherché à restreindre le champ d'application du principe de subsidiarité, contrairement à ce que l'on aurait pu craindre ou penser. Rappelons que si le traité de Maastricht a conditionné l'application du principe de subsidiarité aux seules compétences partagées ou concurrentes (le traité lui-même ne mentionne que les compétences non-exclusives) il n'a pas défini ces dernières. Aussi a-t-il fallu exclusivement s'appuyer sur

---

[1652] *Ibid*.

[1653] Par ailleurs, on peut retourner l'argument de l'instrumentalisation du principe de subsidiarité contre les parlements eux même dans la mesure où ces derniers entendent, bien souvent, déplacer le débat juridique sur un terrain exclusivement politique.

la jurisprudence de la Cour de justice. En ce domaine, le juge de l'Union peut se réclamer d'une expertise inégalable puisque c'est essentiellement sa jurisprudence qui a contribuer à forger le système des compétences, les traités ayant procédé, par la suite, à une codification de celle-ci. Comme l'a relevé A. Bouveresse, les institutions communautaires « tendent en pratique à retenir une conception extensive de leurs compétences exclusives » afin de limiter le champ d'application de la subsidiarité[1654]. Naturellement, les États membres tendent à l'inverse à privilégier la nature partagée d'une compétence afin de garder une certaine autonomie. L'insertion dans le traité de Lisbonne d'une liste de compétences[1655] a contribué à clarifier le champ d'application du principe de subsidiarité sans toutefois résoudre tous les problèmes d'identification des compétences. En effet, le champ des compétences partagées est évolutif, ces dernières pouvant devenir exclusives *par exercice* [1656].

729. Dans la période comprise entre l'ère post-Maastricht et pré-Lisbonne, en l'absence d'une liste plus ou moins précise de compétences catégorisées, c'est donc à la Cour de justice qu'est revenue la mission exclusive d'identifier une compétence concurrente ou partagée, condition préalable à l'application du principe de subsidiarité conformément aux dispositions de l'article 5.3 TUE. L'analyse des premiers arrêts en matière de subsidiarité se révèle intéressante dans la mesure où l'on constate que ce sont presque toujours les avocats généraux, et non la Cour de justice, qui ont tenté de restreindre l'application du principe de subsidiarité. Ainsi faut-il lui rendre justice sur ce point.

730. Dans un arrêt rendu le 13 mai 1997 ayant opposé l'Allemagne au Parlement et au Conseil[1657], l'État requérant qui demandait l'annulation de la directive 94/19/CE relative aux systèmes de garantie des dépôts[1658] faisait notamment valoir, dans un moyen tiré de la violation de l'obligation de motivation, une violation de cette obligation prévue à l'article 190 du traité. Le gouvernement allemand soutenait que la directive litigieuse ne fournissait

---

[1654] BOUVERESSE A., Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire, Bruylant, 2010, p. 82.

[1655] En vertu de l'article 3 TFUE, l'Union dispose d'une compétence exclusive dans les domaines suivants: l'union douanière; l'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur; la politique monétaire pour les États membres dont la monnaie est l'euro; la conservation des ressources biologiques de la mer dans le cadre de la politique commune de la pêche; la politique commerciale commune. Au termes de l'article 4 TFUE, les compétences partagées entre l'Union et les États membres s'appliquent aux principaux domaines suivants: le marché intérieur; la politique sociale, pour les aspects définis dans le présent traité; la cohésion économique, sociale et territoriale; l'agriculture et la pêche, à l'exclusion de la conservation des ressources biologiques de la mer; l'environnement; la protection des consommateurs; les transports; les réseaux transeuropéens; l'énergie.

[1656] On distingue les compétences exclusives par nature des compétences exclusives par exercice, au contenu évolutif.

[1657] CJCE, 13 mai 1997, *Allemagne c/ Parlement et Conseil,* aff. C-233/94.

[1658] JO L 135, p. 5.

« aucune justification quant à sa compatibilité avec le principe de subsidiarité tel qu'il est inscrit à l'article 3 B, deuxième alinéa, du traité ». Ce dernier ajoutait que « dès lors que ce principe limite les compétences de la Communauté et que la Cour est compétente pour contrôler que le législateur communautaire n'a pas outrepassé ses compétences, ce principe doit être soumis au contrôle juridictionnel de la Cour ». De surcroît, l'obligation de motivation imposait selon lui de « tenir compte des considérations essentielles de fait et de droit sur lesquelles est fondé un acte juridique et dont ferait partie le respect du principe de subsidiarité »[1659]. Il est intéressant de noter que l'Avocat général et le juge de l'Union ont livré un raisonnement juridique substantiellement différent pour aboutir à la même conclusion, à savoir que le législateur communautaire n'avait pas porté atteinte au principe de subsidiarité. Ainsi, si le premier estimait que « compte tenu du caractère exclusif de la compétence de la Communauté, le Conseil et le Parlement n'étaient pas, (…) tenus de justifier de la nécessité d'appliquer le principe de subsidiarité », la Cour de justice relevait qu'en précisant les raisons pour lesquelles ils estimaient que leur action était conforme au principe de subsidiarité et, partant, qu'ils se sont conformés à l'obligation de motivation, le Conseil et le Parlement n'ont pas violé le principe de subsidiarité[1660].

731. La différence dans l'analyse est conséquente puisque le raisonnement de l'Avocat général P. Léger reposait sur l'identification préalable d'une compétence exclusive de l'Union dans le but d'écarter l'application du principe de subsidiarité tandis que la Cour de justice ne cherchait pas à l'éviter mais se contentait de relever que le législateur communautaire avait respecté l'obligation de motivation en précisant d'ailleurs qu' « il ne saurait être exigé à cet égard que ce principe soit mentionné expressément »[1661]. L'avocat général allait jusqu'à soutenir que « l'énonciation des motifs par lesquels les autorités communautaires ont justifié leur intervention au regard du principe de subsidiarité » reposait « sur une appréciation inexacte de la compétence communautaire ». En effet, tout comme la Commission qui était intervenue dans cette affaire, mais contrairement au Conseil et au Parlement, ce dernier défendait l'idée selon laquelle la réalisation du marché intérieur relevait d'une compétence exclusive de l'Union, excluant *ipso facto,* l'application du principe de subsidiarité. L'argument de P. Léger reposait sur la circonstance que l'article 57 sur lequel la directive était fondée « n'évoque à aucun moment la compétence des États membres. Il confie à la seule Communauté le soin de procéder à la coordination des normes nationales dans ce domaine, ce qui montre que, dès l'origine, les auteurs du traité ont considéré que la coordination en

---

[1659] *Ibid.,* pt 22 de l'arrêt précité.
[1660] *Ibid.*, pt 28 de l'arrêt précité.
[1661] *Ibid.,* pt 28.

matière d'accès aux activités non salariées et d'exercice de celles-ci était mieux atteinte par une action communautaire que par une action au niveau national ». Il ajoutait que l'harmonisation des législations nationales doit nécessairement être réalisée au moyen d'une norme commune aux différents États.

732. L'arrêt *British American Tobacco*[1662] offre une illustration encore plus claire de l'attitude de la Cour de justice quant à la question de l'application du principe de subsidiarité. En l'espèce, le Parlement européen soutenait que le principe de subsidiarité ne s'appliquait pas à une directive « *adoptée* en vue de la réalisation du marché intérieur » qui relevait, selon lui, d'une compétence exclusive. Ce fut l'occasion pour la Cour de justice d'indiquer que la subsidiarité « s'applique lorsque le législateur communautaire recourt à l'article 95 CE, dans la mesure où cette disposition ne lui donne pas une compétence exclusive pour réglementer les activités économiques dans le marché intérieur, mais seulement une compétence en vue d'améliorer les conditions de l'établissement et du fonctionnement de celui-ci »[1663]. Le traité de Lisbonne n'a fait que confirmer la jurisprudence de cette dernière puisque l'article 4 TFUE indique dorénavant que le marché intérieur relève d'une compétence partagée. Le traité n'a toutefois pas mis fin à tout débat. En atteste une affaire de 2013[1664], dans laquelle l'Espagne et l'Italie estimaient que la création d'un brevet unitaire relevait des compétences exclusives de l'Union. L'Avocat général a invalidé cette lecture en faisant valoir que la nature d'une compétence dépendait non pas de la question de savoir si l'Union « est la seule à pouvoir adopter une mesure ayant un effet sur tout le territoire de l'Union, mais bien du domaine auquel appartient la mesure envisagée»[1665]. La Cour de justice a validé ce raisonnement, estimant que la création d'un titre européen de propriété intellectuelle relève bien du marché intérieur qui est une compétence partagée, conformément à l'article 4.2a) TFUE.

733. Sans qu'il soit nécessaire de multiplier les exemples en ce sens, bornons-nous à préciser que ces affaire ne sont pas des cas isolé. En effet, très souvent, et ce jusqu'à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne[1666], les Avocats généraux ont cherché à défendre l'idée selon laquelle la réalisation du marché intérieur relevait d'une compétence non partagée car exclusivement attribuée à l'Union, ce qui aurait eu pour conséquence de soustraire ce

---

[1662] CJCE, 10 décembre 2002, *British American Tobacco,* aff. C-491/01, Rec., 2002 I-11453.

[1663] Pt 179 de l'arrêt précité.

[1664] CJUE, 16 avril 2013, *Espagne et Italie contre Conseil de l'Union européenne*, aff C-274/11.

[1665] pt 47 des conclusions d'Yves Bot présentée le 11 décembre 2012 dans les affaires jointes C−274/11 et C−295/11.

[1666] Il est désormais établi que le marché intérieur relève d'une compétence partagée, conformément à l'article 3 TFUE.

domaine de l'application du principe de subsidiarité[1667]. La Cour de justice ne s'est jamais engagée dans cette voie pour conclure à la non-violation par le législateur de l'Union du principe de subsidiarité. Ainsi, la Cour est d'autant plus légitime à s'assurer du respect du principe de subsidiarité par les institutions de l'Union qu'elle n'a pas cherché à restreindre, de façon abusive, l'application du principe. Pour autant, cette circonstance ne saurait occulter l'autre aspect préoccupant du contrôle juridictionnel de subsidiarité, mentionné dans les rapports du Sénat français, à savoir la validation systématique, sur le fond, des interventions du législateur au regard de ce principe. La question qui se pose est de savoir si le caractère quasi-économique du principe de subsidiarité, bien loin de revêtir un aspect neutre car « dépolitisé », ne tend pas, à l'inverse, à favoriser l'intervention du législateur de l'Union au détriment des législateurs nationaux. C'est ce qu'il s'agira de déterminer dans la dernière partie de ce chapitre.

B. Un principe économico-fonctionnel : le prisme de l'efficience

734. Pour une institution comme la Commission, il est clair que la subsidiarité ne doit pas jouer contre l'intégration de l'Union mais, au contraire, la légitimer, la justifier et la favoriser. Il semblerait que pour la Cour de justice la logique soit exactement la même. Aussi la dimension politique du principe de subsidiarité est-elle absente de la jurisprudence du juge si l'on conçoit celle-ci en termes d'autonomie, notamment étatique, infra-étatique et autre. Guidé par la seule rationalité, le principe de subsidiarité se voit ainsi replacé dans une dimension strictement économique. Aussi, plutôt que d'adopter un discours politique, ce qui n'est sans doute pas souhaitable, la Cour préfère-t-elle opter pour un langage d'inspiration économique. En effet, un tel langage, « censément neutre et impartial » est le seul qui soit « compatible avec les règles du Marché intérieur »[1668].

735. Pour autant, cette stratégie, aussi payante soit-elle pou l'intégration, se fait au prix d'une dénaturation et d'un appauvrissement du principe de subsidiarité. En effet, la Cour de justice n'a pas les moyens de procéder elle-même à une analyse économique du principe de subsidiarité eu égard à la complexité des appréciations requises. Aussi doit-elle adopter un certain retrait afin de ne pas empiéter sur l'appréciation des institutions mieux placées qu'elles pour décider de la nécessité ou non du déclenchement d'une action de l'Union. Bien

---

[1667] On retrouve une logique similaire dans l'affaire *Bosman* où l'Avocat général a cherché à faire des libertés fondamentales du marché intérieur une « compétence exclusive » de l'Union pour conclure à l'inapplication de la subsidiarité. Là encore, la Cour de justice ne s'est pas engagée dans cette voie préférant passer par un raisonnement situé à un autre niveau que celui de la régulation de l'exercice des compétences normatives.

[1668] BARROCHE J., La citoyenneté européenne victime de ses propres contradictions : de la nationalité étatique à la rationalité économique, précité.

que la jurisprudence se soit saisie du principe de subsidiarité, suite à l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, la Cour ne s'est pas pour autant émancipée du registre « économico-fonctionnel » propre à l'instauration du Marché intérieur pour investir un cadre plus « politico-constitutionnel ». Si l'efficience économique de l'intégration se trouve au coeur du néo-fonctionnalisme, un auteur comme A. Portuese place cette notion au centre de son analyse et affirme que le principe de subsidiarité, tel qu'interprété par la Cour, peut se concevoir en des termes strictement économiques. Pour cet auteur, le juge envisage la subsidiarité comme un principe d'efficience économique[1669]. Il en résulte un principe bidirectionnel pouvant justifier davantage de centralisation ou, à l'inverse « des choix anti-intégrationnistes où la décentralisation est préservée ou renforcée ». Bien qu'intéressante, la thèse de la neutralité de la subsidiarité-efficience ne semble pas correspondre à la réalité jurisprudentielle, une telle neutralité n'étant, selon notre analyse, qu'apparente (1). Nous estimons, tout au contraire, que la jurisprudence vise à promouvoir la subsidiarité-efficacité rejoignant de cette façon l'approche instrumentale de la Commission (2).

1. La subsidiarité comme principe d'efficience : l'apparente neutralité

736. Un certain nombre d'auteurs estiment, à l'instar de A. Marzal Yetano, que « comprise comme elle l'est par la Cour de justice, à savoir un instrument purement technique, la subsidiarité n'est pas un véhicule de décentralisation ou à l'inverse de centralisation, mais plutôt d'efficience »[1670]. Conçue comme tel, le principe de subsidiarité s'analyse comme un instrument ou une technique d'organisation qui impose une distribution des compétences en fonction d'un seul critère, l'efficience. En vertu de la subsidiarité législative, est compétent le législateur — européen ou national — qui garantira de la manière la plus efficiente la réalisation des objectifs visés par l'action envisagée.

737. Dans une thèse consacrée au principe d'efficience, A. Portuese a ainsi cherché à démontré que le principe de subsidiarité était interprété par la Cour de justice « aux seules fins de promouvoir le principe d'efficience économique »[1671]. Son analyse le mène à la conclusion que toute la jurisprudence sur le principe de subsidiarité peut être expliquée « dès lors que l'on prend en considération les différents coûts d'erreur présents du fait de l'ambiguïté des conséquences économiques que le principe de subsidiarité comporte ». Selon

---

[1669] PORTUESE A., Le principe d'efficience économique, p. 117.

[1670] MARZAL YETANO A., La dynamique du principe de proportionnalité, précité, p. 443.

[1671] PORTUESE A., Le principe d'efficience, précité, p. 160. L'auteur s'inscrit dans une approche qui refuse à la fois « le formalisme d'une approche juridique, qui appréhende le principe de subsidiarité comme un principe juridique normal » et « le nihilisme de l'approche politiste, qui aborde ce principe comme simple principe politique, nous avons plaidé pour une approche économique de ce principe ».

cet auteur, « par le biais d'une minimisation des coûts d'erreurs judiciaires », la Cour de justice fait le choix de « la justice déléguée pour laquelle le législateur européen est responsable, pour l'allocation de l'exercice des compétences, car celui-ci est l'acteur politique européen supportant le moins de coût informationnel dans ce domaine »[1672]. En d'autres termes, la jurisprudence minimaliste de la Cour de justice en matière de subsidiarité s'expliquerait par le fait que le juge adopte une justice déléguée ou un « self-restraint » en ce qui concerne la subsidiarité « substantielle » entendue comme le test de l'efficience comparée.

738. En ce sens, le juge de l'Union minimiserait les coûts d'erreurs judiciaires à la faveur d'une approche emprunte de retenue justifiée par l'asymétrie d'information disponible entre les juges et les législateurs. Ainsi, dans un arrêt *Royaume-Uni c/ Conseil*[1673], rendu le 12 novembre 1996, la Cour de justice a affirmé que dès lors que le législateur communautaire a constaté la nécessité d'améliorer le niveau de la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs, et d'harmoniser les conditions existant en ce domaine, la réalisation d'un tel objectif « suppose nécessairement une action d'envergure communautaire »[1674] et qu'il fallait dès lors écarter « l'argument tiré du non-respect du principe de subsidiarité, selon lequel le législateur n'a pas établi que les objectifs de la directive seraient mieux servis au niveau communautaire qu'à celui des États membres »[1675]. Aussi voit-on le juge de l'Union se bornait à l'examen de la seule motivation. Dans la même affaire, la Cour de justice déclare néanmoins que « s'il est vrai que la motivation exigée par l'article 190 du traité CE doit faire apparaître d'une façon claire et non équivoque le raisonnement de l'autorité communautaire, auteur de l'acte incriminé, de manière à permettre aux intéressés de connaître les justifications de la mesure prise et à la Cour d'exercer son contrôle, il n'est toutefois pas exigé qu'elle spécifie tous les éléments de fait ou de droit pertinents »[1676]. Il ressort de l'analyse de cet arrêt que ni la subsidiarité matérielle/substantielle (efficacité comparative) ni la subsidiarité procédurale (obligation de motivation) ne font l'objet d'un contrôle juridictionnel approfondi. Pour la première, le juge de l'Union se borne à renvoyer à l'appréciation du législateur, pour la seconde, il précise que celui-ci n'est pas tenu de spécifier tous les éléments de fait ou de droit pertinents.

[1672] *Ibid*.

[1673] CJCE, 12 novembre 1996, *Royaume-Uni / Conseil*, aff. C-84/94, Rec.1996 I-05755.

[1674] *Ibid*., pt 47.

[1675] *Ibid*., pt 55.

[1676] *Ibid*., pt 74.

739. Il nous semble que le laxisme qui caractérise cette jurisprudence ne saurait être assimilé à une quelconque efficience de l'analyse des juges de Luxembourg. Aussi ne pouvons-nous pas souscrire à l'analyse de A. Portuese qui considère qu'à cause de la présence de ces coûts informationnels, « la jurisprudence constante qui consiste non seulement à adopter une justice déléguée pour la subsidiarité substantielle, mais également à contrôler véritablement la subsidiarité procédurale, maximise l'efficience économique tout en minimisant les coûts d'erreur potentiellement créés par le juge européen. Ces coûts d'erreurs sont minimisés car le juge ne dispose pas de l'information nécessaire pour élaborer un jugement rationnel et, ainsi, il suppose que le gouvernement central a pris en compte les différents coûts et bénéfices d'une réglementation centralisée et/ou décentralisée »[1677].

740. En effet, il nous semble que l'affirmation selon laquelle la Cour de justice contrôle « véritablement la subsidiarité procédurale », c'est-à-dire l'obligation de motivation, est erronée. Comme dans l'arrêt examiné plus haut, *Allemagne c/ Parlement et Conseil*[1678] dans lequel le gouvernement fédéral soutenait que la directive devait être annulée pour violation de l'obligation de motivation prévue à l'article 190 du traité en ce qu'elle ne fournissait « aucune justification quant à sa compatibilité avec le principe de subsidiarité » (subsidiarité procédurale), la Cour de justice a déclaré qu'il saurait être exigé du législateur de l'Union qu'il mentionne « expressément » le principe de subsidiarité. Il nous semble, par conséquent, qu'envisagé comme un principe économico-fonctionnel, le principe de subsidiarité comporte une présomption en faveur de l'intervention européenne dans la mesure où le critère d'efficacité sur lequel il repose conduit les institutions à privilégier une action européenne, bien plus qu'une action nationale.

741. Bien qu'il considère essentiellement la subsidiarité comme un principe d'efficience « neutre », A. Marzal Yetano admet néanmoins que le principe de subsidiarité « peut s'avérer de nature centralisatrice » dans la mesure où « les appels à l'efficacité peuvent amener la subsidiarité dans le cadre européen à être utilisée au service d'une centralisation des compétences »[1679]. Force est de conclure que même s'il se présente comme un principe d'efficience économique, la neutralité que semble véhiculer le principe de subsidiarité n'est qu'apparente. C'est en ce sens que l'on peut évoquer une forme d'instrumentalisation du contrôle de subsidiarité de la part de la Cour de justice.

[1677] PORTUESE A., Le principe d'efficience, précité, p. 157. Nous soulignons.

[1678] CJCE, 13 mai 1997, *Allemagne c/ Parlement et Conseil*, aff. C-233/94.

[1679] MARZAL YETANO A., La dynamique du principe de proportionnalité, précité, p. 380. Voir aussi : MILLON-DELSOL C., Le principe de subsidiarité, PUF, 1993, p. 104.

2. La promotion de la subsidiarité-efficacité dans la jurisprudence de la Cour de justice

742. Malgré des divergences sur la forme, mises en lumière précédemment, qui s'expliquent aisément[1680], la Cour de justice rejoint, sur le fond, l'approche fonctionnelle de la Commission européenne dans l'interprétation du principe de subsidiarité. Cette approche consiste à détacher le principe de subsidiarité de l'article 5.3 TUE de toute considération politique attachée à l'autonomie nationale et et de toute préoccupation démocratique telle que visée par le préambule. En d'autres termes, la subsidiarité-proximité n'a pas véritablement trouvé sa place dans la pratique des institutions européennes, si ce n'est sur un plan purement discursif dans les communications de la Commission ou ponctuellement dans le recours par cette dernière aux consultations. Quant à la Cour de justice, s'il lui arrive, bien entendu, d'aborder la question de l'autonomie (nationale, locale ou celle qui s'attache à la société civile), ce n'est jamais sous l'égide du principe de subsidiarité[1681]. Cela s'explique, nous semble-t-il, par la logique inhérente au fonctionnalisme de l'Union européenne.

743. L'analyse de la jurisprudence confirme que la subsidiarité-efficacité dont la Commission s'est fait le chantre a trouvé un écho favorable dans les arrêts de la Cour de justice dans la mesure où on y trouve le fameux test de l'efficacité comparative. Il est vrai que le juge de l'Union ne procède pas véritablement lui-même à ce test, préférant s'appuyer, en grande partie, sur l'analyse du législateur de l'Union. Néanmoins, on relève une certaine évolution dans l'intensité du contrôle juridictionnel entre les années 1990 et les années 2000[1682], notamment en ce qui concerne la subsidiarité matérielle, même si, pour l'heure, aucun arrêt n'est venu sanctionner le législateur européen pour une violation du principe de subsidiarité (article 5.3 TUE) ou de proportionnalité (au sens de l'article 5.4 TUE). Ce point sera examiné, plus en détails, ultérieurement.

744. Aussi l'analyse de A. Estella, du début des années 2000, selon laquelle la jurisprudence de la Cour de justice concernant le principe de subsidiarité, s'explique par la

---

[1680] La Cour de justice étant, contrairement à la Commission, un organe juridictionnel elle doit assurer l'interprétation des dispositions du traité et veiller à l'application correcte du droit de l'Union. Aussi son approche se veut-elle plus rigoureuse sur le plan juridique. La Commission quant à elle, immergée dans un flou conceptuel, se situe sur un plan plus politique que le juge de l'Union et n'hésite pas à exploiter toutes les ressources discursives que peut présenter un principe aussi « accrocheur » que la subsidiarité.

[1681] Ainsi la thèse d'un évitement juridictionnel de la subsidiarité, lorsqu'il est question d'autonomie, mise en avant par F. Martucci nous semble tout à fait pertinente. En ce sens : MARTUCCI F., L'autonomie entre efficacité et proximité, précité.

[1682] L'arrêt Tobacco nous semble illustrer cette évolution. CJCE, 10 décembre 2002, *British American Tobacco et Imperial Tobacco*, aff. C-491/01,

volonté du juge de l'Union de ne pas bloquer l'intégration européenne, nous semble-t-elle, aujourd'hui encore, parfaitement valable[1683]. En effet, les arrêts dans lesquels le principe de subsidiarité est invoqué par les requérants — étatiques ou particuliers — ne mentionnent jamais la nécessité de protéger les compétences étatiques, l'autonomie ou encore l'identité nationale face aux ingérences du législateur de l'Union. Ce constat est valable aussi bien pour les premiers arrêts que la jurisprudence la plus récente. Comme l'ont noté certains auteurs, le principe de subsidiarité « cesse ainsi d'être un véritable principe de décentralisation, qu'il s'agisse du localisme ou du fédéralisme, pour assumer une fonction de garantie de l'efficacité dans la distribution des compétences entre les différents niveaux d'autorités publiques »[1684]. De là à conclure, de façon presque caricaturale, que la subsidiarité-efficacité de l'article 5.3 TUE est un principe de « centralisation », par opposition à la subsidiarité-proximité du préambule, entendue comme un principe de « décentralisation », il y a un pas que nous tenterons de franchir, dans la dernière partie de cette thèse.

[1683] ESTELLA A. (2005) The Principle of Subsidiarity and Its Critique. Oxford : Oxford University Press.
[1684] MARZAL YETANO, précité.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

745. Le principe de subsidiarité dans l'ordre juridique de l'Union européenne n'est pas un principe fédéral mais fonctionnel en ce sens qu'il ne vise pas tant à assurer l'équilibre cher au fédéralisme entre l'unité et la diversité, ou, pour le traduire en termes moins abstraits entre les intérêts étatiques (respect de l'autonomie et de l'identité nationale) et ceux de l'Union (poursuite des objectifs des traités, au premier chef desquels la réalisation du marché) qu'à légitimer l'action de l'Union dans un contexte post-Maastricht parfois difficile. Telle est la conclusion qui ressort de l'examen croisé de la littérature de la Commission européenne et de la jurisprudence des premières années. Ces deux institutions étant des moteurs historiques de l'intégration, elles ont régulièrement fait face à des critiques acerbes, parfois injustes ou excessives, et des accusations visant à leur imputer des empiètements croissants et illégitimes sur les compétences nationales. Aussi était-il pertinent d'examiner la façon dont celles-ci ont appréhendé, interprété, appliqué et contrôlé un principe particulièrement chéri des *eurosceptiques* et autres *europhobes* de la période de Maastricht.

746. En ce qui concerne, tout d'abord, la Commission, son utilisation du principe de subsidiarité si elle peut s'avérer à géométrie variable, voire incohérente, reste inspirée par le seul fonctionnalisme. Cette approche la conduit à appréhender le principe de subsidiarité de l'article 5.3 TUE en des termes purement instrumentaux, en fonction du contexte, mais dans une optique toujours favorable aux intérêts et objectifs de l'Union qu'elle entend poursuivre sans relâche. Cette interprétation passe nécessairement pas une dépolitisation du principe, afin d'en occulter la charge subversive potentiellement défavorable à l'intégration, et une certaine dénaturation. Cette dénaturation ou cet appauvrissement est patent lorsque l'on assiste à des amalgames réducteurs entre le principe de subsidiarité et la technique légistique ou encore son assimilation pure et simple au principe de proportionnalité. Il en résulte une dérive fonctionnelle imputable en grande partie à la procéduralisation du principe de subsidiarité.

747. Si l'on relève, parfois, des interprétations plus excentriques ou extravagantes, comme celle visant à ajouter à la subsidiarité de l'article 5.3 une dimension horizontale (inexistante dans le traité) ou la théorie, assez fantaisiste, selon laquelle le principe de subsidiarité a toujours été appliqué par les institutions de l'Union, même avant l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, il ressort de la jurisprudence que la Cour de justice a apporté au principe de subsidiarité des limitations, tant sur le plan temporel que matériel. Sa vision minimaliste de la subsidiarité, loin de s'opposer à celle de la Commission, la rejoint sur le fond. En effet, l'analyse des arrêts montre très clairement que la Cour de justice se rattache, à l'instar de la Commission, à la conception d'une « subsidiarité-efficacité » en ce qui concerne l'action

législative de l'Union. Or, cette dernière conduit, à la faveur de critères plutôt vagues tels que l'insuffisance de l'action étatique et la meilleure réalisation de l'action européenne, à renverser la présomption traditionnelle selon laquelle il convient de donner la priorité à l'échelon inférieur. Force est d'admettre que c'est bien l'instrumentalisation qui caractérise l'approche fonctionnelle du principe de subsidiarité tant de la Commission que de la Cour de justice.

Chapitre II. Une instrumentalisation fonctionnelle du principe de subsidiarité au niveau exécutif

748. Si le principe de subsidiarité consacré par Maastricht visait avant tout l'action du législateur européen et semblait même exclure le champ de l'exécution, devait-on nécessairement en déduire que l'exercice de la compétence législative par l'Union européenne entraînait l'exclusivité de la compétence d'exécution et que l'intervention étatique ne restait possible qu'à titre secondaire dans l'hypothèse où l'Union ne jugeait pas nécessaire d'adopter elle-même des mesures d'exécution ?[1685]

749. Le caractère fonctionnel des attributions de compétences à l'Union autorise à penser qu'à chaque fois que celle-ci est investie de compétences législatives pour atteindre un objectif, elle est « simultanément investie des compétences exécutives et judiciaires qui s'y rapportent »[1686]. Ainsi que nous l'avons souligné à maintes reprises, la méthode fonctionnelle, à la différence de la méthode constitutionnelle-fédérale, s'attache à déterminer les objectifs à atteindre en prévoyant les procédures, alors que la seconde a pour objet de répartir, le plus souvent par matières, les compétences dans un ordre juridique composé afin de refléter l'équilibre politique auquel les constituants sont parvenus[1687]. C'est pourquoi, un principe non-écrit comme l'administration indirecte, en vertu duquel la mise en oeuvre du droit de l'Union incombe aux autorités nationales, juridictions comprises, ne saurait résulter du caractère fonctionnel du principe des compétences d'attribution[1688]. Rappelons, néanmoins, qu'en vertu du principe d'administration ou d'exécution indirecte, les autorités nationales ont l'obligation de prendre toutes les mesures nécessaires à l'exécution du droit de l'Union européenne, l'exécution pouvant être normative (transposition des directives[1689]) ou

---

[1685] JACQUE J.-P., Pouvoir législatif et pouvoir exécutif dans l'Union européenne, précité, p. 52.

[1686] ISAAC G., BLANQUET M., Droit communautaire général, A. Colin, Paris, 2001, p. 223.

[1687] BURGORGUE-LARSEN L., « À propos de la notion de compétence partagée. Du particularisme de l'analyse en droit communautaire », RGDIP, 2006 , pp 373-390. Voir aussi : FROMONT M., « Les compétences respectives de l'Union et des Etats membres », *Teoria del Diritto e dello Stato,* 2003, n°1-2, L'Europa, pp. 149-161.

[1688] DUBEY B., Administration indirecte et fédéralisme d'exécution, précité, p. 98.

[1689] La transposition des directives appelle des mesures nationales d'exécution même s'il n'est pas sûr, comme le rappelle B. Bertrand qu'il s'agisse d'une exécution *stricto sensu* dans la mesure où elle permet la participation des Parlement nationaux à l'élaboration des actes législatifs de l'Union. BERTRAND B., Le juge de l'Union européenne, juge administratif, précité, p. 228. Nous rejoignons toutefois l'avis de R. MEHDI qui voit dans la transposition des directives l'illustration « emblématique » de l'exécution normative du droit de l'Union : MEHDI R., «Le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif», in J. Dutheil de la Rochère et J.-B. Auby (dir.), Droit administratif européen, op. cit., p. 685, spéc. pp. 693.

administrative (application des règlements[1690]). Quant au juge national, ce dernier est chargé, plus spécifiquement, de l'exécution juridictionnelle, en ce sens qu'il doit assurer l'application du droit de l'Union, primaire et dérivé, en adaptant les règles de procédure nationales aux exigences d'une protection juridictionnelle effective[1691].

750. Dans nos développements précédents[1692], nous avons pu rattacher le phénomène de l'administration indirecte au principe de subsidiarité tout en en montrant les fortes convergences avec le fédéralisme d'exécution, la subsidiarité (dans sa dimension exécutive) étant au fondement de ce modèle issu du fédéralisme allemand et suisse[1693]. Nous avons également montrer qu'en vertu du principe de l'administration indirecte, la charge incombant aux autorités nationales d'exécuter le droit de l'Union comprenait, en plus de l'exécution administrative et matérielle, le contrôle judiciaire. Aussi est-il loisible de voir dans le mécanisme de la subsidiarité juridictionnelle, mis en lumière par la doctrine[1694], un corollaire du principe de l'administration indirecte. Dans cette optique, le juge national agit en qualité de juge européen de droit commun de la même façon que le juge cantonal suisse agit en qualité de juge ordinaire du droit fédéral. Pour beaucoup d'auteurs, il est clair que, dans l'Union européenne, « la compétence exécutive des États membres constitue un cas d'application du principe de subsidiarité » de même que la doctrine suisse considère que le fédéralisme d'exécution trouve son fondement dans le principe fédéraliste de la subsidiarité[1695].

751. Le recours à l'administration indirecte ou au fédéralisme d'exécution est privilégié, en Europe, en raison des nombreux avantages que ces modèles présentent, en termes

---

[1690] L'exécution normative est toutefois possible car il n'est pas exclu que les règlements, d'applicabilité directe certes, appellent des mesures étatiques visant à préciser et compéter leur contenu ou à tout le moins « préciser les modalités procédurales de leur mise en oeuvre et les sanctions infligées en cas de leur inobservation ». BOSKOVITS K., Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses Etats membres, précité, p..350.

[1691] L'exécution doit être entendue de façon extensive comme l'ensemble des actes, de portée générale ou individuelle, que son auteur soit un exécutif européen ou un État membre, pris pour l'application d'actes de l'Union de portée générale adoptés sur la base directe du traité sous réserve qu'il existe des décisions individuelles qui peuvent être prises sur la base directe des traités et qui se rattachent à la fonction exécutive. En ce sens : RITLENG D., «L'identification de la fonction exécutive dans l'Union», précité, p. 35.

[1692] Voir Chapitre II du Titre I de la première partie de cette thèse.

[1693] Conformément à l'article 83 de la Loi fondamentale, les *Länder* exécutent les lois fédérales à titre de compétence propre. En vertu de l'article 46 de la Constitution suisse, les Cantons mettent en oeuvre le droit fédéral conformément à la Constitution et à la loi.

[1694] SIMON D, « La subsidiarité juridictionnelle : notion gadget ou concept opératoire », précité.

[1695] DUBEY B., précité, p. 94 et 98.

d'efficacité[1696], d'autonomie ou de proximité. En effet, l'on peut voir dans l'administration indirecte une application du principe de subsidiarité dans sa dimension « proximité » rappelée d'ailleurs à l'article 1 TUE, lequel revêt une portée juridique générale incontestable. Le point 7 du protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité peut également être mentionné dans la mesure où il vise l'action de l'Union dans son ensemble et exige de laisser « une marge de décision aussi grande que possible au niveau national »[1697].

752. Le choix de la décentralisation dans l'exécution porte ainsi la marque d'une « authentique culture juridique européenne » dans la mesure où ce modèle trouve ses expressions les plus concrètes en Suisse, en Allemagne et dans l'Union[1698]. Aussi un tel schéma mérite-t-il d'être mis en valeur et exploité de façon optimale[1699]. Prenant acte du fait que dans l'ordre juridique de l'Union, rien n'est jamais fixé ni définitif, un auteur comme B. Dubey a pu estimer que la poursuite d'un équilibre entre le respect du principe de subsidiarité et les exigences d'uniformité dans l'application du droit de l'Union permettait une mise en oeuvre efficace de ce droit. L'auteur relève que si le principe de l'administration indirecte n'est pas formellement consacré dans le droit primaire de l'Union, le fait que le principe de subsidiarité soit, quant à lui, prévu dans le traité pourrait apporter une garantie à ce modèle qu'il convient de préserver. Si nous rejoignons B. Dubey sur le fond, tant dans l'expression de ses craintes que dans la formulation de ses souhaits, nous nous en éloignons en ce qui concerne l'analyse du principe de subsidiarité. Il nous semble, en effet, que le salut du modèle de l'administration indirecte dans l'Union ne saurait venir d'un principe comme la subsidiarité. La raison en est, précisément, le caractère fonctionnel du principe.

753. En effet, s'agissant de la mise en oeuvre du droit de l'Union et, plus théoriquement, de la question du détenteur de la compétence d'exécuter, il convient de se référer tout particulièrement aux paragraphes 1 et 2 de l'article 291 TFUE, tel qu'issu de la rédaction du traité de Lisbonne[1700]. Aux termes du premier paragraphe, « les États membres prennent toutes les mesures de droit interne nécessaires pour la mise en œuvre des actes juridiquement contraignants de l'Union ». Aux termes du second, « lorsque des conditions uniformes d'exécution des actes juridiquement contraignants de l'Union sont nécessaires, ces actes confèrent des compétences d'exécution à la Commission ou (…) au Conseil ». Il est possible

---

[1696] L'administration indirecte, comme le fédéralisme d'exécution, permet, en s'appuyant sur des administrations locales déjà bien rôdée, d'économiser les coûts et les moyens matériels en évitant d'instaurer une administration central risquant de faire double emploi avec les administrations décentralisées.

[1697] JACQUE J.-P., précité, p. 52.

[1698] DUBEY B., p. 98.

[1699] *Ibid.,* p. 132.

[1700] Les traités antérieurs étaient beaucoup plus évasifs et ne permettaient pas de trancher la question.

de considérer qu'il s'agit là d'une expression tacite du principe de subsidiarité dans le domaine de l'exécution : les États détiennent une compétence de principe, et donc une priorité d'action par rapport à l'Union, mais lorsque certaines conditions sont réunies, à savoir la nécessité d'une uniformité dans l'exécution, les institutions européennes peuvent intervenir dans la mesure où elles seules peuvent mieux atteindre cette exigence. Ainsi que le relève fort justement C. Blumann, « ce besoin d'uniformité reproduit finalement au niveau de l'exécution ce que sont les conditions de l'insuffisance étatique et de la plus-value de l'Union (art. 5 §3 TUE), lorsqu'il s'agit de légiférer »[1701]. Si l'action exécutive de l'Union revêt un caractère subsidiaire par rapport à celle des autorités nationales, la compétence de l'Union n'en est pas moins latente. Aussi, contrairement à ce que suggère B. Dubey, la subsidiarité européenne ne saurait être opposée à l'exigence d'uniformité du droit de l'Union, bien au contraire puisqu'elle intègre ce critère et en fait une condition d'intervention des institutions de l'Union. On retrouve cette dynamique dans la subsidiarité juridictionnelle.

754. De la même façon que l'on peut opérer un rapprochement entre les dispositions de l'article 5.3 TUE et celles de l'article 291.2 TFUE, l'on peut considérer, à l'instar de D. Simon, que « la Cour de justice n'intervient, conformément au principe de subsidiarité que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent être réalisés de manière suffisante par les juridictions nationales et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau de la Cour de justice »[1702]. De la même manière que la subsidiarité substantielle — qui fait depuis Maastricht l'objet d'une reconnaissance textuelle — revêt un caractère fonctionnel, de même, la subsidiarité juridictionnelle qui régule les rapports entre les juges nationaux et européens depuis toujours, fait l'objet de la part de la Cour d'une interprétation purement fonctionnelle[1703]. Pour un auteur comme A. Marzal Yetano, la subsidiarité n'implique pas un principe de faveur pour que ce soient les juridictions nationales ou le juge européen qui aient le dernier mot car compris comme un instrument purement technique, le principe « n'est pas un véhicule de décentralisation ou à l'inverse de centralisation, mais plutôt d'efficience »[1704].

[1701] BLUMANN C., Le système normative de l'Union européenne vingt ans après le traité de Maastricht, R.A.E. 2012, S. 235–258., spéc. p. 252.

[1702] SIMON D., précité, p. 85.

[1703] La doctrine a consacré cette terminologie subsidiarité substantielle/juridictionnelle pour distinguer le principe de subsidiarité consacré par le traité du mécanisme de subsidiarité juridictionnelle. Voir en ce sens : DUPONT-LASSALLE, J., « La « subsidiarité juridictionnelle », instrument de l'intégration communautaire ? », *Droit et société*, vol. 80, no. 1, 2012, pp. 47-71. Voir aussi : ANDRIANTSIMBAZOVINA J., « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme », p. 29.

[1704] MARZAL YETANO A., La dynamique du principe de proportionnalité, précité, p. 443.

755. Si les auteurs ont tendance à insister sur la nécessité de bien distinguer le principe de subsidiarité, consacré à l'article 5.3 TUE, de la subsidiarité juridictionnelle, afin d'éviter les confusions, il est à noter que la Cour lie les deux notions. Ainsi, lorsqu'un règlement ou une directive procède expressément à un renvoi au droit national pour exécuter une obligation, cela se traduit pour les juges nationaux par un large exercice de leur compétence de sorte que « la Cour, face à un instrument ayant laissé, au nom du principe de subsidiarité, une large marge de manoeuvre aux États membres dans ses modalités d'application, en tire les conséquences sur le plan procédural »[1705]. Mais cette liberté dans les moyens destinés à mettre en oeuvre le droit dérivé sera toujours conditionnée à la nécessité d'assurer le plein effet des actes de l'Union. Comme le relève V. Couronne, la subsidiarité juridictionnelle implique une dynamique dans les rapports entre juge interne et juge de l'Union, de la même manière que le principe de subsidiarité implique un déplacement constant du niveau le plus tangible de la vie sociale en fonction des nécessités sociale[1706]. Néanmoins, cette dynamique épouse, nous semble-t-il, la logique du fonctionnalisme et se prête ainsi à l'instrumentalisation.

756. Contrairement à la subsidiarité suisse, la subsidiarité européenne n'est pas un principe fédéral mais fonctionnel, ce qui conduit le principe à embrasser les objectifs des traités, au risque d'occulter les considérations relatives à l'autonomie des États, la protection des particularismes nationaux (*via* le maintien des procédures et agents locaux) ou encore la proximité avec les administrés, c'est-à-dire le souci de rapprocher les centres de décisions du citoyen. La subsidiarité n'est pas un principe de décentralisation car elle comporte une dimension potentiellement ascendante, y compris en ce qui concerne la mise en oeuvre du droit de l'Union, traditionnellement décentralisée. L'« unité fonctionnelle» qui caractérise, en droit de l'Union, le principe de subsidiarité exclut, par conséquent, toute division de principe entre la sphère étatique et celle de l'Union[1707]. Cette flexibilité se retrouve aussi bien dans la subsidiarité législative de l'article 5.3 TUE que dans la subsidiarité exécutive, implicitement consacrée à l'article 291.2 TFUE, ou encore dans le principe non écrit de subsidiarité juridictionnelle. Il nous reste, dans le cadre de ce chapitre consacré à l'exécution, tant normative que juridictionnelle, à traiter ces deux derniers aspects de la subsidiarité dans la mesure où ils sont tous deux impliqués dans la mise en oeuvre du droit de l'Union.

[1705] COURONNE V., précité, p. 83.

[1706] *Ibid.*, p. 84.

[1707] MARZAL YETANO A., La dynamique du principe de proportionnalité, précité, p. 440.

757. L'approche fonctionnelle de la subsidiarité autorise les institutions de l'Union à voir dans les compétences d'exécution non pas des compétences étatiques, qu'il faudrait nécessairement préserver, mais des compétences « partagées », à l'instar de la logique qui sous-tend les dispositions de l'article 5.3 TUE. Ce schéma est susceptible d'invalider le modèle, pourtant plébiscité, du fédéralisme d'exécution dans la mesure où le concept de l'administration partagée tend à se substituer à celui de l'administration indirecte (Section 1).

758. Cette logique fonctionnelle se retrouve dans le partage de l'exercice des compétences juridictionnelles entre le juge de l'Union et les juges nationaux alors même que ces derniers sont dotés d'une compétence de principe et les juges de l'Union d'une compétence subsidiaire. Corollaire de l'administration indirecte, le principe de subsidiarité juridictionnelle en vertu duquel les juridictions nationales sont les juges européens de droit commun n'est pas figé dans son aspect « descendant » car il peut conduire la Cour à se saisir d'une compétence relevant *a priori* du juge interne lorsque les circonstances l'exigent. Là encore, des conditions tenant à l'uniformité dans l'interprétation et l'application du droit européen ne sont pas étrangères à l'intervention de l'Union car des lors que la compétence du juge national n'est pas reconnue suffisante pour que soit garantie l'uniformité d'application du droit européen, l'action de la Cour prévaudra sur celle du juge national[1708]. Il s'agira de voir la façon dont le juge de l'Union tend à instrumentaliser le mécanisme de la subsidiarité juridictionnelle en fonction des intérêts qu'il entend protéger ou, à l'inverse, négliger dans la mesure où ils ne servent pas directement les objectifs de l'intégration de l'Union (Section 2).

Section 1. De l'administration indirecte à l'administration partagée : la fin du modèle du fédéralisme d'exécution dans l'Union européenne ?

759. Il est fréquemment soutenu que le traité de Lisbonne aurait consolidé le « fédéralisme exécutif » ou « fédéralisme d'exécution » de l'Union, rapprochant davantage celle-ci du modèle constitutionnel issu du fédéralisme allemand ou suisse[1709]. À l'instar des *Länder* allemands et des Cantons suisses, et conformément au principe de subsidiarité[1710], les États membres seraient donc compétents pour exécuter le droit de l'Union. Il apparait, en effet, au regard des traités antérieurs, que l'article 291.1 TFUE issu du traité de Lisbonne consacre, du moins conforte, l'administration indirecte de l'Union européenne en reconnaissant

[1708] SIMON D., La subsidiarité juridictionnelle, précité, p.87.

[1709] SCHUTZE R., Le domaine des compétences d'exécution in Traité de droit européen, in Jean-Bernard Auby & Jacqueline Dutheil de la Rochère, précité, p. 85; CHEVALIER E., Bonne administration et Union européenne, précité, p. 429.

[1710] DUBEY B., précité. Pour une lecture en ce sens voir les conclusions de l'Avocat général dans l'aff. C-427/12 - Commission / Parlement et Conseil (Biocides), pts. 48, 49, 50.

explicitement la compétence de principe des États dans la mise en œuvre du droit de l'Union. Il nous semble pourtant que l'importance du deuxième paragraphe de cet article ne doit pas être occultée. En effet, en indiquant que lorsque des conditions uniformes d'exécution sont nécessaires, la Commission ou (dans certains cas) le Conseil se voient conférer des compétences d'exécution, l'article 291.2 TFUE ne se présente-t-il pas comme un fondement pour une compétence exécutive générale de l'Union européenne ? À rebours des interprétations précédentes, il est donc possible de voir dans l'article 291, paragraphe 1 et 2, une possible remise en cause du modèle de l'administration indirecte et, par conséquent, du fédéralisme d'exécution (Paragraphe 1).

760. Pour autant, l'article 291 TFUE ne valide pas davantage le modèle de l'administration directe auquel on oppose traditionnellement le précédent[1711]. Aussi est-on invité à dépasser l'opposition classique entre administration directe/indirecte au profit de nouveaux modèles. De façon générale, il ressort tant de la pratique que de l'analyse des dispositions textuelles qu'en matière d'exécution, c'est le partage et l'exercice conjoint voire l'enchevêtrement des compétences de l'Union et des États qui s'impose. Cette situation, aggravée par des enjeux de pouvoir inter-institutionnels et des conflits de compétences horizontaux, tend à brouiller la question cruciale de la séparation verticale des pouvoirs. Or, elle seule rend compte du partage des pouvoirs entre l'Union et ses membres, ce qui, dans un système démocratique, n'a rien d'une question théorique mais revêt tout au contraire une importance majeure pour le citoyen. Si la répartition verticale des compétences, question au coeur du fédéralisme, a longtemps été négligée en ce qui concerne le domaine de l'exécution, le traité de Lisbonne a apporté une certaine clarification[1712]. Néanmoins, des zones d'ombres demeurent quant à savoir dans quelle mesure le traité de Lisbonne a modifié les compétences d'exécution des institutions européenne[1713]. Dès lors que des interrogations subsistent, des spéculations sont permises. Sans qu'il soit possible ni même souhaitable de revenir sur les termes du débat, ni l'ensemble des travaux de la doctrine à ce sujet, l'on se bornera à appréhender la question des compétences d'exécution sous l'angle de la subsidiarité. Cette approche est d'autant plus pertinente que l'article 291, paragraphe 1 et 2, semble précisément s'articuler autour de cette

---

[1711] ZILLER J., « Les concepts d'administration directe, d'administration indirecte et de coadministration et les fondements du droit administratif européen » dans Traité de droit administratif européen, 2e. éd., Bruylant, 2014, p. 333 et s.

[1712] Il met également fin à une confusion normative entre acte législatif (art. 289.3 TFUE) et d'exécution (art. 291).

[1713] R. Schutze se demande notamment si l'article 291.2 TFUE constitue une base légale indépendante pour fonder une action d'exécution de l'Union ou si la portée de l'article se limite à une dimension interinstitutionnelle. De la même façon, des interrogations subsistent quant aux mécanismes de contrôle prévus par le paragraphe 3 de cet article : SCHUTZE R., Le domaine des compétences, précité, p. 81.

question. Pour autant, la subsidiarité que l'on décèle dans ces dispositions ne repose pas sur une logique fédérale (au sens du fédéralisme d'exécution) mais fonctionnelle, laquelle conduit à substituer au modèle traditionnel de l'administration indirecte celui de l'administration partagée. Ce modèle confirmée par la pratique offre un nouveau champ d'action au principe de subsidiarité (paragraphe 2) conçu cette fois dans son aspect dynamique, à la fois descendant et ascendant, et non plus figé (exclusivement descendant).

Paragraphe 1. La remise en cause de l'administration indirecte

761. Si le modèle de l'administration indirecte était déjà menacé avant la révision de Lisbonne (A), l'article 291 TFUE issu de ce traité, en consacrant implicitement le principe de subsidiarité, permet, de façon tout à fait paradoxale eu égard aux interprétations doctrinales, de le dépasser (B).

A. L'administration indirecte, un modèle menacé depuis toujours

762. En dépit des travaux doctrinaux mettant inlassablement en lumière la notion d'administration indirecte et des affirmations de certains auteurs dans le sens d'un fédéralisme exécutif propre à l'Union, ce modèle a, depuis le début, été menacé. Cette menace qui concernait essentiellement l'exécution « normative » (1) trouvait sa cause, nous semble-t-il, dans le fonctionnalisme qui a toujours animé les institutions européennes (2).

1. Une menace plus grande pour l'exécution normative

763. Il est intéressant de relever, à titre liminaire, que ce n'est qu'à partir du traité de Rome de 1957 que le modèle de l'administration indirecte s'est imposé puisque la construction européenne, à ses débuts, avait opté pour un modèle d'exécution plus centralisé. Dans le cadre fonctionnaliste de la CECA, c'est la Haute Autorité qui, chargée d'appliquer le traité, disposait d'un pouvoir général lui permettant d'adopter tout type de normes. Ainsi pouvait-elle émettre des actes de portée générale ou individuelle et même adopter des sanctions à l'encontre des entreprises. Il en allait de même dans le cadre du traité EURATOM où la Commission pouvait prononcer, en ce domaine, certaines sanctions à l'encontre des opérateurs économiques. Avec l'avènement de la Communauté économique européenne, ce qui sera désormais l'Union européenne apparait comme une « machine à produire des normes

pour agir ou pour harmoniser »[1714] et la question de l'exécution sera longtemps, selon la formule de L. Azoulai, « le grand impensé du droit de l'Union »[1715].

764. En l'absence d'une administration européenne « déconcentrée » il est difficilement contestable, à l'heure actuelle, que l'exécution « matérielle » du droit de l'Union appartient toujours, sauf exception[1716], aux États membres. Cela est d'autant plus vrai que même dans les matières couvertes par les compétences exclusives de celle-ci, ce sont les autorités nationales qui mettent en oeuvre les règles de l'Union. L'exemple le plus emblématique en est l'union douanière car en ce domaine ce sont les agents de l'Etat, douanier et autres corps de police, qui exécutent les normes européennes. Le rôle de l'Union se borne, en la matière, à une action normative et au contrôle de la bonne application du droit de l'Union. Ainsi que le souligne, d'ailleurs, J. Ziller, « il n'y a aucune corrélation entre les notions d'administration directe et indirecte, d'une part, et celles de compétences exclusives ou partagées, de l'autre »[1717].

765. L'administration indirecte qu'une partie de la doctrine assimile légitimement au fédéralisme d'exécution de l'Allemagne ou de la Suisse, tout en la rattachant au principe de subsidiarité[1718], se heurte néanmoins à certaines limites qu'il nous faut rappeler même si elles sont bien connues, au premier chef desquelles l'absence de clarté dans les traités, tout comme dans la jurisprudence, en ce qui concerne la question du titulaire du pouvoir d'adopter des mesures normatives d'exécution. Rappelons que dans la constitution suisse, l'article 46 indique clairement que « les cantons mettent en oeuvre le droit fédéral conformément à la Constitution et à la loi » tandis que l'article 83 de la Loi fondamentale prévoit que « sauf disposition contraire prévue ou admise par la présente Loi fondamentale, les Länder exécutent les lois fédérales à titre de compétence propre ». Rien de tel dans le droit primaire de l'Union, du moins avant Lisbonne. Cette lacune dans les traités originels, partiellement comblée par le dernier traité (comme nous le verrons) a engendré des controverses théoriques, parmi les auteurs, et, sur un plan pratique et contentieux, de véritables querelles, entre l'Union et les

---

[1714] AUBY J.-B., et DUTHEIL DE LA ROCHERE J., Propos introductif, in L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 2.

[1715]AZOULAi L, « Pour un droit de l'exécution de l'Union européenne », in J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 1.

[1716] L'administration directe de l'Union a longtemps caractérisé l'application du droit de la concurrence. On peut aussi mentionner l'aide au développement ou encore la mise en œuvre des programmes cadres de recherche.

[1717] ZILLER J., « Les concepts d'administration directe, d'administration indirecte, précité, p. 333.

[1718] Voir le chapitre II du du Titre I de la première partie de la thèse. Pour le rattachement de l'administration indirecte au principe de subsidiarité :Dubey B., « Administration indirecte et fédéralisme d'exécution en Europe », précité, p. 98 ; Schütze R., « Le domaine des compétences d'exécution », précité, p. 86.

États membres, mais également entre les institutions européennes elles-mêmes. Ces conflits portaient essentiellement sur l'aspect normatif de l'exécution.

766. Certains auteurs soutenaient ainsi que l'attribution, à l'Union, d'une compétence législative entrainait automatiquement la reconnaissance d'une compétence d'exécution. Ces derniers fondaient leur argumentation sur les anciens articles 202 et 211 TCE en vertu desquels le Conseil, titulaire du pouvoir d'exécution, était habilité à déléguer celui-ci à la Commission ou aux États membres. Une autre partie de la doctrine faisait valoir, à l'inverse, l'ex-article 10 TCE (actuel article 4.3 TUE), tel qu'interprété par la Cour de justice, pour affirmer que les États étaient non seulement obligés, en vertu du principe de coopération loyale, mais également compétents, à titre principal, pour mettre en oeuvre le droit de l'Union. L'on reconnait ainsi la logique *fonctionnelle* qui sous-tend le raisonnement des premiers auteurs, et la logique *fédérale* des seconds. En effet, le fédéralisme d'exécution allemand et suisse qui confère aux entités fédérés une compétence propre pour mettre en oeuvre le droit fédéral place un principe comme la coopération loyale (ou la loyauté fédérale) au coeur de son fonctionnement. Quant à la jurisprudence, la Cour de justice s'est montrée on ne peut plus équivoque sur la question dans la mesure où l'on a pu interpréter ses arrêts dans les deux sens[1719] : celui de la délégation d'une compétence d'exécution par le législateur aux États ou dans le sens d'une compétence propre des États. Dans le premier cas, la doctrine cite fréquemment l'arrêt *Scheer* de 1970[1720] et dans le second, c'est l'arrêt *Fleischkontor*[1721] de 1971 qui est alors brandi par les tenants du fédéralisme d'exécution. Ces derniers ont par ailleurs souvent pris motif de ce que les États membres étaient matériellement engagés dans la mise en oeuvre du droit de l'Union pour étayer cette seconde hypothèse.

767. Néanmoins, comme il a déjà été souligné, cette prévalence de l'administration indirecte est « une conséquence de la faiblesse structurelle de l'administration européenne, puisque cette dernière ne dispose pas, en l'état actuel, des moyens matériels et humains pour faire respecter les règlementations européennes et prendre les mesures individuelles sur tout le territoire de l'Union »[1722]. L'on ne saurait, par ailleurs, prendre des considérations d'ordre pratique, comme le fait que l'instauration d'un appareil administratif européen sur le modèle

---

[1719] Pour des développements plus précis sur la question : ISAAC G., et BLANQUET M., Droit général de l'Union européenne, précité., p. 445.

[1720] CJCE, 17 décembre 1970, *Scheer*, aff. 30/70, Rec., p. 1197

[1721] CJCE, 11 décembre 1971, *Fleischkontor,* aff. 39/70, Rec., p. 49

[1722] ELKIND D., L'efficacité des décisions administratives étrangères dans l'Union européenne : étude de droit administratif transnational, p. 181. Comme le rappelle l'auteur, « la Commission européenne, l'institution européenne la mieux armée pour assurer la mise en œuvre du droit de l'Union, compte en 2017 seulement 32 500 agents. À titre de comparaison, la ville de Paris employait 48 000 agents la même année et l'administration fédérale américaine plus de 2 millions ».

étatique serait trop coûteux et impliquerait une augmentation du budget de l'Union, comme une preuve du respect par l'Union du principe de subsidiarité. Ces arguments pragmatiques qui voient dans le modèle de l'administration indirecte une source d'économie sur le plan financier ne sont pas valables du point de vue de la subsidiarité-proximité telle qu'elle ressort du préambule. En outre, ils n'apportent rien au débat sur le fédéralisme d'exécution.

768. Ainsi que le souligne J. P. Jacqué, « il n'existe aucun débat quant au titulaire du pouvoir matériel de mise en œuvre des mesures communautaires » puisque l'Union « repose sur un système d'administration indirecte et l'application concrète des mesures prises par celle-ci relève de l'administration des États membres »[1723]. Aussi l'interrogation réside-t-elle dans la détermination du titulaire du pouvoir d'adopter des normes d'exécution puisque nul ne conteste le fait que l'exécution matérielle du droit de l'Union appartienne en principe aux États membres. Or, comme le regrette J. P. Jacqué, « la question du détenteur de la compétence d'exécuter n'est pas résolue » de sorte que le fédéralisme d'exécution, dans l'Union, pourrait bien se limiter aux mesures matérielles et non sur l'adoption de mesures d'exécution[1724]. Ainsi, la question de l'administration indirecte, tout comme celle du fédéralisme d'exécution, devrait-elle porter, en raison des enjeux qui y sont attachés, essentiellement sur l'adoption des normes d'exécution. Il est vrai qu'à la différence de l'exécution purement matérielle ou administrative, l'exécution normative comporte une plus grande nocivité pour l'Union européenne[1725]. C'est ce qui explique, sans doute, que ni les traités, ni la jurisprudence, ni la pratique n'ont jamais clairement établi une compétence de principe des États dans l'exécution du droit de l'Union, ouvrant ainsi la voie à des interprétations toujours plus extensives des dispositions du droit primaire en faveur des institutions de l'Union. Ce pragmatisme, propre au fonctionnalisme européen, s'oppose à la logique fédérale qui entend répartir, de façon claire et sur des bases constitutionnelles solides, la répartition des compétences, tant sur le plan législatif que celui de l'exécution. À cet égard, il n'est pas inintéressant de revenir sur l'approche fonctionnalistes des institutions européennes dans laquelle il est permis de voir une véritable remise en cause du modèle issu du fédéralisme d'exécution.

2. Le fonctionnalisme des institutions européennes

769. Il nous semble que la logique du fonctionnalisme a conduit à occulter des questions aussi cruciales, pour l'Union comme pour les États, que celles tenant à son modèle de

---

[1723] JACQUE J.-P., Pouvoir législatif et pouvoir exécutif, précité, p. 48.

[1724]

[1725] MICHEL V., Recherches sur les Compétences de la Communauté, Paris, L'Harmattan, 2003, 704 pages, spéc.p. 423.

répartition des compétences. Eu égard à sa vocation fédérale, il parait en effet plus essentiel de savoir si le pouvoir d'exécution est situé au niveau de l'Union ou des États que de déterminer « horizontalement » l'institution qui dispose, au sein de celle-ci, de ce dernier. Avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la position des institutions européennes concernant la question de l'exécution normative tendait clairement à invalider le modèle de l'administration indirecte. Qu'il s'agisse de la Commission, du Conseil et du Parlement ou encore de la Cour, il ressort de l'analyse, tant de la pratique que de certaines déclarations, que le fédéralisme d'exécution ne bénéficiait pas d'une grande attractivité. En effet, en ce qui concerne le pouvoir exécutif, la Commission n'a jamais caché son souhait de se voir conférer une exclusivité sur ce dernier (a) tandis que le laxisme de la jurisprudence a permis au juge communautaire d'autoriser de véritables débordements normatifs de la part du législateur, nonobstant la consécration du principe de subsidiarité par le traité de Maastricht (b).

a. Les velléités de la Commission européenne en matière d'exécution

770. Pour connaitre la position de la Commission, le livre blanc sur la gouvernance européenne de 2001[1726] est particulièrement révélateur de ses velléités en matière d'exécution. Tout d'abord, la Commission y souligne, de façon louable, que les principes de subsidiarité et de proportionnalité doivent s'appliquer « de la conception des politiques jusqu'à leur mise en œuvre » puisque « le choix du niveau d'intervention (du communautaire au local) et des instruments doit être proportionné aux objectifs visés ». De façon non moins louable, la gardienne des traités affirme que « l'Union a besoin de principes clairs de répartition des compétences entre elle-même et ses États membres. Et cela, tout d'abord, pour répondre à la question fréquemment posée par les citoyens 'Qui fait quoi en Europe?' Encore faut-il disposer d'une vision commune pour y répondre ». C'est pourquoi, celle-ci se propose de réformer la « gouvernance européenne », ce qui « suppose impérativement un recentrage de la Commission sur sa mission essentielle ». Outre l'initiative des législations et la représentation internationale de la Communauté, la Commission insiste sur sa mission d'exécution des politiques de l'Union. Elle met notamment l'accent sur la nécessité d'apporter « davantage de clarté et d'efficacité dans l'exécution des politiques » afin de maximiser « les effets des actions menées par la Commission en sa qualité de gardienne du traité ».

771. La lecture du livre blanc révèle le fonctionnalisme de la Commission lorsqu'elle prône tout particulièrement de recourir de façon accrue aux agences de régulation afin d'assurer

---

[1726] Gouvernance européenne, un livre blanc, COM(2001) 428 final,

« une meilleure exécution et un meilleur contrôle des politiques dans des cas précis » tout en évitant « de devoir affecter des ressources de la Commission à des tâches trop techniques ». Elle rappelle d'ailleurs que ces agences d'exécution sont placées sous son contrôle. En outre, s'agissant des responsabilités exécutives, celles-ci doivent, selon la Commission, « être plus clairement établies ». La gardienne des traités affirme dans cette optique que « la responsabilité principale de l'exécution des politiques et de la législation par l'adoption de règlements d'application ou de décisions incombe normalement à la Commission ». C'est pourquoi, « les conditions dans lesquelles elle adopte ces mesures d'exécution doivent être réexaminées ». Ces propositions devraient conduire à une situation dans laquelle « la législation définit les conditions et les limites dans lesquelles la Commission remplit sa mission exécutive » et où un « mécanisme juridique simple permet au Conseil et au Parlement européen, en tant que pouvoir législatif, d'assurer le suivi et le contrôle de l'action de la Commission au regard des principes et orientations politiques adoptés dans la législation ». Ainsi que nous avons pu le constater dans le chapitre précédent, il ressort des communications de la Commission une logique fonctionnaliste clairement assumée. Cela ressort tout particulièrement de l'insistance avec laquelle celle-ci met l'accent sur la technicité mais aussi la nécessité de rendre « la prise de décision plus simple, plus rapide et plus claire », y compris en ce qui concerne « la qualité du processus exécutif ».

772. En outre, la Commission interroge également la pertinence du maintien des comités existants, notamment les comités de régulation et de gestion qu'elle entend remettre en cause[1727]. Ces comités qui sont composés des administrations des États membres et qui assistent la Commission dans l'exercice de ses compétences d'exécution[1728] revêtent pourtant une importance considérable pour les États membres. Ainsi que le relèvent O. Dubos et M. Gautier, « la comitologie était usuellement justifiée par le fait que l'exécution ne relève pas d'une compétence propre de la Commission, mais d'une simple compétence déléguée pour laquelle le délégant est en droit de conserver un droit de regard »[1729]. Or, il est admis aujourd'hui que l'existence de ces comités se justifient sous l'angle de la répartition (verticale) des compétences entre États et Union européenne. En effet, en vertu du principe de l'administration indirecte, « la compétence d'exécution appartient d'abord aux États membres et ce n'est qu'en cas d'insuffisance de l'exécution nationale que, conformément au principe

[1727] La Commission affirme qu'un examen des comités existants devra donc être entrepris et la nécessité de leur maintien devra être appréciée. Cette appréciation devrait tenir compte de l'accès à l'expertise indispensable pour la mise en œuvre des politiques de l'Union européenne.

[1728] Voir décision 1999/468/CE dite décision comitologie.

[1729] DUBOS O., et GAUTIER M., Actes communautaires d'exécution in Droit administratif européen, précité, p. 192.

de subsidiarité, les institutions communautaires ont une compétence exécutive ». Pour ces auteurs, l'appréhension de la comitologie en termes de répartition des compétences (et de subsidiarité) est fondée, même en l'absence de précision des traités, ne serait-ce que parce que l'Union est, aujourd'hui encore, dans l'incapacité matérielle « d'exercer complètement la fonction exécutive même limitée aux seuls aspects normatifs »[1730]. Ajoutons d'ailleurs que l''article 291.3 TFUE[1731] issu du traité de Lisbonne, ainsi que la jurisprudence récente de la Cour de justice[1732] s'inscrivent expressément dans cette logique.

773. Dans une autre communication[1733], rendue l'année suivante, la Commission a suggéré qu'il pouvait s'avérer « nécessaire pour la bonne exécution de la législation, d'adopter au niveau de l'Union des textes d'application ». Soutenant que « les compétences d'exécution des législations européennes sont aujourd'hui confiées à la Commission (article 202 CE), à l'exception des cas spécifiques où le Conseil décide d'exercer directement ces compétences », la Commission en a conclu que « la clarification des rôles respectifs des institutions requiert que les compétences d'exécution des législations européennes soient confiées exclusivement à la Commission, qui est responsable pour son action devant les deux branches de l'autorité législative de l'Union, le Parlement européen et le Conseil ». L'affirmation selon laquelle l'adoption au niveau de l'Union (et par la Commission) des actes d'exécution de la législation européenne peut être nécessaire pour la bonne application du droit de l'Union est clairement la traduction, dans le domaine de l'exécution, de la « subsidiarité-efficacité » que nous avons rencontrée en matière de subsidiarité législative. N'est-ce pas, en germe, le contenu de l'article 291.1 TFUE issu du traité de Lisbonne qui autorise l'Union à exercer des compétences d'exécution (à travers la Commission ou le Conseil) dès lors que des conditions uniformes d'exécution sont « nécessaires » ? C'est précisément à ce niveau que s'articule la question du dépassement de l'administration indirecte, et donc, du fédéralisme d'exécution, pour ce qui concerne l'aspect normatif. En effet, les États membres seront privés de leurs compétences d'exécution dès lors que l'exigera l'uniformité de l'application du droit de l'Union, étant sous-entendu qu'une exécution confiée à ces derniers serait de nature à porter atteinte à l'uniformité de l'exécution. Il est significatif,

---

[1730] *Ibid*.

[1731] Au termes du troisième paragraphe, le Parlement et le Conseil établissent les règles et principes généraux relatifs aux modalités de contrôle par les États de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission.

[1732] CJUE, 20 octobre 2017, *Tilly-Sabco c/ Commission*, aff. C-183/16 P, ECLI:EU:C:2017:704, pt 90. La Cour affirme que le contrôle de l'exercice par la Commission de ses compétences d'exécution est effectivement opéré par les Etats, conformément à l'article 291.3 TFUE.

[1733] COM (2002) 728: Pour l'Union européenne : paix, liberté, solidarité - Communication de la Commission sur l'architecture institutionnelle

à cet égard, que dans son premier rapport de 1993 sur l'application du principe de subsidiarité, la Commission ait affirmé son engagement pour l'amélioration qualitative de la législation communautaire, tout en indiquant, au passage, qu'un accroissement de ses compétences d'exécution contribuerait à un tel objectif[1734].

774. Pour finir, l'on relèvera que la Commission n'hésite pas, dans ses communications, à pointer du doigt tant la pratique des États membres que celle du législateur de l'Union. S'agissant des premiers, la Commission relève que « les régions et les villes ont souvent l'impression que malgré la responsabilité accrue qui leur incombe dans la mise en œuvre des politiques communautaires, leur rôle d'intermédiaire, élu et représentatif, en contact avec la population, n'est pas exploité »[1735]. Comme nous l'avons déjà souligné, il s'agit là d'une critique fondée sur l'argument de la subsidiarité-proximité que la Commission parvient à retourner, de façon très habile, contre les États membres. Quant au législateur européen, la Commission affirme qu' « on reproche également aux dispositions législatives arrêtées par le Conseil et le Parlement européen d'être trop détaillées ou mal adaptées aux conditions et à l'expérience locales, souvent en net contraste avec les propositions initiales présentées par la Commission »[1736]. Cette dernière remarque qui ne dissimule pas l'importance des querelles inter-institutionnelles dans l'Union nous offre l'occasion d'une transition vers les développements suivants dans la mesure où elle est à mettre en rapport avec le laxisme de la Cour de justice face aux débordements normatifs de certains actes adoptés par le législateur.

b. Le laxisme de la Cour de justice face aux débordements du législateur de l'Union

775. Dans un contexte pré-Lisbonne où l' « indistinction normative prédominait »[1737] de sorte que la différenciation entre actes législatifs et actes non législatifs n'était pas chose aisée[1738], il était loisible au « législateur communautaire »[1739] de réglementer l'intégralité d'une matière dans un champ de compétence où son intervention était prévue[1740]. À la faveur

---

[1734] COM(1993) 545 final du 24 novembre 1993 ; COM(1994) 533 final du 25 novembre 1994.

[1735] Gouvernance européenne, un livre blanc, COM(2001) 428 final,

[1736] *Ibid*.

[1737] RITLENG D., « Les catégories des actes de l'Union – Réflexions à partir de la catégorie de l'acte législatif », *Les catégories juridiques du droit de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 155 à 174,p.155. Voir aussi : AZOULAI L., « Loi et règlement vus du droit communautaire », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 19, 2005.

[1738] Depuis Lisbonne, l'acte législatif se singularise désormais par un critère organique et procédural.

[1739] Cette indistinction normative a conduit, comme le relève D. Ritleng, à ce que les titulaires du pouvoir normatif s'approprient confusément le « label législatif ». La confusion normative était telle que l'appellation jurisprudentielle de législateur « désignait indifféremment le Parlement et le conseil, le conseil, la commission, le pouvoir normatif de base ou le pouvoir normatif d'exécution ». RITLENG D., Les catégories des actes, précité, p. 161.

[1740] *Ibid*., p. 166.

d'une jurisprudence souvent complaisante à l'égard de ce dernier et de la matrice fonctionnelle de laquelle était issu le système de répartition et d'exercice des compétences des traités, l'action normative de l'Union européenne a pu souffrir d'une certaine boulimie. Boulimie aggravée par la confusion normative qui caractérisait la typologie des actes de l'Union, au regard notamment des actes législatifs et des actes d'exécution.

776. Dans une logique purement fonctionnelle, et sauf disposition contraire du traité, le principe des compétences d'attribution semblait autoriser l'institution qui s'était vue attribuer une compétence, d'exécuter elle-même l'acte qu'elle venait d'adopter au titre de cette dernière. La logique qui sous-tend cette conception est clairement fonctionnelle puisqu'elle implique que l'attribution d'une mission entraine l'octroi d'une compétence et l'obligation de prendre toutes les mesures nécessaires à sa réalisation[1741]. Ainsi que le relève B. Bertrand, une telle interprétation autorise, en outre, à penser que c'est au législateur européen de décider « au cas par cas de la répartition de la compétence d'exécution malgré le principe d'exécution indirecte, dans la mesure où la nécessité d'assurer l'efficacité du droit dérivé est à la fois la condition nécessaire et la finalité de la fonction exécutive »[1742]. Faute d'une répartition des compétences suffisamment claire dans les traités, il revient au législateur de déterminer tant le niveau de la compétence d'exécution que les modalités de son exercice. Ainsi peut-il la déléguer à la Commission européenne, aux États membres ou même se les réserver[1743].

777. La question qui dès lors doit se poser est celle du contrôle juridictionnel des actes adoptés par le législateur. Depuis l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, ce dernier doit justifier l'exercice d'une compétence normative au regard des principes de subsidiarité (art. 5.3 TUE) et de proportionnalité (art. 5.4 TUE). Si dans son acception stricte le premier s'attache uniquement à la question du niveau d'exercice de ladite compétence (au niveau de l'Union ou des Etats membres), le second revêt une importance tout aussi grande pour l'autonomie nationale en ce qu'il vise à contrôler que les institutions de l'Union n'aillent pas au-delà du nécessaire pour atteindre les objectifs de l'action entreprise. Dans le cadre de l'administration indirecte, ces considérations revêtent une importance singulière. Pour autant, il ressort de l'analyse globale de la jurisprudence une grande tolérance du juge à l'égard du législateur en ce qui concerne la question de l'exécution. Le contrôle restreint exercé par le premier ne doit pas étonner en raison du large pouvoir discrétionnaire dont bénéficie le

---

[1741] DUBEY B., La répartition des compétences au sein de l'Union européenne à la lumière du fédéralisme suisse. Systèmes, enjeux et conséquences, Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, LGDJ, 2002. p. 611.

[1742] BERTRAND B., Le juge de l'Union, précité, p. 224.

[1743] *Ibid*.

second. Ainsi, même si la Cour a jugé, dans un arrêt de 1989[1744], que le Conseil ne peut se réserver d'exercer directement des compétences d'exécution que dans des cas spécifiques, « décision qu'il doit motiver de façon circonstanciée », elle a pu considérer que dès lors que ce dernier mentionnait, dans les considérants de ses règlements, la sensibilité du domaine dans lequel il intervenait, nonobstant le caractère général et succinct de ces considérations, celles-ci étaient « de nature à révéler clairement la justification de la réserve d'exécution effectuée en faveur du Conseil et à permettre à la Cour d'exercer son contrôle »[1745].

778. S'agissant, plus spécifiquement de la question de l'administration indirecte, un arrêt semble sortir du lot en ce qu'il démontre, en des termes on ne peut plus clairs, le refus de la Cour d'assimiler le système de répartition des compétences de l'Union européenne à un quelconque modèle issu du fédéralisme d'exécution. Dans un arrêt *Allemagne c/ Conseil*[1746] de 1994, la Cour a eu à se prononcer sur la question de savoir si le législateur de l'Union, en se fondant sur l'ex-article 100 A TCE (ex art. 95 CE, actuel art. 114 FUE) relatif au rapprochement des réglementations nationales en matière de marché intérieur, avait « le pouvoir d'appliquer le droit aux cas particuliers, aux lieu et place des autorités nationales » ainsi que le permettait l'article 9 de la directive litigieuse. Le gouvernement allemand faisait ainsi valoir que l'article 100 du traité avait exclusivement pour objet le rapprochement des législations et ne comportait donc pas « le pouvoir d'appliquer le droit aux cas particuliers » de sorte que les pouvoirs conférés par le législateur à la Commission, en vertu de l'article 9 de la directive, allaient « au-delà des compétences qui, dans un État fédéral tel que la République fédérale d'Allemagne, sont celles du Bund par rapport aux Länder, dans la mesure où, selon les dispositions de la loi fondamentale allemande, les Länder sont compétents pour l'exécution des lois fédérales ». En outre, ajoutait l'État requérant, l'article 9 de la directive ne pouvait pas non plus « être considéré comme une compétence d'exécution, au sens de l'article 145, troisième tiret, du traité » car cet article ne contenait « aucune compétence matérielle propre » mais habilitait seulement le Conseil « à conférer des compétences d'exécution à la Commission lorsqu'il existe dans le droit communautaire primaire une base juridique pour l'acte juridique à exécuter et pour les mesures d'exécution ». La question qui se posait était de savoir si l'article 100 A TCE autorisait l'Union à aller au-delà des règles administratives générales[1747]. La Cour de justice a tranché en faveur de cette interprétation en considérant que

---

[1744] CJCE, 24 octobre 1989, *Commission/Conseil aff.*16/88, Rec. p. 3457, pt 10.

[1745]CJCE, 18 février 2005, *Commission c/ Conseil*, aff. C-257/01, Rec., I, p. 345, pts. 50-53.

[1746] CJCE., 9 août 1994, *République fédérale d'Allemagne c. Conseil*, C-359/92, Rec., p. I-3681.

[1747] KLEPPER M., Vollzugskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft aus abgeleitetem Recht (Nomos, 2001), 72-3.

l'intervention du législateur ne se heurtait pas aux dispositions de cet article dans la mesure où les actes que ce dernier est habilité à prendre ont bien pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur. Or, comme le soulignait la Cour, « il est possible que dans certains domaines, et notamment celui de la sécurité des produits, le rapprochement des seules règles générales ne suffise pas à assurer l'unité du marché. Dès lors, la notion de "mesures relatives au rapprochement" doit s'interpréter comme englobant le pouvoir du Conseil de prescrire les mesures relatives à un produit ou à une catégorie de produits déterminés et, le cas échéant, des mesures individuelles concernant ces produits »[1748].

779. La Cour de justice a également tenu à répondre à l'argument du gouvernement allemand — tiré de son modèle du fédéralisme d'exécution — de ce que le pouvoir confié à la Commission allait au-delà des compétences qui, dans un État fédéral tel que l'Allemagne, sont celles du *Bund* par rapport aux *Länder*. Le juge a expressément déclaré que « les règles qui concernent les relations entre la Communauté et ses États membres ne sont pas les mêmes que celles qui unissent le Bund et les Länder » tout en précisant que les mesures prises en l'espèce s'adressaient à l'État membre et non à ses Länder. La Cour a également ajouté que les pouvoirs confiés à la Commission étaient sans incidence sur la répartition des pouvoirs au sein de cet État. Quant à la proportionnalité de la mesure, celle-ci a souligné que les pouvoirs confiés à la Commission n'étaient pas excessifs au regard des objectifs poursuivis dans la mesure où contrairement à ce que soutenait l'Allemagne, la procédure de manquement n'aurait pas permis d'atteindre les résultats visés par la directive. L'on peut donc voir dans cette décision les limites du prétendu fédéralisme d'exécution propre à l'Union.

780. Ainsi que le souligne R. Schütze, le même article a pu servir au législateur communautaire pour établir une procédure d'autorisation centralisée gérée par la Commission ou encore créer une infrastructure exécutive[1749]. Dans un arrêt *Royaume- Uni c. /Parlement et Conseil*[1750], de 2006, la Cour a dit pour droit que rien dans le libellé de l'article 95 CE ne permettait de conclure que les mesures adoptées par le législateur sur le fondement de cette disposition devaient se limiter aux seuls États membres. Le législateur est, en effet, libre d'apprécier la nécessité de prévoir l'institution d'un organisme chargé de contribuer à l'harmonisation dans des situations où « pour faciliter la mise en œuvre et l'application uniformes des actes fondés sur ladite disposition, l'adoption de mesures d'accompagnement et d'encadrement non contraignantes apparaît appropriée »[1751]. Dans une autre affaire

---

[1748] Arrêt précité, pt 37.

[1749] SCHUTZE R., Le domaine des compétences d'exécution, précité, p. 79.

[1750] CJCE, 2 mai 2006, *Royaume- Uni c. /Parlement européen et Conseil*, aff. C-217/04, Rec., p. I-3771.

[1751] *Ibid.,* pt 44.

Royaume-Uni c./ Parlement et Conseil[1752], l'État requérant entendait contester la validité d'un règlement qui permettait à la Commission, grâce à une procédure d'autorisation, d'adopter des décisions individuelles dans le but d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur. Selon le Royaume-Uni, le pouvoir que conférait l'article 95 CE était un pouvoir d'harmonisation des législations nationales de sorte qu'il ne pouvait permettre d'établir des organes et procédures relatives à l'approbation de certains produits utilisés. Encore une fois, la Cour n'a pas suivi le raisonnement puisqu'elle a estimé que par « mesures relatives au rapprochement », les auteurs du traité ont voulu conférer au législateur une marge d'appréciation quant à la technique de rapprochement la plus appropriée afin d'aboutir au résultat souhaité, notamment dans des domaines qui se caractérisent par des particularités techniques complexes[1753]. Cette marge d'appréciation lui permettait de choisir la technique d'harmonisation la plus appropriée lorsque le rapprochement envisagé requiert des analyses physiques, chimiques ou biologiques ainsi que la prise en compte des développements scientifiques relatifs à la matière concernée[1754].

781. En ce qui concerne la question du fédéralisme d'exécution, tant sur le plan normatif qu'administratif[1755], il semblerait que l'Union européenne tende à dépasser un tel modèle, en raison sans doute de son fonctionnalisme « génétique ». Il apparait d'ailleurs paradoxal qu'au moment où la doctrine constate, au sein des dispositions de l'article 291 TFUE issu du traité de Lisbonne, la consécration implicite de l'administration indirecte, et donc d'un fédéralisme d'exécution propre à l'Union, le même article prévoie la possibilité de le dépasser, un tel dépassement étant permis par la subsidiarité elle-même. Il nous semble, à cet égard, que le traité de Lisbonne ne fait que confirmer une tendance perceptible dès le début des Communautés européennes.

B. L'article 291 TFUE issu du traité de Lisbonne : le dépassement du fédéralisme d'exécution par la subsidiarité

782. Une partie de la doctrine a salué le traité de Lisbonne en ce qu'il semblait apporter des fondements constitutionnels d'une compétence exécutive de l'Union à la fois plus solides et plus précis par des amendements « novateurs et fondamentaux »[1756]. Tout en confirmant, dans son premier paragraphe, la compétence de principe des États pour adopter des actes

---

[1752] CJCE., 6 décembre 2005, *Royaume-Uni c./Parlement européen* et Conseil, C-66/04.
[1753] *Ibid.,* pt 45.
[1754] *Ibid.*, pt 46.
[1755] Les derniers arrêts cités tendent à remettre en cause ce deuxième aspect.
[1756] SCHUTZE R., Le domaine des compétences d'exécution, p. 81, précité.

d'exécution contraignants, la nouvel article 291 TFUE indique désormais que l'Union est compétente pour mettre en œuvre son droit lorsque des « conditions uniformes d'exécution » sont nécessaires[1757]. Cette dernière disposition ne se présente-t-elle pas comme un fondement général pour la compétence d'exécution de l'Union européenne ? L'ambiguïté textuelle a donné lieu à des interprétations doctrinales diverses, certains auteurs ayant voulu voir dans ce nouvel article une base juridique « indépendante » susceptible de fonder une action d'exécution de l'Union quand d'autres limitaient sa portée à un aspect inter-institutionnel. Toujours est-il qu'une lecture systémique et téléologique de l'article 291 TFUE permet d'affirmer que si les États sont compétents, à titre principal, pour mettre en oeuvre le droit de l'Union (art. 291.1 TFUE), les institutions sont compétentes, à titre subsidiaire, pour prendre des mesures d'exécution si nécessaire (art. 291.2 TFUE). Certains commentateurs n'ont pas hésité à tirer, à partir de ces dispositions ambivalentes, des conclusions de nature constitutionnelle et fédérale. Ainsi a-t-on pu considérer que l'article 291 TFUE combinait les deux traditions fédérales de l'Allemagne et des États-Unis car si à l'instar du fédéralisme d'exécution germanique les États membres sont compétents et obligés d'exécuter le droit de l'Union, à la différence de ce modèle, l'Union jouit d'une compétence d'exécution générale correspondant à sa compétence législative, sur le modèle du fédéralisme américain dans lequel les compétences législative et exécutive coïncident. Le constitutionnalisme européen s'articulant, dans cette vision hybride, autour du principe de subsidiarité en vertu duquel l'Union ne serait compétente que dans l'hypothèse où les États échoueraient à établir des conditions uniformes pour l'exécution de son droit. Malgré sa pertinence, cette interprétation ne nous semble pas actuellement correspondre à la réalité de l'Union dans la mesure où celle-ci continue à reposer sur une logique plus fonctionnaliste que fédéraliste, de quelque nature qu'elle soit. Si subsidiarité il y a, celle-ci ne peut qu'être fonctionnelle et conduire au dépassement du fédéralisme d'exécution, non pas pour épouser la logique du fédéralisme américain, comme on pourrait le croire (1) mais pour conduire à l'instauration d'une « administration partagée » dont il nous reste à préciser les caractéristiques (2).

1. La fausse alternative du fédéralisme américain dans l'exécution centralisée du droit de l'Union

783. Appréhendée sous l'angle de la séparation verticale des pouvoirs, ainsi qu'il est coutume de le faire dans tout système fédéral, la question des compétences d'exécution dans l'Union oppose schématiquement deux « idéaux-types » issus des expériences du fédéralisme

[1757] article 291.2 TFUE.

constitutionnel européen et américain. Il importe de préciser que tout système fédéral opère une répartition constitutionnelle des compétences aussi bien au niveau législatif qu'au niveau exécutif, ce qui, bien sûr, n'était pas le cas de l'Union européenne pendant longtemps du fait de son fonctionnalisme.

784. On oppose ainsi au fédéralisme d'exécution germanique, allemand et suisse, le fédéralisme des États-Unis. Si le premier est, comme nous l'avons vu, essentiellement décentralisé dans la mise en oeuvre du droit fédéral, le second se caractérise par une centralisation exécutive. À la question de savoir si la répartition constitutionnelle des compétences s'applique aussi bien au niveau législatif qu'au niveau exécutif, le fédéralisme américain a donc fourni une réponse positive dans la mesure où le niveau fédéral est habilité à adopter des lois aussi bien que des actes d'exécution. En d'autres termes, les compétences d'exécution de la fédération sont en corrélation directe avec ses compétences législatives. C'est en ce sens qu'il faut lire l'Article I de la constitution qui permet au Congrès, c'est-à-dire au législateur fédéral, de prendre toutes les lois nécessaires pour mettre en oeuvre les pouvoirs conférés par celle-ci au gouvernement fédéral[1758] ou encore l'article II en vertu duquel le pouvoir exécutif est confié au président des États-Unis[1759] qui doit veiller à ce que les lois soient fidèlement exécutées[1760]. Dans la mesure où le pouvoir fédéral s'étend aussi bien à l'adoption de la législation qu'à sa mise en oeuvre, ce dernier ne peut pas, en vertu de la jurisprudence de la Cour suprême, obliger les États fédérés à édicter ou exécuter des programmes de réglementation fédérale[1761]. Une autre conséquence de la coïncidence entre sphère législative et exécutive est la présence d'une administration fédérale déconcentrée sur le territoire des États-Unis dans le but d'assurer la bonne application du droit fédéral. Ainsi que le souligne J.-P. Jacqué, c'est sans doute ce qui a fait dire au juge Kennedy, dans une opinion individuelle, que la Constitution établit « un système juridique jusqu'alors inconnu, dans la forme comme dans le fond, établissant deux ordres de gouvernement, chacun doté de sa propre chaîne de commandement, de sa propre individualité, de son propre système de droits et d'obligations réciproques conférés aux individus qui en sont le soutien et sont gouvernés par lui »[1762]. Notons toutefois que les compétences d'exécution de la fédération ne sont pas absolument exclusives dans la mesure où les États fédérés peuvent exécuter le droit fédéral. Néanmoins, si la fédération peut toujours inviter ces derniers à appliquer des

---

[1758] Article I, section 8 de la constitution américaine.

[1759] Article II, section 1 de la constitution américaine.

[1760] Article II, section 3.

[1761] New York v. United States 505 U.S. 144(1993) ; Prinz v. United States, 521 U.S. 898 (1997).

[1762] JACQUE J.P., précité, p. 51. Voir : Opinion individuelle dans U.S. Terms Limits, Inc. v. Thornton, 514 U.S. 779, 838 (1995), traduction ZOLLER E., Grands Arrêts de la Cour suprême des États-Unis, Paris, PUF, p. 1273.

standards fédéraux[1763], le principe de « non-commandement » en vertu duquel la fédération ne peut commander les États fédérés dans l'exécution du droit fédéral s'impose avec force.

785. C'est en ceci qu'apparaissent les limites du parallélisme entre la solution américaine, grossièrement présentée ci-dessus, et l'expérience de l'Union en ce qui concerne l'exécution de son droit : la fédération américaine a mis en place ses propres infrastructures administratives dans la mesure où elle ne pouvait obliger les États fédérés à exécuter son droit. Aussi s'est-elle vu contrainte d'utiliser ses compétences d'exécution pour développer des structures administratives fédérales capables d'assurer l'application de la loi fédérale sur l'ensemble du territoire. En parallèle, les États fédérés ont instauré leur propre structure administrative destinée à exécuter leur législation. Le « fédéralisme dual » de la solution américaine en vertu duquel chaque niveau de gouvernement est perçu comme souverain dans sa sphère de compétence ne trouve pas d'expression dans l'Union européenne.

786. Ainsi que le souligne R. Schütze, le fondement de l'interdiction constitutionnelle de tout commandement fédéral à l'adresse des États fédérés s'inscrit dans le cadre structurel de la « souveraineté dualiste » qui exige une indépendance institutionnelle entre l'Union et les États[1764]. En effet, lorsque la fédération dirige les États dans l'exécution du droit fédéral, « ce sont les représentants de l'État fédéré qui devront entendre les récriminations du public, alors que les autorités fédérales qui ont déterminé cette politique seront à l'abri des conséquences électorales de leurs décisions. L'*accountability* est ainsi diminuée »[1765]. Surtout, comme le rappelle l'auteur, « les États ne sont pas uniquement des subdivisions politiques des États-Unis » et les gouvernements de ces derniers ne sont « ni des offices régionaux ni des agences administratives du Gouvernement fédéral »[1766]. Ainsi, la souveraineté résiduelle et inviolable que ces derniers ont conservée empêche la fédération de les considérer comme des subordonnés. En résumé, même si la législation fédérale prime sur la législation des États fédérés, la fédération ne peut pas contraindre les États fédérés à exécuter le droit fédéral dans la mesure où ces derniers sont indépendants et autonomes dans leur propre sphère d'autorité et ne peuvent donc être réduits à de simples agents de la fédération. En dehors de toute contrainte, et de façon autonome, les États fédérés peuvent toutefois spontanément décider de mettre en œuvre le droit fédéral.

1763 South Dakota v. Dole, 483 U.S. 203 (1987) à 206.

1764 SCHUTZE R., Le domaine des compétences d'exécution, précité, p. 72.

1765 *Ibid*.

1766 *Ibid*.

787. Ces précisions étant faites, il convient de nous arrêter sur la prétendue solution américaine que pourrait suivre l'Union en ce qui concerne l'exécution de son droit. R. Schütze estime ainsi que la centralisation exécutive qui caractérise le fédéralisme américain peut se retrouver dans la pratique de l'Union dans la mesure où il arrive que, tout comme aux États-Unis, les sphères législative et exécutive de l'Union coïncident[1767]. En d'autres termes, lorsque l'Union décide de garder pour elle les compétences d'exécution, et de passer outre le principe de l'administration indirecte (fédéralisme d'exécution) elle s'inscrit dans la tradition constitutionnelle des États-Unis. C'est également la vision partagée par J.-P. Jacqué qui estime que lorsque la Commission entend s'ériger en titulaire du pouvoir d'exécution (en se débarrassant au passage de la tutelle des comités) il s'agit « d'un processus de centralisation » qui se fait au détriment des États membres et qui est une traduction de la préférence de l'Union pour « la voie américaine » par rapport à « la voie allemande »[1768]. En ce qui nous concerne, nous rejetons cette lecture fondée sur une fausse alternative « fédérale ». Loin de suivre une logique fédérale (fût-elle américaine), la coïncidence ou corrélation des compétences législatives et exécutives de l'Union s'inscrit, nous semble-t-il, dans une logique purement fonctionnelle. Si dans les deux cas s'opère une certaine centralisation exécutive, dans le cas américain cette centralisation s'accompagne de garanties, notamment en termes de séparation, d'autonomie et d'indépendance des États fédérés (souveraineté dualiste) tandis que dans le cas de l'Union, aucune garantie de ce genre n'est apportée. En effet, le dualisme est absent dans l'Union dans la mesure où c'est, faut-il le rappeler, l'imbrication et l'enchevêtrement des compétences qui caractérise bien davantage la mise en oeuvre du droit européen. D'ailleurs, la Commission l'admet elle-même dans ses communications. Tout en mettant l'accent sur la nécessité de se voir conférer des compétences d'exécution, sur un modèle « très américain »[1769] impliquant un fort dualisme, elle n'en souligne pas moins « l'équilibre particulier de la construction communautaire, qui organise non pas la séparation, mais le *partage des pouvoirs* »[1770]. Il y a donc un paradoxe à se réclamer du fédéralisme tout en en rejetant la logique dual qui le sous-tend et l'anime.

[1767] *Ibid.*, p. 85.

[1768] JACQUE J.-P., précité, p. 55.

[1769] Cette inspiration est toutefois tacite. La Commission souligne que « aa clarification des rôles respectifs des institutions requiert que les compétences d'exécution des lois européennes soient confiées exclusivement à la Commission, qui est responsable pour son action devant les deux branches de l'autorité législative de l'Union, le Parlement européen et le Conseil » : Pour l'Union européenne, Paix, Liberté, solidarité, Communication de la Commission sur l'architecture institutionnelle, COM(2002) 728 final, Voir aussi le rapport de la Commission sur la gouvernance européenne du 11 décembre 2002, COM(2002) 705 final.

[1770] Pour l'Union européenne, Paix, Liberté, solidarité, Communication de la Commission sur l'architecture institutionnelle, COM(2002) 728 final. Nous soulignons.

788. En outre, le parallélisme entre l'expérience de l'Union et le fédéralisme américain se heurte à des limites évidentes en l'absence d'administration européenne déconcentrée qui serait présente sur le territoire des États membres. Sous l'angle du principe de subsidiarité, notamment dans son aspect proximité, ce constat revêt une signification particulière. En effet, comment un citoyen européen pourrait accepter l'idée que ce soit les services de la Commission, basés à Bruxelles, qui mettent systématiquement en oeuvre le droit de l'Union. Pour ces raisons, l'Union ne saurait trouver dans la solution américaine une alternative sérieuse au fédéralisme d'exécution/administration indirecte. D'autant plus que la centralisation exécutive n'est pas systématique, les États membres étant plus que sollicités dans la mise en oeuvre quotidienne du droit de l'Union. Ainsi que l'admet d'ailleurs R. Schütze, contrairement au fédéralisme américain, les compétences exécutives fédérales de l'Union revêtent un caractère secondaire dans la mesure où elles sont subsidiaires par rapport à celles des États membres[1771]. En réalité, l'administration indirecte n'a pas disparu mais elle ne peut être assimilée à un véritable fédéralise d'exécution.

2. Les limites du fédéralisme d'exécution germanique : vers une administration partagée

789. S'agissant du domaine des compétences exécutives, si, pour un auteur comme R. Schütze, l'Union était proche de la solution américaine avant le traité de Lisbonne[1772], l'article 291 TFUE, issu de ce traité, en établissant clairement que la responsabilité première pour la mise en œuvre du droit de l'Union revient désormais aux États membres aurait consolidé les « fondements constitutionnels du fédéralisme exécutif de l'Union »[1773]. Là encore, nous ne partageons pas entièrement cette vision, bien qu'elle soit répandue en doctrine, dans la mesure où la logique fonctionnelle qui sous-tend cette disposition éloigne le fonctionnement de l'Union du modèle issu du fédéralisme allemand et suisse. Il y a là un paradoxe sur lequel il nous faut insister et qui réside dans le principe de subsidiarité tel que ce dernier est conçu en droit de l'Union et compris par les institutions chargées de l'appliquer.

790. Dans une optique fédérale, le principe de subsidiarité entend protéger l'autonomie des entités fédérées et garantir aux citoyens une certaine proximité dans la prise de décision, dans une logique clairement démocratique, y compris sur le plan de l'administration. C'est en ce sens qu'il faudrait d'ailleurs comprendre la subsidiarité du préambule et l'article 1 TUE qui

---

[1771] SCHUTZE R., précité, p. 86.

[1772] Vision que nous ne partageons pas pour les raisons énumérées dans nos développements précédents. La centralisation exécutive que pouvait opérer l'Union européenne (quelle que soit la base juridique sur laquelle elle entendait se fonder) relevait, à notre sens, d'une logique fonctionnelle et non fédérale.

[1773] SCHUTZE R., précité, p. 85.

soulignent que les décisions, dans l'Union, doivent être prises le plus près possible des citoyens. Selon J.-P. Jacqué, ce principe devrait inspirer l'ensemble de l'action de l'Union et tout particulièrement « l'adoption des normes d'exécution qui sont celles qui touchent de plus près les citoyens dont les droits seront d'autant mieux protégés, y compris sur le plan juridictionnel, que les normes d'exécution seront adoptées par des autorités proches d'eux »[1774]. B. Dubey a parfaitement démontré, à cet égard, l'importance que revêt la subsidiarité-proximité dans un État fédéral comme la Suisse. Selon cet auteur, « la pratique politique fédéraliste et le principe de subsidiarité exigent que, lorsque les cantons sont disposés à exécuter les lois et autres arrêtés fédéraux, qu'ils sont matériellement et financièrement en mesure de le faire et que la tâche étatique en cause ne requiert pas une exécution centralisée, cette exécution leur soit confiée »[1775]. S'il est vrai que l'hypothèse d'une exécution centralisée n'est pas exclue, le législateur fédéral devra toutefois démontrer « le caractère absolument nécessaire et indispensable d'une exécution uniforme dans le domaine concerné pour pouvoir refuser légitimement de confier l'exécution aux cantons »[1776]. Notons qu'en Suisse, c'est au législateur de préciser, au cas par cas, les modalités et l'intensité des mesures cantonales d'exécution du droit fédéral « dans le respect des principes et règles fondamentales en matière de répartition des compétences ». En outre, dans l'hypothèse de l'exécution par les cantons, l'auteur indique qu' « en vertu des principes d'autonomie procédurale et institutionnelle, le droit cantonal d'exécution reste du droit cantonal en la forme, et les décisions d'application du droit fédéral sont prises en application des procédures cantonales »[1777]. En Suisse, l'importance du fédéralisme d'exécution est telle que ce principe a toujours été considéré comme une règle fondamentale de rang constitutionnel bien avant qu'une clause consacre le principe dans la Constitution fédérale (art. 46 de la Constitution). L'introduction de cet article dans la Constitution confirme l'idée selon laquelle, en bonne application du principe de subsidiarité, la Confédération doit porter le moins possible atteinte à la compétence cantonale d'exécuter le droit fédéral[1778]. Ainsi, même si le législateur fédéral reste maitre du degré de délégation, il est tenu de justifier tout refus de déléguer les tâches d'exécution aux cantons. Du reste, la doctrine insiste sur l'obligation faite à la Confédération de respecter la subsidiarité dans la mise en œuvre du

---

[1774] JACQUE J.-P., précité, p. 52.

[1775] DUBEY B., Fédéralisme d'exécution et administration indirecte, précité, p. 95.

[1776] *Ibid*. Pour le cas de la protection de l'environnement, voir le Mess. du 31 oct. 1979 relatif à la loi sur la protection de l'environnement, in F.F. 1979, III, pp. 741 et s., spéc. p. 773.

[1777] *Ibid*., p. 104.

[1778] *Ibid*. Voir aussi :. THALMANN, « Subsidiaritätsprinzip und Kompetenzverteilung », in Die neue schweizerische Bundesverfassung, Fleiner et al. (éd.), PIFF, Helbing & Lich- tenhahn, Bâle, 2000, pp. 149 à 169, spéc. p. 165.

droit fédéral, les cantons étant en principe compétents pour cette mise en œuvre. En toute hypothèse, celle-ci devra leur laisser une marge de manœuvre aussi large que possible et tenir compte de leurs particularités[1779].

791. En ce qui concerne l'Union, force est de constater que la même préoccupation n'a pas toujours guidé les institutions européennes dont la pratique tend, bien souvent, à occulter les considérations relatives au respect de l'autonomie et des particularités nationales au stade de la mise en oeuvre du droit de l'Union. Les communications de la Commission sont éclairantes sur ce point dans la mesure où, en matière d'exécution, la gardienne des traités entend surtout accroitre ses compétences et promeut l'efficacité au détriment de la diversité. Les enjeux de pouvoirs inter-institutionnels inhérents à la structure évolutive et au fonctionnement de l'Union tendent à déplacer la question de la séparation verticale des pouvoirs dans un sens plus horizontal. L'absence de consécration expresse du principe d'administration indirecte dans les traité et l'ambivalence de la jurisprudence s'agissant du titulaire de la compétence d'exécution ont aggravé cette tendance. Mentionnons encore l'exclusion, par une partie de la doctrine[1780], des compétences d'exécution du champ d'application du principe de subsidiarité de l'article 5.3 TUE et le contrôle très lâche opéré par la Cour sur les justifications du législateur en matière de rapprochement des dispositions nationales dans le domaine du marché intérieur, tant au niveau législatif qu'exécutif [1781]. S'agissant du principe de subsidiarité, nous avons déjà relevé que l'Union tend à l'orienter dans le sens de la subsidiarité-efficacité plutôt que la subsidiarité-proximité. Les remarques qui s'appliquent aux dispositions de l'article 5.3 TUE sont, dans une large mesure, valables pour l'article 291 TFUE qui semble consacrer une forme de subsidiarité exécutive, ainsi que nous l'avons souligné à maintes reprises.

792. On peut d'ailleurs regretter le manque d'audace dans la formulation de l'article 291.1 qui se borne à indiquer que les « États membres prennent toutes les mesures de droit interne nécessaires pour la mise en œuvre des actes juridiquement contraignants de l'Union ». En comparaison, la Déclaration n° 43 annexée au traité d'Amsterdam affirmait avec plus de force

---

[1779] THALMANN U., « Subsidiaritätsprinzip und Kompetenzverteilung », in Die neue schweizerische Bundesverfassung, Fleiner et al. (éd.), PIFF, Helbing & Lich- tenhahn, Bâle, 2000, pp. 149 à 169, spéc. p. 165.

[1780] Pour J.-P Jacqué, par exemple, la subsidiarité vise l'action du législateur, ce qui exclut son application du champ exécutif. JACQUE J.-P, précité, p. 52.

[1781] CJCE., 9 août 1994, *République fédérale d'Allemagne c. Conseil*, C-359/92, Rec., p. I-3681 ; CJCE., 6 décembre 2005, *Royaume-Uni c./Parlement européen* et Conseil, C-66/04 ; CJCE, 2 mai 2006, *Royaume- Uni c. /Parlement européen et Conseil*, aff. C-217/04, Rec., p. I-3771.

l'existence et l'importance du principe d'administration indirecte[1782]. Si l'on compare, par ailleurs, l'article 291.1 TFUE qui consacre, aux yeux de nombreux auteurs, le principe de l'administration indirecte et le fédéralisme d'exécution dans l'Union, aux clauses constitutionnelles allemandes et suisses[1783], force est d'admettre que celle-ci se révèle ambiguë. En effet, seule une lecture systémique de l'article permet de conclure à la compétence de principe des États membres dans le domaine de l'exécution, par rapport à la compétence subsidiaire de l'Union (art. 291.2 TFUE). Il convient d'ailleurs d'insister sur le fait que la formule du premier paragraphe de l'article 291 TFUE n'est pas sans rappeler celle de l'article 4.3 TUE qui consacre le principe de coopération loyale. Ce dernier indique, de façon très similaire, que « les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union ». Cette ambiguïté est d'autant plus regrettable que la Déclaration n° 23 annexée au traité de Nice avait engagé, à l'époque, une réflexion au sujet de la nécessité d'établir une délimitation plus précise des compétences entre l'Union et les États, « qui soit conforme au principe de subsidiarité ». Déjà en 2001, la Déclaration de Laeken[1784] faisait remarquer que le citoyen « a parfois l'impression que l'Union en fait trop dans des domaines où son intervention n'est pas toujours indispensable » et posait la question de savoir s'il ne fallait pas « laisser de manière plus explicite la gestion quotidienne et l'exécution de la politique de l'Union aux États membres ».

793. Eu égard aux déclarations d'Amsterdam, de Laeken et de Nice, il apparait que la formule de l'article 291.1 TFUE passe, d'une certaine façon, à coté de l'objectif initialement visé par les États membres, à savoir énoncer en termes clairs, le principe selon lequel les États membres disposent d'une compétence propre dans l'exécution du droit de l'Union, sur le modèle, par exemple, de l'article 83 de la Loi fondamentale[1785]. De plus, la forte similitude dans la rédaction des article 291.1 TFUE et 4.3 TUE est susceptible de brouiller la lisibilité du système de répartition et d'exercice des compétences dans l'Union car elle donne

---

[1782] La déclaration affirmait ainsi que la mise en œuvre, sur le plan administratif, du droit communautaire incombe par principe aux États membres conformément à leur régime constitutionnel.

[1783] La constitution suisse indique, par exemple, que « les cantons mettent en oeuvre le droit fédéral conformément à la Constitution et à la loi » (article 46) et que ces dernier « sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale et exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération » (article 3). La constitution allemande, pour sa part, indique plus clairement que « sauf disposition contraire prévue ou admise par la présente Loi fondamentale, les Länder exécutent les lois fédérales à titre de compétence propre » (article 83).

[1784] Déclaration de Laeken des 14 et 15 décembre 2001, annexée aux Conclusions de la Présidence, pp. 19 et s.

[1785] Aux termes de cet article, « sauf disposition contraire prévue ou admise par la présente Loi fondamentale, les Länder exécutent les lois fédérales à titre de compétence propre ».

l'impression de se référer au principe de coopération loyale qui, ainsi que l'a montré B. Dubey « ne fonde pas le principe de l'administration indirecte, mais se contente juste d'encadrer l'activité déployée par les autorités nationales à ce titre »[1786]. Il eût d'ailleurs sans doute été utile de préciser le respect par l'Union d'une certaine marge d'appréciation en faveur des États membres lorsqu'ils mettent en oeuvre le droit de l'Union[1787], dans le même esprit que le principe de respect de l'identité nationale, étant donné que leur autonomie institutionnelle et procédurale peut faire l'objet d'un encadrement intense[1788].

794. Bien plus que l'administration indirecte, dont l'expression n'apparait d'ailleurs nulle part[1789], c'est davantage une forme d'administration partagée que l'article 291 TFUE, issu du traité de Lisbonne, tend à consacrer. En effet, le deuxième paragraphe de cet article ajoute que, lorsque des conditions uniformes d'exécution sont requises, la compétence d'exécution revient à la Commission ou au Conseil. Pour R. Schütze, si cette disposition devait être considérée comme une base légale par les institutions européennes, le traité de Lisbonne aurait fourni à l'Union un véritable réservoir de compétences exécutives[1790]. Mais plutôt que d'y voir une porte ouverte vers une possible centralisation exécutive, sur le modèle du fédéralisme américain, comme le suggère l'auteur, n'est-t-il pas plus jute d'y voir, sur le modèle de l'article 5.3 TUE, la consécration d'une compétence (d'exécution) partagée entre l'Union et les États membres ? En effet, nous avons vu que le fédéralisme des États-Unis repose sur un strict dualisme, c'est-à-dire une forte séparation entre les deux niveaux de gouvernement, ce que le système de l'Union européenne récuse. Pour les mêmes raisons, le fédéralisme américain exclut l'application d'un principe de régulation de l'exercice des compétences, comme la subsidiarité, au stade de la mise en oeuvre du droit fédéral. Aussi rejoignons-nous l'opinion de l'Avocat général présentée dans ses conclusions relatives à l'affaire *Biocides* à l'occasion de laquelle il a pu affirmer que « les compétences d'exécution appartiennent naturellement et principalement aux États membres. L'Union et, en son sein, la Commission (…) ne peut exercer lesdites compétences qu'à titre subsidiaire (article 5.1 TUE). L'article 291, paragraphe 2, TFUE est donc avant tout une disposition habilitant l'Union à exercer (subsidiairement), à travers la Commission, une compétence propre aux États membres ». Dans cette optique, l'élément déclencheur de l'habilitation réside, tout comme dans l'article 5.3 TUE, dans une « cause objective », à savoir la nécessité que les

---

1786 DUBEY B., précité, p. 117.

1787 *Ibid*.

1788 *Ibid*. Pour une analyse similaire concernant le projet de traité instituant la Constitution.

1789 L'administration indirecte, dite encore exécution indirecte, est un concept forgé par la doctrine pour traduire la décentralisation de la mise en oeuvre du droit de l'Union dans la pratique.

1790 SCHUTZE R., précité, p. 86.

actes de l'Union soient exécutés dans des conditions uniformes. Cette nécessité rend donc possible, « en termes de subsidiarité, l'adoption par les institutions des mesures d'exécution qui relèvent, en principe, des États membres »[1791].

795. Il est donc possible de voir dans l'article 291 TFUE la consécration, non pas du fédéralisme d'exécution ou du principe d'administration indirecte, mais, plus simplement, du principe de subsidiarité entendu comme un principe fonctionnel, au stade de l'exécution. À l'instar de la subsidiarité de l'article 5.3 TUE, la subsidiarité exécutive est conçue comme un principe d'efficience, c'est-à-dire ni comme un principe de décentralisation, ni comme un principe de centralisation, mais plutôt comme un instrument « neutre » et purement technique, ainsi que l'atteste le critère « objectif » des conditions uniformes d'exécution. Dans la logique du principe de subsidiarité de l'article 5.3 TUE qui s'applique aux compétences (législatives) partagées, la subsidiarité de l'article 291 TFUE tend à faire des compétences d'exécution des « compétences partagées » entre l'Union et les États. D'où la pertinence d'un modèle d'administration partagée plutôt que celui de l'administration indirecte/fédéralisme d'exécution que l'application du principe subsidiarité pourrait, dans sa dynamique ascendante (nécessité d'une intervention de la Commission en raison de l'échec des États membres à assurer des conditions uniformes d'exécution) conduire à dépasser.

796. Il importe, pour finir, de revenir sur une objection qui pourrait être soulevée. L'on pourrait, en effet, considérer que le modèle du fédéralisme d'exécution n'est pas remis en cause par l'article 291 TFUE dans la mesure où il existe également une forme d'administration « mixte » dans le système fédéral allemand, ce qui ne serait finalement pas si éloigné de notre modèle d'administration « partagée ». En effet, il ressort de la pratique allemande que l'exécution du droit fédéral peut donner lieu à une imbrication des compétences des *Länder* et du *Bund*. En outre, l'article 85 de la constitution allemande prévoit un régime spécifique en vertu duquel les Länder exécutent le droit fédéral sur le fondement d'une délégation de compétence par le *Bund,* hypothèse qui peut, là aussi, donner lieu à une forte imbrication. La différence entre l'exécution du droit fédéral par les *Länder* en vertu d'une délégation ou en vertu d'une compétence propre réside dans la marge d'appréciation plus importante des *Länder* dans la seconde hypothèse[1792]. Dans ce dernier cas, les *Länder* jouissent d'une autonomie institutionnelle/procédurale plus grande. Cependant, en pratique, l'autonomie des *Länder* peut être limitée de sorte que l'on a pu

---

[1791] Conclusions de l'Avocat général M. P. Cruz Villalon présentées le 19 décembre 2013 dans l'affaire C-427/12.

[1792] En cas de délégation, le Bund conserve un pouvoir important sur l'activité des Länder, son contrôle porte sur la légalité et l'opportunité de l'exécution. En cas de compétence propre, seul un contrôle de légalité est exercé.

caractériser le fédéralisme allemand par la subordination hiérarchique et l'intégration institutionnelle dans le sens où « le pouvoir fédéral de commander les administrations des États subordonne et intègre ces dernières au sein de l'administration fédérale »[1793]. Aussi a-t-on pu considérer que l'exécution du droit fédéral ne relève pas à titre exclusif des *Länder,* mais correspond, comme dans l'Union, à « un système d'administration mixte, dans lequel on assiste à une coopération constante entre les Länder et la fédération »[1794].

797. Les auteurs oublient toutefois de préciser qu'il s'agit là d'une dérive de la pratique contre laquelle la Cour constitutionnelle fédérale s'est toujours opposée en posant une interdiction ferme de toute administration « mixte »[1795]. En effet, dans la mesure où l'administration fédérale et celle des *Länder* sont distinctes, sur le plan de l'organisation et du fonctionnement, il ne peut y avoir de relation de subordination. En ce qui concerne, par exemple, les relations financières entre le *Bund* et les *Länder,* le juge constitutionnel veille à toute atteinte à la liberté des *Länder* dans la réalisation de leurs investissements. Or, tel serait le cas si les conditions fixées par le législateur fédéral visaient à lier des dépenses à des objectifs ou aux intérêts du *Bund*[1796].

Paragraphe 2. L'administration partagée, un nouveau champ d'action pour le principe de subsidiarité ?

798. Après avoir identifié, sur un plan théorique, l'administration partagée qui semble caractériser la mise en oeuvre du droit de l'Union, il nous reste encore à examiner la pertinence d'un tel modèle sous le prisme de l'application dynamique du principe de subsidiarité. En tant que principe fonctionnel, la subsidiarité doit pouvoir conduire à réguler, au cas par cas, l'exercice des compétences d'exécution, ces dernières étant entendues comme « partagées » entre les États membres et l'Union européenne. À cet égard, le schéma traditionnel qui oppose l'administration directe à l'administration indirecte du droit de l'Union tend, de plus en plus, à être remis en cause à la faveur des transformations de l'administration européenne d'ordre structurel. En effet, la réalité administrative de l'Union s'avère de nos jours plus complexe qu'à ses débuts et ne saurait être prise en compte par le modèle d'explication classique qui distingue entre la mise en œuvre directe et indirecte du droit européen en raison d'une évolution des compétences de la Commission mais aussi de

---

[1793] ELKIND D., L'efficacité des décisions administratives, précité, p. 199.

[1794] *Ibid*.

[1795] BVerfGE 11, 105 [124] I.; BVerfGE 39, 96 [120] II. Pour de plus amples développements : AUTEXIER C., Introduction au droit public allemand, PUF, 1997; Reprint Revue générale du droit.

[1796] FLIZOT S., Fédéralisme, finances publiques et loyauté fédérale en droit public financier allemand, Jus Politicum, n° 17.

l'établissement de procédures hétérogènes mêlant interventions nationales et européennes[1797]. Ces évolutions ont donc conduit une partie de la doctrine à repenser les catégories traditionnelles (administration directe/indirecte) afin de mieux saisir « l'exercice conjoint, partagé ou mixte de la fonction administrative »[1798]. Si l'administration « partagée » semble validée par la pratique (A) encore faut-il s'assurer de l'efficience du principe de subsidiarité en ce qui concerne la question du partage des compétences entre autorités nationales et institutions européennes au stade de l'exécution du droit de l'Union. Il apparait toutefois que ce principe fonctionnel reste largement instrumentalisé de sorte qu'il n'apparait pas réellement apte à départager les différents niveaux compétents dans la mise en oeuvre du droit de l'Union (B)

A. L'administration partagée validée par la pratique

799. L'évolution du modèle administratif de l'Union européenne semble avoir définitivement aboli l'opposition traditionnelle entre les catégories de l'administration directe et administration indirecte[1799]. L'imbrication croissante des administrations nationales et européennes révèle le développement d'une sorte de *continuum* administratif entre les deux niveaux qui œuvrent de concert, à la faveur de procédures et d'institutions plus intégrées. Les progrès de l'intégration ont progressivement brouillé les frontières entre les administrations nationales et européennes à un double point de vue : dans une perspective ascendante, les administrations nationales exercent leur fonction dans un cadre institutionnel européanisé ; dans un cadre descendant, l'administration européenne intervient selon des modalités permettant une association et une participation accrue des instances nationales[1800]. La pertinence du modèle de l'administration partagée s'impose d'autant plus que les mutations que le droit administratif européen a connues ces dernières années affectent aussi bien l'administration indirecte (1) que l'administration directe (2) et semblent converger vers ce qu'une partie de la doctrine nomme aujourd'hui la co-administration.

1. De l'administration indirecte à la co-administration

800. Ainsi que le souligne C. Franchini, « a partir du milieu des années 1980 se sont progressivement affirmés de nouveaux modes d'action du type intégré ; ils s'inspirent du

---

[1797] BERTRAND B., Le juge de l'Union, précité, p. 234.

[1798] *Ibid*., p. 235.

[1799] FRANCHINI C., Les notions d'administration indirecte et de coadministration, in Droit Administratif Européen, Bruylant, Bruxelles, AUBY J.-B et DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J., p. 340.

[1800] SIRINELLI J., « Droit administratif européen et fonction administrative européenne : la double inconstance » in, Mélanges en l'honneur du professeur Blumann : L'identité du droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 501-515., spéc.p 513.

principe selon lequel l'activité des administrations des États membres doit tendre à l'intérêt communautaire, selon une orientation qui se retrouve ponctuellement dans les principes de la Constitution européenne – en particulier dans le principe de subsidiarité – comme conséquence directe de l'organisation moniste du système communautaire par rapport aux systèmes nationaux. Il s'agit d'un équilibre composite et plus articulé de l'action administrative, qui s'avère nécessaire, compte tenu de la variété des objectifs »[1801]. Cette évolution serait la conséquence de l'élargissement des fonctions de l'Union et de l'expansion de son droit, lequel aurait affecté aussi bien les structures que les procédures. Si les mutations d'ordre structurel seraient liées à l'institution de nouveaux organismes (services de la Commission, comités dotés de pouvoirs autonomes), les transformations procédurales seraient issues de la jurisprudence[1802] ainsi que de la diffusion de nouvelles procédures plus « composites » articulant les niveaux national et européen. Cette mutation de l'administration indirecte aurait conduit à de nouveaux modèles relationnels donnant lieu à « la création de structures qui permettent d'exercer conjointement des activités, expression d'une fonction identique, mais réparties entre plusieurs sujets, car leur objectif n'est réalisable qu'en vertu de l'intervention de chacun »[1803].

801. L'unité fonctionnelle qui caractérise ce nouveau modèle est, comme nous l'avons déjà indiqué, inhérente au principe de subsidiarité tel que conçu dans l'Union européenne. S'agissant d'exécution, les deux administrations, nationale et européenne, concourent à l'exercice de la même fonction, « car ni l'une ni l'autre n'ont les pouvoirs de l'assurer de façon autonome et complètement »[1804]. Une fonction « unique » est ainsi distribuée entre deux niveaux indissolublement liés et complémentaires. La doctrine, notamment italienne[1805], a mis en lumière ce qu'il est commun de nommer de nos jours, assez vaguement, co-administration ou administration partagée, bien que les expressions puissent varier, en fonction des auteurs et des pays. Le modèle de la co-administration tend ainsi à montrer qu'une même compétence peut à la fois incomber à l'administration européenne et à

[1801] FRANCHINI C., Les notions d'administration indirecte et de coadministration, précité, p. 340.

[1802] L'obligation faite aux administrations nationales de respecter le droit communautaire est passée par des affirmations prétoriennes selon lesquelles les normes nationales ne doivent pas être appliquées quand elles divergent de celles de l'Union, tant sur le plan normatif (Simmenthal) qu'administratif (Ciola) : CJCE, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Simmenthal*, aff. 106/77, in Raccolta [1978] 629 ; CJCE, *Ciola*, aff. C-224/97, in Raccolta [1999] I-2517.

[1803] *Ibid*.

[1804] *Ibid*.

[1805] CHITI M.-P., Diritto amministrativo europeo, Milano, Giuffrè, 2004, p. 407 et s. ; CHITI E., Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie, Padova, Cedam, 2002.

l'administration nationale, le sujet national ayant « l'obligation formelle d'exécuter une certaine action qui s'avère nécessaire et indispensable pour l'exercice de la fonction communautaire »[1806].

802. Ainsi que le souligne J. Ziller, si l'on accepte ces prémisses, la co-administration n'est pas une troisième catégorie d'administration européenne apparue chronologiquement après l'administration directe et indirecte dans la mesure où, dès le début, certaines politiques communautaires se sont développées « sous le signe de la combinaison de l'administration directe et de l'administration indirecte »[1807]. C'est le cas de la politique agricole commune. En réalité, explique l'auteur, la compréhension du droit positif exige de réexaminer les notions d'exécution directe et indirecte et de questionner la pertinence de ces concepts. Aussi propose-t-il de substituer à la classification doctrinale habituelle, une approche plus « fonctionnelle »[1808]. La logique fonctionnelle conduit à délaisser la simplicité trompeuse de l'approche organique à l'origine des expressions administration directe/indirecte, en lui préférant une approche apparemment plus complexe mais beaucoup plus adaptée à la nature du droit de l'Union et en particulier au système de compétences fonctionnelles sur lesquelles reposent les traités. Dans cette optique, il est bien plus satisfaisant d'évoquer l'administration « partagée » plutôt que l'administration ou l'exécution « indirecte », l'Union étant systématiquement amenée à intervenir d'une manière ou d'une autre au stade de la mise en oeuvre du droit européen[1809].

803. Comme l'indique B. Bertrand, il ressort de la pratique que « l'exécution est toujours partagée », mais à des degrés divers car si le législateur peut choisir d'attribuer la totalité de la compétence d'exécution à la Commission, les États membres participeront à travers la comitologie et s'il l'attribue aux agences européennes, ces dernier participeront à travers le Conseil d'administration de ces agences[1810]. De même, s'il décide de partager la compétence entre les deux niveaux, national et européen, ou enfin, de l'attribuer aux États avec une compétence de contrôle de la Commission. Et si, de façon exceptionnelle, le Conseil se réserve l'exécution, « là encore niveau national et européen sont tacitement présents en raison

---

[1806] FRANCHINI C., Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario, Padova, Cedam, 1993, II., pp. 178 et s ; La Commissione della Comunità europea e le amministrazioni nazionali: dalla ausiliarietà alla coamministrazione », in Riv. it. dir. pubbl. com., 1993, pp. 669.

[1807] ZILLER J., « Introduction : les concepts administration directe, d'administration indirecte et de co-administration et les fondements du droit administratif européen », préc., p. 334.

[1808] ZILLER J., « Exécution centralisée et exécution partagée : le fédéralisme d'exécution en droit de l'Union européenne », in L'exécution du droit de l'Union, préc., p. 111.

[1809] *Ibid*, p.111-115.

[1810] BRUNESSEN B., Le juge de l'Union précité, p. 226.

du caractère intergouvernemental de l'institution »[1811]. Ainsi, s'il lui revient de déterminer le niveau d'exécution, le législateur est néanmoins tenu de justifier ce choix au regard de la subsidiarité dans la mesure où ce principe ne joue pas seulement au niveau législatif mais s'applique également au domaine de l'action administrative[1812]. Dans cette perspective, la subsidiarité peut s'analyser comme un instrument de décentralisation de l'activité exécutive et administrative ou de centralisation au niveau européen[1813]. La professeure ajoute que le respect du principe de proportionnalité revêt, de la même façon, une importance pour les États membres en ce qu'il permet de « préserver les compétences nationales dans le cadre de l'exécution décentralisée du droit de l'Union »[1814]. Ainsi, même si en vertu de la subsidiarité, le niveau européen est compétent pour l'exécution, le législateur peut encore, en vertu de la proportionnalité, « associer les administrations nationales à une telle exécution »[1815]. Il ressort, tant des textes que de la pratique de ces dernières années, que le recours aux administrations nationales s'est accru, y compris dans les domaines traditionnellement considérés comme relevant de l'administration directe des institutions européennes.

2. *De l'administration directe à la co-administration*

804. L'administration directe qui, à l'inverse de l'administration indirecte, est le fait des institutions européennes trouvait, jusqu'en 2003, son illustration la plus courante dans le domaine de l'application du droit européen de la concurrence aux entreprises. La décentralisation du contrôle opérée par une révision de 2003 a définitivement remis en cause ce modèle.

805. Précisons, à cet égard, que non seulement l'Union dispose d'une compétence exclusive dans le domaine de l'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur[1816] mais qu'en plus la mise en oeuvre de ces règles a longtemps fait l'objet d'une centralisation au niveau de l'Union. Cela a sans doute contribué à brouiller l'analyse. L'existence d'une compétence exclusive est, faut-il le rappeler, de nature à exclure l'application du principe de subsidiarité au niveau « législatif ». Néanmoins, cette

---

[1811] *Ibid*.

[1812] *Ibid*., p. 225.

[1813] *Ibid*., Voir aussi : EHLERMANN C.-D., «Quelques réflexions sur la Communication de la Commission relative au principe de subsidiarité», RMUE, 1992, n° 4, p. 215, spéc. p. 218 ; STROZZI G., «Le principe de subsidiarité dans la perspective de l'intégration européenne : une énigme et beaucoup d'attentes», RTDE, 1994, n° 3, p. 373, spéc. p. 3.

[1814] *Ibid*.,p. 226-227. Voir aussi : BOSKOVITS K., Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses États membres, précité, p. 770.

[1815] *Ibid*.

[1816] Article 3 TFUE.

circonstance ne devrait, en principe, pas jouer sur le degré de centralisation ou de décentralisation au stade de l'exécution puisque la nature partagée ou exclusive d'une compétence de l'Union n'est pas liée à la nature indirecte ou directe de l'administration[1817]. Aussi estimons-nous qu'il est tout à fait permis, sur un plan juridique, de mentionner le principe de subsidiarité en matière de droit de la concurrence si l'on se situe au stade de la mise en oeuvre, même si d'aucuns s'en sont étonnés.

806. La décentralisation des compétences de la Commission, opérée en la matière par le Règlement n°1/2003[1818], est emblématique de l'emprise du phénomène de la « co-administration » puisque cette matière qui relevait typiquement de l'administration directe est aujourd'hui citée comme un parfait exemple d'administration conjointe, bien que plus récent que dans d'autres domaines. En effet, l'ancien règlement n°17/62[1819] instaurait un système d'autorisation centralisé en vertu duquel, pour bénéficier d'une exemption, les accords d'entreprises susceptibles d'affecter le commerce entre États membres devaient être préalablement notifiés à la Commission. Cette dernière jouissait en ce domaine d'une compétence exclusive car elle seule pouvait autoriser les accords qui remplissaient les conditions de l'ex-article 81.3 CE (actuel article 101.3 TFUE). C'est à cette centralisation que le règlement n° 1/2003 a mis fin en mettant un place un système d'exception légale fondé sur l'exécution décentralisée des règles de concurrence. En supprimant l'obligation de notification à la Commission, le règlement ne pouvait qu'associer les autorités nationales à la mise en oeuvre de ces règles. Ces dernières doivent désormais assurer, au sein d'un véritable réseau, la coordination de leur action pour éviter d'éventuels chevauchement de compétences en échangeant des informations à travers une communication constante. La coordination, à la fois verticale (entre autorités nationales et Commission) et horizontale (entre autorités), permet de rationaliser le traitement des procédures. En résumé, la décentralisation en matière de concurrence en faveur des autorités nationales « vise à réaliser la pleine complémentarité entre les différents niveaux d'intervention et à favoriser l'application de la discipline de la concurrence par un réseau d'autorités travaillant selon des principes communs, en étroite collaboration »[1820].

[1817] Il existe, il est vrai, une controverse à ce sujet. Néanmoins nous nous rattachons à l'analyse de J. Ziller : ZILLER J., « Introduction : les concepts administration directe, d'administration indirecte , précité.

[1818] Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité.

[1819]

[1820] FRANCHINI C., précité, p. 351.

807. La lecture du règlement 1/2003 nous apprend que le législateur a pris soin de mentionner que les principes énoncés aux articles 81 et 82 du traité (actuels art. 101 et 102 TFUE), tels que mis en oeuvre par l'ancien règlement n°17, confient à la Commission « une place centrale qu'il convient de maintenir, tout en associant davantage les États membres à l'application des règles communautaires de concurrence ». Il est remarquable que le Conseil ait motivé son nouveau règlement au regard des principes de subsidiarité et de proportionnalité énoncés à l'article 5 du traité, en déclarant que « le présent règlement n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre son objectif qui est de permettre l'application efficace des règles communautaires de concurrence »[1821].

808. Ainsi que le relève O. Dubos, l'efficacité est « très présente dans la forme juridique de la co-administration, c'est-à-dire dans les très nombreuses hypothèses où l'exécution du droit de l'Union conjugue organes étatiques et organes de l'Union pour l'édiction des actes individuels d'exécution »[1822]. Cet objectif qui justifie le partage des compétences constitue une manifestation de la subsidiarité[1823]. Le professeur relève ainsi que l'efficacité est un objectif du règlement n° 1/2003 qui a pour objet d'établir un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché par l'application efficace et uniforme des articles 81 et 82 du traité dans la Communauté. La question de la répartition des compétences sur le plan vertical (qui au regard de la subsidiarité est le seul qui nous intéresse) même si elle n'est pas abordée dans le règlement lui-même, est traitée dans une communication ultérieure de la Commission[1824]. Comme le relève O. Dubos, les deux critères retenus ne font que décliner l'objectif d'efficacité : le premier, implicite et quantitatif, est celui des « effets sur la concurrence dans plus de trois États membres » qui permet à la Commission d'être compétente. Le second critère, explicite et qualitatif, est fondé sur l'efficacité elle-même puisqu'il permet à la Commission de préempter l'affaire dès lors qu'elle est mieux placée pour traiter une affaire si celle-ci est étroitement liée à d'autres dispositions pouvant être exclusivement ou plus efficacement appliquées par la Commission « ou si l'intérêt de la Communauté exige l'adoption d'une décision de la Commission pour développer la politique

---

[1821] pt 34 du règlement précité. Nous soulignons.

[1822] DUBOS O., « Objectif d'efficacité de l'exécution du droit de l'union européenne: la tectonique des compétences », in NEFRAMI (ed), Objectifs et compétences dans l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, p. 297.

[1823] *Ibid*., p.299.

[1824] Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), Journal officiel n° C 101 du 27/04/2004 p. 0043 - 0053.

de concurrence communautaire lorsqu'un nouveau problème de concurrence se pose ou pour assurer une application efficace des règles »[1825].

809. Au-delà des pratiques anticoncurrentielles, le droit des concentrations illustre également l'administration partagée qui s'impose désormais en matière de concurrence. En 1989, le Conseil adoptait le règlement *n° 4064/89* relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises. Ce premier texte fut modifié, une première fois, en 1997 par le règlement *1310/97*[1826] qui rendait obligatoire la notification à la Commission des concentrations revêtant une dimension européenne[1827]. Le nouveau texte relatif au contrôle des concentrations, le règlement *n°139/2004,* entré en vigueur le 1er mai 2004, s'inscrit dans le mouvement de décentralisation de la mise en oeuvre du droit européen de la concurrence, initié par le règlement n°*1/2003*. À l'instar de ce dernier, le règlement *139/2004* s'est attaché à préserver l'efficacité du contrôle des concentrations en précisant les critères définissant les concentrations de dimension européenne dont le contrôle doit relever de la Commission. Les autorités nationales de concurrence (ANC) et la Commission ont ainsi convenu d'un ensemble de bonnes pratiques visant à promouvoir la coopération et le partage d'informations[1828]. Le règlement apporte des modifications importantes au régime antérieur. Ces transformations étaient nécessaire car à l'époque le marché était amené à s'élargir. S'agissant du champ d'application, le règlement ne concerne que les concentrations qui satisfont aux critères de chiffres d'affaires posés par ce dernier. Aux termes de l'article 1, le règlement s'applique à toutes les opérations de concentration de dimension européenne[1829]. Cependant, même si l'opération atteint le chiffre d'affaires fixé, elle n'aura pas de dimension européenne si les entreprises réalisent plus des deux tiers du chiffre d'affaires à l'intérieur d'un seul État membre. S'agissant des opérations qui répondent à la définition de « concentration » mais qui ne revêtent pas une dimension européenne, elles sont, en principe, exclues du champ d'application du règlement. Aussi sont-elles soumises aux règles nationales de concurrence. Lorsque le règlement s'applique, la Commission dispose d'une compétence exclusive pour adopter les décisions. Le droit national est inapplicable aux concentrations européenne en

---

[1825] DUBOS O., préc., p. 298-299.

[1826] Règlement (CE) N° 1310/97 Du Conseil du 30 juin 1997 modifiant le règlement (CEE) n° 4064/89 relatif au contrôle des opérations de concentration.

[1827] Aux termes de l'article 2.3 « Les opérations de concentration qui créent ou renforcent une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans le marché ou une partie substantielle de celui-ci doivent être déclarées incompatibles avec le marché ».

[1828] Communiqué de presse de la Commission du 9 novembre 2011, IP/11/1326.

[1829] Une opération de concentration a une *dimension européenne* lorsque le chiffre d'affaire total des entreprises est supérieur *à 5 milliards d'euros* et le chiffre d'affaire réalisé dans l'Union par au moins deux entreprises est supérieur à *250 millions*.

vertu du principe du guichet unique. La réforme a facilité la réattribution des affaires de concentration entre la Commission et les ANC. En posant une compétence de l'Union dans l'hypothèse où la concentration revêt une dimension européenne, la satisfaction des seuils présente l'intérêt de fournir une délimitation plus claire des compétences entre la Commission et les ANC. Un autre avantage du règlement réside dans la circonstance que le principe de la compétence exclusive de l'Union a pu être nuancé pour certaines opérations de dimension européenne afin de prendre en compte les velléités des États. Aussi trouve-t-on dans le règlement des dispositions permettant aux ANC de conserver une compétence même si les concentrations revêtent une dimension européenne[1830].

810. Selon la dimension nationale ou européenne de l'opération, le droit interne (appliqué par les ANC) ou le droit de l'Union (appliqué par la Commission) devra s'appliquer. La subsidiarité a vocation à jouer tant sur le plan organique (compétence des ANC) qu'en ce qui concerne la substance du droit applicable, ce dernier n'étant unifié que pour les concentrations de dimension européenne. Il convient, à cet égard, de souligner la différence entre les règlements *1/2003* et *139/2004* car si le premier se fonde sur le critère de l'affectation du commerce, le second raisonne en termes de seuils quantitatifs à atteindre. Toutefois, les deux règlements ont marqué l'évolution du droit de la concurrence vers plus de décentralisation. Cela a permis de désengorger les services de la Commission et de rendre plus efficace la mise en oeuvre des règles de concurrence. Ce mouvement de décentralisation va de pair avec des mécanismes des coopération. En matière de concentration, la subsidiarité descendante s'exprime dans les mécanismes de renvoi assouplissant le système du guichet unique. Cette réforme profite tant aux États (qui voient leurs compétences renforcées) qu'aux entreprises qui, bien souvent, préfèrent traiter avec les ANC. La subsidiarité ascendante trouve à s'appliquer dans les cas permettant à la Commission de se saisir d'affaires revenant, en principe, aux ANC. En décloisonnant le système du guichet unique, le règlement permet le jeu de la subsidiarité, les affaires n'étant plus attribuées de façon figée mais dynamique. Ce dernier prévoit que ses dispositions devraient s'appliquer aux modifications structurelles

---

[1830] L'article 21 permet l'application du droit national à une concentration de dimension européenne si cela est nécessaire pour assurer la protection d'intérêts légitimes, comme la sécurité publique ou la pluralité des médias. L'article 9 prévoit une exception à la compétence de la Commission lorsque la concentration concerne un marché national distinct. Les limites à la compétence de l'Union peuvent résulter d'une demande des parties ou des Etats eux-mêmes. L'hypothèse d'un renvoi au droit national, à la demande des parties, d'une opération de dimension européenne est prévue par l'article 4 du règlement. Cet article précise que l'Etat devra *«dans un délai de quinze jours ouvrables (…) exprimer son accord ou son désaccord sur la demande de renvoi de l'affaire»*. S'il garde le silence, durant ce délai, ce dernier vaut acceptation tacite de la demande. L'hypothèse d'un renvoi à la demande des Etats est envisagé par l'article 9. Si la possibilité de se réapproprier des concentrations de dimension européenne existait sous le régime antérieur, cette hypothèse n'est plus conçue comme une exception.

importantes dont l'effet sur le marché s'étend au-delà des frontières nationales d'un État. Il est ainsi indiqué que « ces concentrations devraient, en règle générale, être examinées exclusivement au niveau de la Communauté, en application du système du guichet unique et conformément au principe de subsidiarité » et que « les règles régissant le renvoi des concentrations de la Commission aux États membres et des États membres à la Commission devraient constituer un mécanisme correcteur efficace à la lumière du principe de subsidiarité »[1831]. Ces règles devraient protéger les intérêts des États quant à la concurrence en prenant en considération le besoin de sécurité juridique. Encore s'agit-il de déterminer le rôle précis du principe de subsidiarité dans la co-administration.

811. L'évolution du droit administratif européen a conduit la doctrine à identifier, ces dernières années, un phénomène de co-administration dans de nombreux domaines. Même si l'administration partagée n'est pas apparu, sur un plan chronologique, après l'administration directe et indirecte puisque l'exercice conjoint de la fonction administrative a toujours existé d'une façon ou d'autre. Cette co-administration ou administration partagée est néanmoins plus visible et plus répandue aujourd'hui de sorte que des problèmes relatifs à la répartition des tâches et compétences entre autorités nationales et institutions européennes surgissent inévitablement. Un principe fonctionnel comme la subsidiarité qui est paré d'une certaine technicité et qui apparait, dans le discours des institutions, comme indissociable de l'efficacité permet-il de répartir, de façon concrète et efficace, les tâches entre autorités nationales et institutions de l'Union, notamment au contentieux lors de conflits de compétences ? La dynamique du principe de subsidiarité peut-elle être mise au service de la régulation efficiente des compétences d'exécution des États membres et de l'Union ou le principe n'est-il qu'un dogme fonctionnaliste abstrait dont les institutions se servent à titre purement cosmétique ?

B. La subsidiarité comme principe efficient : l'instrumentalisation du principe

812. Comme le souligne B. Bertrand, « la co-administration ou administration partagée, conjointe, comme on l'appelle parfois, accroît logiquement l'exigence de mise en cohérence des différents échelons »[1832]. C'est donc à la Cour de justice qu'il revient d'arbitrer cette mise en harmonie afin de pallier les dissonances susceptibles d'être engendrées par l'action parallèle des différents niveaux d'administration. Dans la mesure où la fonction d'exécution est répartie entre plusieurs niveaux d'administration, national et européen, la nécessité de préciser les tâches et les responsabilités de chacun s'impose. Envisagée comme un principe technico-fonctionnel de répartition des compétences, la subsidiarité sert à soumettre

[1831] Considérants 8 et 11 du règlement.

[1832] BERTRAND B., Le juge de l'Union, précité, p. 218.

l'exercice des compétences de l'Union à un calcul technique d'efficience, pour vérifier s'il ne serait pas plus efficient de le reléguer aux autorités nationale[1833]. Il ressort de l'analyse de la jurisprudence que malgré les vertus d'efficience qui lui sont attachées, ce principe reste largement instrumentalisé et manque d'une certaine effectivité juridique et juridictionnelle. Le principe de subsidiarité souffre, tout d'abord, d'un champ d'application délicat à définir, tout particulièrement dans le champ administratif, de sorte que les requérants et les institutions de l'Union tendent soit à l'étendre soit à le restreindre, en fonction des intérêts des uns et des autres dans chaque affaire (1). Ensuite, malgré l'ambivalence jurisprudentielle concernant l'applicabilité de la subsidiarité aux compétences d'exécution, le juge, lorsqu'il accepte d'examiner un acte litigieux de l'Union au regard de ce principe, tend, dans une logique fonctionnelle, à valider systématiquement le respect de la subsidiarité, ce qui conduit à l'instrumentaliser dans un sens favorable à l'action administrative de l'Union (2)

1. La question controversée de l'application du principe de subsidiarité aux compétences d'exécution

813. Conformément à l'article 5 TUE, le principe de subsidiarité ne s'applique qu'aux compétences partagées, c'est-à-dire aux matières ne relevant pas de la compétence exclusive de l'Union. Dans la mesure où l'administration partagée tend, précisément, à faire des compétences d'exécution, des compétences partagées, la subsidiarité devrait trouver à s'appliquer. Avant d'examiner la position du juge de l'Union sur cette question controversée (b), l'on rappellera les termes du débat (a).

a. Le débat quant à l'application de la subsidiarité à la sphère administrative

814. La doctrine est, aujourd'hui encore, partagée sur la question de l'application du principe de subsidiarité à l'activité d'exécution du droit de l'Union. À la question de savoir si le principe s'applique à la seule activité législative ou s'il a aussi vocation à s'appliquer à l'activité d'exécution des législations et politiques communes, un certain nombre d'auteurs ont apporté une réponse négative. J. Ziller a fait valoir qu'il était difficile de considérer la subsidiarité comme un principe de droit administratif dans la mesure où le juge de l'Union n'a jamais appliqué ce principe à une décision individuelle de la Commission ni à un acte normatif pris sur la base d'un acte général de droit dérivé. Il notait toutefois qu'il serait « erroné d'en déduire que la Cour de Luxembourg voudrait signifier par là qu'il ne s'agit pas d'un principe du droit administratif européen » car celle-ci n'a jamais eu l'occasion de se prononcer sur cette question, aucun recours n'ayant été fondé sur le moyen de la violation du

[1833] MARZAL YETANO, Le dynamique du principe de proportionnalité, précité, p. 427.

principe de subsidiarité par un acte administratif de l'Union. L'auteur estimait d'ailleurs qu'il était peu vraisemblable que de tels recours soient introduits, du fait que la subsidiarité a mauvaise réputation en tant que moyen susceptible d'aboutir à l'annulation d'un acte[1834]. En réalité, de tels recours ont été introduits et la Cour a eu l'occasion de se prononcer sur la question du respect de la subsidiarité par des actes administratifs. Nous suivons, en ce qui nous concerne, l'avis de O. Dubos qui affirme que la subsidiarité ne se borne pas à l'exercice des compétences législatives mais joue aussi dans l'exercice des compétences d'exécution[1835]. Il en est de même de B. Bertrand pour qui le principe s'applique également au domaine de l'action administrative et de l'exécution de la réglementation de l'Union[1836]. L. Potvin-Solis estime, pour sa part, que « le principe de subsidiarité n'est pas strictement cantonné à la sphère du pouvoir normatif et de la fonction législative » mais vaut aussi pour l'activité d'exécution et doit, à ce titre, être considéré comme un principe de droit administratif européen[1837]. Loin d'être purement théorique, le débat entourant l'application de la subsidiarité au domaine de l'exécution du droit de l'Union agite aussi les institutions.

815. Un arrêt *Commission c/ Allemagne* de 2011 a mis en évidence l'ampleur de la controverse qui a opposé les autorités nationales aux organes de l'Union sur ce point[1838]. En l'espèce, la Commission reprochait à l'Allemagne d'avoir empêché la Cour des comptes européenne d'accomplir sa tâche d'assurer le contrôle des recettes de l'Union. L'audit dont il état question visait à vérifier les dépenses de l'Union liées à la mise en œuvre du règlement 1798/2003. En s'opposant à cet audit, l'Allemagne avait, selon la Commission, manqué aux obligations qui s'imposaient à elle en vertu du règlement 1605/2002. L'Allemagne réfutait ces griefs et invoquait, pour sa défense, le principe de subsidiarité. Il convient de rappeler que la Cour des comptes contrôle la bonne exécution du budget de l'Union, conformément aux articles 285 à 287 TFUE. Elle est compétente pour examiner les comptes des recettes et dépenses de l'Union, contrôler leur légalité et s'assurer de la bonne gestion financière. Les parties s'opposaient sur le point de savoir si un contrôle par la Cour des comptes de la coopération administrative en matière de TVA portait atteinte au principe de subsidiarité. L'Allemagne faisait valoir, au soutien de cette thèse, que ce sont en principe les Cours des comptes nationales qui vérifient la perception de la TVA. De plus, le gouvernement soutenait

---

[1834] ZILLER J., Le principe de subsidiarité in Traité de droit administratif, précité,… p. 535.

[1835] DUBOS O., « Objectif d'efficacité de l'exécution du droit de l'Union européenne, précité, p. 303.

[1836] BERTRAND B., Le juge de l'Union, précité, p. 225.

[1837] POTVIN-SOLIS L., Compétences partagées et objectifs matériels », in Les objectifs et compétences dans l'Union européenne, E. NEFRAMI (dir.), Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, Colloques, 2012, pp. 29-90., spéc. 68.

[1838] CJUE, 15 novembre 2011, *Commission c/Allemagne*, aff. C-539/09.

qu'un contrôle de la Cour des comptes n'était pas nécessaire puisque l'article 35 du règlement 1798/2003 prévoyait déjà un contrôle par la Commission en coopération avec les États membres. En outre, l'Allemagne soulignait que l'organisation de l'administration fiscale, le contrôle des assujettis et le recouvrement de la taxe relèvent de la compétence nationale. La répartition des compétences de droit administratif entre l'Union et les États était, selon elle, « indissociable de la question de savoir quel organe de contrôle est habilité à auditer des activités administratives correspondantes » de sorte que la délimitation des compétences de contrôle de la Cour des comptes devait « correspondre à la délimitation des compétences administratives »[1839].

816. Il est intéressant de constater que les institutions de l'Union — Commission, Parlement et Cour des Comptes — s'opposaient unanimement à l'approche allemande de la répartition des compétences administratives. Ces dernières étaient d'avis que le principe de subsidiarité s'applique à l'exercice des compétences de nature « normative », mais non à l'égard de compétences de « contrôle » telles que celles de la Cour des comptes. La Commission et la Cour des comptes soulignaient d'ailleurs que les compétences de cette dernière, en ce qu'elles portaient sur l'intégralité des recettes et des dépenses de l'Union, relevaient d'une compétence exclusive attribuée par le traité dans le cadre du contrôle de l'exécution du budget. Aussi, de telles compétences ne pouvaient-elles ressortir de la notion de « compétence partagée » et être affectées par le fait que les autorités nationales étaient également habilitées à exercer certains contrôles. Les institutions estimaient, en outre, que l'argument tiré du respect de la subsidiarité n'était pas pertinent dans la mesure où la nature transfrontalière de la coopération administrative plaidait en faveur d'une compétence de contrôle de la Cour des comptes. Le Parlement européen considérait que le principe de subsidiarité, « axé sur l'action du législateur de l'Union » ne s'appliquait que dans le contexte de l'adoption d'actes contraignants par les institutions européennes. Étant donné que « la Cour des comptes ne dispose pas de pouvoirs de décision, mais exerce simplement les pouvoirs de contrôle qui lui ont été conférés », le Parlement estimait que la subsidiarité n'était pas applicable à l'activité de celle-ci[1840]. L'Avocat général a réfuté l'argumentation du Parlement au moyen d'un raisonnement simple mais tout à fait pertinent.

817. Dans ses conclusions, Mme Trstenjak a affirmé que « bien que les conditions d'application du principe de subsidiarité concernent en premier lieu des activités normatives, ce principe vise normalement l'Union et, partant, toutes les institutions de l'Union, et ce

---

[1839] § 43 des Conclusions de Mme V. Trstenjak présentées le 25 mai 2011 dans l'aff. c−539/09 précité.

[1840] *Ibid.*, § 84.

quelle que soit la fonction que les institutions concernées exercent. La seule restriction que le traité CE apporte au champ d'application de ce principe a trait à la nature des compétences exercées par les institutions de l'Union. En effet, en vertu de l'article 5, deuxième alinéa, CE, les institutions de l'Union ne sont pas tenues de respecter le principe de subsidiarité que lorsqu'elles interviennent dans un domaine entrant dans les compétences exclusives de l'Union. Étant donné que, par l'audit en cause, la Cour des comptes n'est pas intervenue dans un domaine qui relève des compétences exclusives de l'Union, elle était dès lors tenue de respecter le principe de subsidiarité lors de la réalisation de cet audit »[1841]. L'Avocat général s'est donc attachée à vérifier le respect de la subsidiarité par la Cour des Comptes tout en précisant qu'une violation ne pouvait être retenue que dans des cas exceptionnels. En effet, le contexte européen implique, en règle générale, qu'un tel contrôle soit effectué au niveau de l'Union et partant par la Cour des comptes. De plus, lorsqu'en matière de recettes de l'Union, l'action de plusieurs États doit être contrôlée, il semble logique que la Cour des comptes soit l'organe approprié pour mener un contrôle à caractère transfrontalier[1842]. Au terme de son analyse, l'Avocat général a estimé que le dossier ne renfermait aucun élément permettant de conclure que la Cour des comptes avait méconnu ce principe de subsidiarité lors de l'audit[1843]. D'autant plus que l'audit en cause comportait des aspects transfrontaliers de sorte que le contrôle ne pouvait pas « raisonnablement être préparé et réalisé ni par les Cours des comptes nationales ni par d'autres instances nationales de contrôle »[1844].

b. La position ambiguë de la Cour de justice

818. L'affaire *Commission c/Allemagne* est particulièrement éclairante car elle présente un cas typique de co-administration caractérisé par la coopération administrative, c'est-à-dire une « imbrication souple des différents niveaux d'administrations dans l'exécution du droit de l'Union »[1845]. Le règlement 1798/2003 du 7 octobre 2003 relatif à la coopération administrative dans le domaine de la TVA prévoit que la lutte contre la fraude à la TVA exige une collaboration étroite entre les autorités administratives nationales chargées de l'exécution des dispositions arrêtées dans ce domaine. Aussi, les mesures d'harmonisation fiscale visant à achever le marché intérieur doivent « comporter la mise en place d'un système commun d'échange d'informations entre les États membres dans lequel les autorités administratives des États membres doivent se prêter mutuellement assistance et collaborer avec la Commission en

---

[1841] *Ibid*., § 85, 86.
[1842] *Ibid*., § 82.
[1843] *Ibid*., § 117.
[1844] *Ibid*., § 120.
[1845] BERTRAND B., Le juge de l'Union, précité, p. 231.

vue d'assurer la bonne application de la TVA sur les livraisons de biens et les prestations de services, l'acquisition intracommunautaire de biens et l'importation de biens »[1846]. En l'espèce, le gouvernement allemand faisait valoir que la subsidiarité conduisait à considérer que la vérification des opérations de perception de la TVA et de la coopération administrative relevait, non pas de la compétence de la Cour des comptes, mais bien de celle des Cours nationales. Selon lui, un contrôle des situations transfrontières visées par le règlement n° 1798/2003 pouvait aisément intervenir au moyen d'une action commune de ces dernières.

819. De façon assez décevante, la Cour de justice a d'emblée déclaré qu'il n'était pas nécessaire de se prononcer, en l'espèce, sur « la question de savoir si, et dans quelle mesure éventuelle, le principe de subsidiarité (…) pourrait être appelé à jouer un rôle, en matière de contrôles, aux fins de départager les interventions respectives de la Cour des comptes et des institutions de contrôle nationales ». La Cour a estimé qu'à supposer même que le principe doive s'appliquer, « la dimension transfrontière de la coopération administrative en matière de TVA instituée par le règlement n° 1798/2003 conduirait en tout état de cause à considérer que le contrôle litigieux est conforme audit principe ». En effet, le contrôle en question était destiné à s'assurer du bon fonctionnement de la coopération administrative dont dépendait l'aptitude des administrations nationales à lutter efficacement contre la fraude. C'est pourquoi, ledit contrôle devait être « nécessairement mieux réalisé de manière centralisée, au niveau de la Communauté, par la Cour des comptes ». La Cour de justice a souligné la circonstance que le champ de compétence de cette dernière s'étendait, à la différence de celui des Cours des comptes nationales, à l'ensemble des États membres[1847]. Il en découlait que la Cour des comptes était compétente, en vertu des dispositions du traité, pour procéder au contrôle litigieux. En s'opposant à la tenue de ce contrôle sur son territoire, l'Allemagne avait manqué à ses obligations. La question de la répartition des pouvoirs de contrôle entre la Cour des comptes européenne et les Cours nationales concernant le contrôle de la perception de la TVA a donc été tranchée en faveur de l'Union.

820. Cet arrêt, lu à la lumière des conclusions de l'Avocat général, appelle plusieurs remarques. Tout d'abord, tout en évitant de se prononcer sur le rôle exact du principe de subsidiarité, notamment sur sa capacité à départager les interventions de la Cour des comptes et des Cours nationales, la Cour reprend le raisonnement de son Avocat général, axé sur les objectifs et la dimensions transfrontalière de la coopération administrative, pour étendre le champ de contrôle imparti à l'Union. En effet, le caractère transfrontalier « agit de façon

---

[1846] Considérant 3 du règlement.

[1847] *Ibid.*, pt 84 de l'arrêt précité.

décisive comme déterminant de la compétence des autorités européennes, réduisant d'autant le jeu du principe de subsidiarité ». Cela conduit à écarter d'autres critères comme la nature du contrôle ou des intérêts en présence quand la situation présente une dimension locale. Un tel raisonnement, centré sur les objectifs et l'aspect transfrontalier, conduit à considérer que si le principe de subsidiarité est applicable, les termes de la liaison compétences/objectifs qu'elle induit ont été respectés[1848]. Aussi, le juge de l'Union n'écarte-t-il pas, purement et simplement, l'application de la subsidiarité à la sphère administrative mais privilégie une approche ascendante du principe afin de légitimer l'intervention de l'Union via la dimension transnationale de l'activité.

821. Il arrive que le principe de subsidiarité soit, purement et simplement, inapplicable comme c'est le cas dans le domaine de la politique économique et monétaire, en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit, où le principe est « dépourvu de pertinence » lorsque sont en cause les modalités d'exercice décentralisée d'une compétence exclusive de la BCE[1849]. En ce domaine, la BCE s'est vu transférer la compétence exclusive pour conduire les missions prudentielles tandis que la mise en œuvre de missions à l'égard d'entités moins importantes est déléguée aux autorités nationales sous son contrôle. Il ne s'agit donc pas tant d'une répartition des compétences entre BCE et autorités nationales que d'une mise en oeuvre décentralisée des compétences exclusives de la BCE. La BCE est d'ailleurs seule compétente pour déterminer les circonstances dans lesquelles la surveillance d'une entité devant relever de sa surveillance peut être confiée à une autorité nationale. Ceci s'explique par la nature spécifique et le haut degré d'intégration de l'Union économique et monétaire. Dans le Système européen de banques centrales, l'autonomie institutionnelle et procédurale est d'ailleurs souvent déniée[1850]. L'on peut donc considérer qu'à coté de la subsidiarité législative — applicable à l'action du législateur — existe une subsidiarité administrative, hors le cas particulier de l'Union économique et monétaire. À l'instar de la subsidiarité législative, la subsidiarité administrative permet de légitimer l'accroissement des compétences des institutions européennes en matière d'exécution du droit de l'Union.

[1848] POTVIN-SOLIS L., Compétences partagées et objectifs matériels », précité, p. 75.

[1849] TUE, 16 mai 2017, *Landeskreditbank Baden-Württemberg / BCE*, aff. T−122/15, pt 65. Le recours en annulation formé par une banque d'investissement allemande contre la décision de la BCE la qualifiant d'entité importante fut rejeté. La banque a donc été soumise à la surveillance directe de la BCE dans le cadre du Mécanisme de surveillance unique. Elle avait fait valoir qu'au regard de son profil de risque faible, elle pouvait relever de la surveillance de l'autorité nationale.

[1850] MARTUCCI F., « *Système européen de banques centrales – Banque centrale européenne et Eurosystème – organisation* », *JCl. Europe Traité*, fasc. 243, pts 63 et s ; PLATON S. « L'autonomie institutionnelle », précité.

2. L'instrumentalisation fonctionnelle du principe de subsidiarité au contentieux : une orientation exclusivement ascendante

822. L'analyse approfondie de la jurisprudence révèle que malgré la forte ambiguïté du principe, et en dépit des allégations doctrinales, la subsidiarité a joui d'une certaine notoriété auprès des requérants, comme l'atteste son invocation massive au contentieux. Il est vrai que ce sont principalement les entreprises, plus que les personnes physiques ou les États membres, qui se sont hâtées de brandir le principe de subsidiarité à l'encontre des décisions litigieuses de la Commission. La lecture des arrêts qui mentionnent ce principe ont été rendus le plus souvent, et de façon tout à fait logique, dans les domaines de l'administration partagée caractérisée par une forte intrication des compétence d'exécution, nationale et européenne. C'est notamment le cas du droit de la concurrence (surtout après la décentralisation de 2003[1851]), des fonds structurels, tels que le Fonds européen d'orientation et de garantie agricole (FEOGA), le Fonds social européen (FSE), les fonds européen de développement régional (FEDER), i.e la politique de cohésion économique, sociale et territoriale ainsi que le droit de l'environnement ou encore le marché intérieur. Ces domaines se caractérisent tous par l'intervention conjointe des autorités nationales et des institutions de l'Union dans la mise en oeuvre du droit de l'Union.

823. Avant d'examiner plus en détail la façon dont le principe de subsidiarité tend à être instrumentalisé au contentieux, dans un sens favorable à l'action administrative de l'Union (b), il importe de revenir sur une confusion inhérente à la notion même de co-administration et qui concerne la double fonction d'exécution et de contrôle de la Commission. L'analyse des pouvoirs de cette dernière sous l'angle d'un principe comme la subsidiarité a permis de mettre en lumière une ambiguïté pouvant conduire à brouiller la frontière entre ce qui relève des compétences d'exécution des États, des compétences de la Commission en tant qu'organe d'exécution et de ses compétences de contrôle au titre de gardienne des traités (a).

a. La nécessité de distinguer les fonctions d'exécution et de contrôle de la Commission dans le cadre de la co-administration

824. En tant que gardienne des traités, la Commission a une responsabilité particulière et est la « responsable ultime » de l'action des administrations nationales co-responsables de l'exécution des politiques nationales gérées en partenariat[1852]. Aux termes de l'article 17

[1851] Néanmoins, à des fins stratégiques, les entreprises n'ont pas attendu la réforme de 2003 visant à décentraliser la mise en oeuvre du droit de l'Union pour invoquer le principe de subsidiarité. Dès l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, ces dernières s'en sont emparées au contentieux.

[1852] Résolution du Parlement européen reportant la décharge relative à l'exercice 1997», PE 230.650, p. 7.

TUE, elle veille à l'application des traités ainsi que du droit dérivé et surveille l'application du droit de l'Union sous le contrôle de la Cour de justice. Elle exécute le budget, gère les programmes, exerce des fonctions de coordination, d'exécution et de gestion conformément aux conditions prévues par les traités. L'article 317 TFUE indique, par ailleurs, que la Commission exécute le budget en coopération avec les États membres, sous sa propre responsabilité et dans la limite des crédits alloués, conformément au principe de la bonne gestion financière. A cette fin, les États doivent coopérer avec elle.

825. A y regarder de plus près, l'exécution du droit de l'Union est dominée par l'omniprésence de la Commission. Il serait tentant de conclure à une co-administration généralisée à tous les domaines de mise en oeuvre du droit de l'Union. En réalité, comme l'a relevé J. Ziller, les particularités du système de séparation des pouvoirs dans l'Union brouillent l'analyse[1853]. En effet, même si la Commission est dotée de compétences d'exécution dans un grand nombre de domaines, il faut distinguer ses différentes fonctions, notamment les compétences d'exécution *stricto sensu* de son pouvoir de contrôle ou de surveillance général. Si les premières peuvent être directement fondées sur les dispositions du droit primaire ou des actes de droit dérivé, c'est-à-dire sur habilitation du législateur, sa fonction de surveillance est généralisée. En vertu de l'article 17 TUE, la Commission « veille à l'application des traités ainsi que des mesures adoptées par les institutions » et « surveille l'application du droit de l'Union ». Fatalement, cette fonction de contrôle conduit, en pratique, la Commission à jouer un rôle dans la mise en oeuvre du droit de l'Union, même dans une hypothèse d'administration dite indirecte. Il convient donc de distinguer sa fonction d'exécution *stricto sensu* de sa fonction de surveillance. J. Ziller a relevé une tendance de la doctrine à confondre ces deux modalités, conduisant des auteurs à évoquer une forme de co-administration « du fait que la Commission intervient dans l'exécution d'une politique qui relève à première vue de l'exécution par l'Etat membre »[1854]. L'erreur d'analyse réside dans une double confusion, à la fois organique — les fonctions d'*exécution* et de *surveillance* étant exercées par le même organe — et textuelle car certains actes de droit dérivé prévoyant les modalités de l'exécution peuvent rappeler ou préciser les modalités de da fonction de surveillance qui pré-existe. Même dans les hypothèses ou seules les autorités nationales sont chargées de l'exécution, la Commission doit pouvoir, en tant qu'organe de surveillance, exercer un contrôle sur l'application correcte des règles européennes, cette dernière étant elle-même placée sous contrôle juridictionnel de la Cour de justice.

[1853] ZILLER J., « Exécution centralisée et exécution partagée,…précité p.132

[1854] *Ibid*.

826. Aussi la Commission peut-elle utiliser ses pouvoirs de surveillance « pour assurer non seulement le respect formel du droit mais aussi celui des orientations politiques inscrites dans le droit de l'Union. Il n'en reste pas moins qu'elle exerce alors une fonction de surveillance et de contrôle et non d'exécution »[1855]. Le fait de pouvoir introduire des recours en manquement ne confère, par ailleurs, aucun pouvoir hiérarchique à la Commission sur les États. À cet égard, le contentieux relatif au système d'échange de quota d'émission de gaz à effet de serre est révélateur. Dans ces affaires, la distinction entre la fonction d'exécution et la fonction de contrôle de la Commission a été mise en lumière par le juge. Dans l'arrêt *Estonie c/ Commission*[1856], l'État requérant soutenait que la Commission avait excédé ses compétences découlant des articles 9, 3 et 11 de la directive 2003/87/CE, en adoptant sa décision relative à un plan national d'allocation dans la mesure où son élaboration relevait de la compétence des seuls États. La Commission devait quant à elle « se limiter à contrôler si ce plan est compatible avec les critères énoncés à l'annexe III ainsi qu'à l'article 10 de la directive ». Le Tribunal se fondait expressément sur le principe de subsidiarité pour préciser la façon dont la directive prévoyait la répartition des compétences. Le Tribunal affirmait qu'il incombait à la Commission, « dans le cadre de l'exercice de son pouvoir de contrôle, en vertu notamment des articles 211 CE et 226 CE, de démontrer, à suffisance de droit, que les instruments utilisés par l'État membre à ce titre sont contraires au droit communautaire ». Le Tribunal a estimé que s'agissant de la mise en œuvre de la directive, il découlait des articles 9, 3 et 11 de celle-ci que l'État était seul compétent pour élaborer le plan et prendre les décisions fixant la quantité totale de quotas à allouer. La Commission était, pour sa part, dotée d'un simple pouvoir de contrôle. Si dans l'exercice de son pouvoir de contrôle, la Commission avait une marge d'appréciation, le juge, dans le cadre de son contrôle de légalité, devait exercer un contrôle complet quant à la bonne application par la Commission des règles européennes. Au terme de son examen, le juge a estimé que la Commission n'était pas en droit de substituer son analyse à l'appréciation effectuée par l'État, ni de rejeter son plan. En effet, admettre que la Commission avait le pouvoir de faire prévaloir sa propre analyse aurait conduit à vider de leur sens les dispositions de la directive attribuant aux États, en vertu du principe de subsidiarité, les compétences pour élaborer un plan national d'allocation. Mais au-delà de cet aspect, l'on se demandera si le juge de l'Union peut également avoir recours au principe de subsidiarité pour réguler l'exercice des compétences d'exécution, notamment dans les hypothèses de co-administration où les autorités nationales et les institutions européennes sont amenées à intervenir conjointement.

[1855] *Ibid.*

[1856] TUE, 23 septembre 2009, *Estonie c/Commission,*T−263/07.

b. La dynamique ascendante du principe de subsidiarité dans le contentieux de la co-administration

827. En dépit d'une invocation fréquente du principe de subsidiarité, dans le contentieux de la mise en oeuvre du droit de l'Union, que ce soit par les particuliers ou les États membres, la jurisprudence se révèle assez pauvre, pour ne pas dire décevante. Il ressort de l'analyse des arrêts du Tribunal et de la Cour une orientation exclusivement ascendante du principe de subsidiarité, lorsque le juge accepte de contrôler l'acte litigieux au regard du principe. Si le modèle classique de l'administration indirecte tendait à mettre l'accent sur le caractère décentralisé de la mise en oeuvre du droit de l'Union, et semblait constituer à ce titre une expression de la subsidiarité descendante, sur le modèle du fédéralisme d'exécution, il apparait que le cadre de l'administration partagée se prête, le plus souvent, à l'activation de l'aspect ascendant du principe de subsidiarité. Le contrôle juridictionnel de subsidiarité des actes administratifs litigieux conduit le juge à valider, de façon systématique, les décisions des institutions et organes de l'Union au terme d'un examen pour le moins restreint. Sans qu'il soit utile de livrer une analyse complète de la jurisprudence, l'on se bornera à indiquer quelques arrêts. Précisons qu'au contentieux, la subsidiarité peut être invoquée comme principe d'interprétation ou à titre de moyen autonome pour contester les décisions même si, pour l'heure, ni la Cour ni le Tribunal n'ont jamais annulé un acte de la Commission sur ce fondement. Les exemples tirés de l'administration des fonds structurels et du droit de la concurrence confirment que le juge appréhende la subsidiarité de façon fonctionnelle.

828. En ce qui concerne la discipline des fonds structurels, introduite par le règlement *1260/1999,* exemple-type de co-administration, le contentieux engendré par les décisions de la Commission écartant du financement des dépenses effectuées par les États au titre du Fonds européen d'orientation et de garantie agricole a donné lieu à de nombreux recours en annulation fondés sur la subsidiarité. Tout en acceptant d'examiner ce moyen, le juge valide systématiquement les décisions de la Commission, estimant que celle-ci a respecté le principe. Que la subsidiarité soit invoquée seule ou combinée au principe d'autonomie procédurale le contrôle aboutit toujours à valider la décision litigieuse. L'arrêt *Portugal c/ Commission* du 17 juin 2009 constitue la première affaire pertinente en ce domaine[1857]. L'État requérant demandait l'annulation d'une décision de la Commission écartant du financement certaines dépenses effectuées au titre du FEOGA en ce qu'elle excluait certaines dépenses effectuées par le Portugal dans le secteur des cultures arables. Le Portugal soulevait à l'encontre de la conclusion de la Commission selon laquelle les contrôles avaient été

[1857] TUE, 17 juin 2009, *Portugal c/ Commission,* aff. T−50/07.

réalisés de manière tardive, un moyen tiré d'une violation de la subsidiarité. Il faisait valoir que les États sont tenus, sous contrôle de la Commission, de mettre en œuvre le régime de contrôles prévu dans le règlement n° 2419/2001 pour satisfaire au principe d'efficacité posé par ce dernier. La Commission aurait donc dû tenir compte de l'efficacité de la méthode de contrôle utilisée par le Portugal. L'État ajoutait qu'en l'absence d'une méthode de contrôle déterminée par la Commission, celle-ci ne pouvait, sans violer la subsidiarité, imposer que les contrôles soient effectués avant ou après la récolte. Le Tribunal a accepté d'examiner le moyen en relevant que le Portugal faisait valoir qu'en l'absence d'une règle imposant que les contrôles soient effectués avant ou après la récolte, d'une part, la Commission ne pouvait imposer de tels contrôles et, d'autre part, qu'il appartenait aux États de mettre en œuvre le régime de contrôles prévu par le règlement. Le Tribunal a toutefois estimé que l'argument ne pouvait prospérer. Le juge a relevé que si la responsabilité du contrôle des dépenses incombe d'abord aux États, la Commission est responsable de l'exécution du budget. À ce titre, elle doit vérifier les conditions dans lesquelles les paiements sont effectués et financer les dépenses si les conditions offrent toutes les assurances nécessaires quant à la conformité au droit de l'Union. Le Tribunal a relevé que la Commission, en sa qualité d'institution chargée du financement, doit avoir les moyens d'effectuer toutes les vérifications relatives à la gestion des dépenses qu'elle juge nécessaires. Poursuivant son analyse, le juge a déclaré que l'obligation d'effectuer les contrôles de façon à assurer la vérification efficace du respect des conditions pour l'octroi des aides implique que ces contrôles permettent de vérifier avec précision la qualité des cultures faisant l'objet d'une demande d'aide. Dans un souci d'efficacité, les contrôles sur les superficies consacrées aux cultures arables devaient donc être effectués avant la récolte. Le juge a estimé qu'en tout état de cause plus les contrôles sont tardifs, plus il est probable que la Commission pourra raisonnablement conclure que lesdits contrôles n'offrent pas le niveau attendu de garantie de régularité des demandes et que le risque de pertes pour le FEOGA sera significatif. C'est pourquoi, l'élément temporel pertinent aux fins d'apprécier le caractère tardif des contrôles effectués par un État concernant les cultures arables pouvait correspondre à la période de la récolte. Le Tribunal en a donc conclu que c'est sans violer la subsidiarité que la Commission a, en sa qualité de responsable de l'exécution du budget communautaire, apprécié l'efficacité des contrôles mis en œuvre par le Portugal, concernant les cultures arables et donc, en particulier, la culture de blé dur, en prenant comme période de référence celle qui précède ou suit immédiatement la récolte[1858].

[1858] *Ibid.*, pt 111.

829. L'arrêt *Italie c/ Commission,* rendu le 12 novembre 2015, avait pour objet une demande d'annulation de la décision d'exécution de la Commission écartant du financement de l'Union des dépenses effectuées au titre du FEOGA, du FEAGA et du FEADER, en ce qu'elle contenait des corrections financières forfaitaires concernant des dépenses effectuées par l'Italie[1859]. L'Italie soutenait que la Commission avait violé la subsidiarité en imposant des corrections financières sans tenir compte des procédures pénales qui relèvent de la compétence nationale. Là aussi, le Tribunal a accepté d'étudier le moyen mais a repris exactement le même raisonnement pour conclure au respect du principe de subsidiarité. Le Tribunal a donc estimé que c'est en se fondant sur le pouvoir de contrôle prévu dans le règlement que la Commission a apprécié, dans le cadre du régime des aides à la transformation des agrumes, si le système de contrôle avait été mis en place dans la région de Calabre[1860]. Ce pouvoir de contrôle exercé par la Commission lorsqu'elle a entamé la procédure à l'origine de la décision attaquée était, aux yeux du juge, sans préjudice des mesures que les États doivent prendre, en vertu du règlement, à la suite d'irrégularités détectées dans les dépenses mises à la charge du FEOGA[1861]. Par conséquent, c'est sans violer le principe de subsidiarité que la Commission a apprécié, en sa qualité de responsable de l'exécution du budget de l'Union, l'existence et l'efficacité du système de contrôles mis en œuvre par l'Italie dans la région de Calabre, dans le cadre du régime des aides à la transformation des agrumes.

830. Le deuxième domaine d'administration partagée dans lequel l'invocation de la subsidiarité est récurrente concerne la mise en oeuvre du droit européen de la concurrence et oppose, cette fois-ci, non plus les États mais les entreprises à la Commission. Le droit des pratiques anti-concurrentielles a toujours fait l'objet d'un contentieux important même s'il convient de distinguer la période antérieure à l'entrée en vigueur du règlement *1/2003* à celle qui lui est postérieure dans la mesure où ce règlement est à l'origine d'une décentralisation qui a pu être interprétée, par les requérants, comme une expression de la subsidiarité. Dès l'entrée en vigueur du traité de Maastricht qui a consacré la subsidiarité, les sociétés requérantes ont massivement invoqué ce principe dans le cadre des recours en annulation dirigés contre les décisions de la Commission. Bien avant la décentralisation opérée par le règlement *1/2003*, la question de la répartition des tâches entre la Commission et les juridictions nationales s'était posée sous l'angle de ce principe. Dans l'affaire *Van den Bergh*

[1859] TUE, 12 novembre 2016, *Italie c/ Commission*, aff. T-255/13.

[1860] *Ibid*., pt 183.

[1861] *Ibid.,* pt 184.

Foods / Commission[1862], relative à une décision de la Commission déclarant certains accords incompatibles avec le traité, la requérante estimait que la Commission avait violé la subsidiarité dans la mesure où une procédure identique était pendante devant le juge national. La société soutenait qu'aucun intérêt communautaire ne justifiait, en outre, l'intervention de la Commission, dès lors que l'affaire « concernait l'approvisionnement, par une société irlandaise, de consommateurs irlandais, par le biais de détaillants irlandais, en produits spécifiques au marché irlandais »[1863]. Le Tribunal a accepté d'examiner le grief en rappelant toutefois que si les articles 85.1 et 86 du traité produisent des effets directs dans les relations entre particuliers, cela n'a pas pour conséquence de priver la Commission de son droit de prendre position sur une affaire, même si une affaire identique est pendante devant une juridiction nationale, à condition que le commerce entre États membres soit susceptible d'être affecté, condition qui n'était pas mise en cause en l'espèce[1864]. La situation interne dont se prévalait la requérante n'avait donc pas pour effet d'établir que la Commission avait porté atteinte à la subsidiarité. En outre, la société jouait un rôle important sur le marché de l'Union de sorte que l'affaire avait bien une importance communautaire. Le Tribunal a également relevé que diverses juridictions avaient été saisies. Aussi, l'intervention de la Commission était, aux yeux du juge, appropriée pour garantir l'application cohérente des règles communautaires sur l'ensemble du territoire de l'Union. Enfin, le Tribunal a souligné l'existence d'une compétence exclusive de la Commission pour appliquer l'article 85.3 du traité en vertu de l'ancien règlement. Le fait que la Commission partage sa compétence pour l'application des articles 85.1 et 86 avec le juge interne ne faisait pas obstacle à cette constatation, même lorsqu'une pratique faisait déjà l'objet d'une procédure nationale et que la décision de la Commission était en contradiction avec celle-ci. Le Tribunal a donc estimé que les arguments de la requérante relatifs à la subsidiarité n'étaient pas fondés.

831. Le droit de la concurrence a donné lieu à une instrumentalisation de la subsidiarité aussi bien par les sociétés que par les institutions qui en ont eu une interprétation sélective et instrumentale. En effet, la Commission avait pu déclarer, dans une décision de 1992, qu'« <u>en application des principes de subsidiarité</u> et de décentralisation, elle n'envisageait pas, <u>compte tenu du défaut d'intérêt communautaire</u> résultant de l'effet essentiellement national des

---

[1862] TPI, 23 octobre 2003, *Van den Bergh Foods / Commission*, aff.-65/98,

[1863] La Commission considérait, quant à elle, que la subsidiarité ne pouvait pas porter sur la question de savoir si le droit communautaire devait être appliqué par les juridictions nationales ou par la Commission dans la mesure où cette question avait été réglée depuis longtemps. Selon la Commission, la thèse de la société reposait sur l'idée erronée qu'elle ne pouvait sanctionner une violation du traité si cette violation ne produisait des effets que sur le marché d'un État membre.

[1864] *Ibid.,* pt 197.

pratiques dénoncées dans les différentes plaintes qu'elle a reçues et du fait que plusieurs juridictions françaises en sont déjà saisies, de considérer que les éléments contenus dans ces plaintes lui permettent de réserver à celles-ci une suite favorable... »[1865]. Elle a, par la suite, informé les plaignants que leur demande était rejetée et renvoyée aux juridictions internes[1866]. Cette décision a donné lieu à un litige devant les juges de l'Union au cours duquel cette référence au principe de subsidiarité a été discutée. Dans l'arrêt *Tremblay*[1867], il était ainsi reproché au Tribunal, dans le cadre d'un pourvoi, l'omission d'examiner la référence à la subsidiarité faite par la Commission. Le Tribunal avait estimé que la Commission avait fondé le rejet des plaintes non sur la subsidiarité, mais sur le seul motif d'un défaut d'intérêt communautaire suffisant. Les requérantes affirmaient toutefois que le fondement était l'application erronée de la subsidiarité, le défaut d'intérêt communautaire n'étant invoqué qu'à titre accessoire. Le Tribunal avait, selon elles, commis une erreur de droit en jugeant que la Commission ne s'était pas fondée sur la subsidiarité. En omettant de « se prononcer sur la fausse application par la Commission de ce principe » le Tribunal aurait dénaturé la décision de la Commission[1868]. La Cour a, quant à elle, estimé que si la décision de la Commission se référait explicitement à la notion de subsidiarité, elle devait être « lue dans le contexte du raisonnement général de la décision litigieuse » où il apparaissait clairement que le raisonnement de la Commission pour renvoyer les plaintes aux juges internes s'appuyait sur un défaut d'intérêt communautaire. Ainsi, le Tribunal avait pu considérer que la Commission ne s'était pas fondée sur la subsidiarité en tant que motif autonome de la décision et n'avait donc pas commis d'erreur de droit en omettant d'examiner la référence à ce principe[1869]. Ces affaires montrent une contradiction dans l'application du principe de subsidiarité par les institutions européennes. Si la Commission n'hésite pas à se référer à la subsidiarité pour rejeter une plainte et renvoyer l'affaire aux juridictions nationales, le même principe ne permet pas, aux requérants, de contester l'intervention de la Commission en faisant valoir que les juridictions nationales étaient mieux placées que cette dernière. Ceci s'explique par l'instrumentalisation fonctionnelle de ce principe par la Commission et par la Cour[1870].

[1865] Décision de la Commission du 12 novembre 1992 ayant donné lieu à l'arrêt du 24 janvier 1995, *Tremblay e. a. /Commission* (T-5/93, Rec. p. 11-185). Nous soulignons.

[1866] Point 14 de la décision litigieuse.

[1867] CJCE, 24 octobre 1996, *Tremblay*, aff. C-91/95 P.

[1868] *Ibid.,* pt 21.

[1869] *Ibid.,* pts 24 et 25.

[1870] On retrouve d'ailleurs une approche instrumentale similaire en ce qui concerne la subsidiarité juridictionnelle qui fera l'objet de développements ultérieurs

832. En raison de l'ambiguïté de la subsidiarité, sous l'empire de l'ancien règlement, le juge communautaire a été amené à préciser la signification du principe sur un plan strictement juridique. L'affaire *Raiffeisen Zentralbank Österreich*[1871] avait pour objet des demandes d'annulation d'une décision relative à des amendes infligées par la Commission suite au constat de pratiques concertées. Il s'agissait de huit banques auxquelles la Commission reprochait d'avoir mis en place le *réseau Lombard*[1872]. Devant le Tribunal, les requérantes ont fait valoir que leurs accords constituaient une entente purement nationale. Elles soutenaient que seuls des établissements autrichiens y avaient participé de sorte que seul le marché national était touché. La banque RLB invoquait notamment le principe de subsidiarité qui s'opposait, selon elle, « à une interprétation large de la condition de l'effet interétatique de l'article 81§ 1, CE »[1873]. Toutes les parties requérantes ont fait valoir que l'aptitude de la pratique à affecter le commerce devait être appréciée séparément pour chacune d'entre elles et que les services concernés relevaient de marchés différents. Reprenant sa jurisprudence constante[1874], le Tribunal a estimé que l'affectation des échanges pouvait résulter de la réunion de plusieurs facteurs qui, pris isolément, ne seraient pas nécessairement déterminants[1875]. Le juge a ajouté que l'interprétation large du critère de l'aptitude à affecter le commerce n'était pas contraire au principe de subsidiarité. Il a estimé que puisque le traité prévoit que les conflits entre le maintien d'une concurrence non faussée et d'autres objectifs de politique économique soient résolus par l'application de l'article 81.3, cet article devait être « considéré comme une disposition spéciale mettant en œuvre le principe de subsidiarité dans le domaine des ententes ». Par conséquent, ce principe ne pouvait pas, selon le Tribunal, « être invoqué pour restreindre le champ d'application de l'article 81 CE »[1876].

833. Si, sous l'empire du règlement n°17, l'invocation du principe de subsidiarité s'est révélée inopérante, en raison de la compétence exclusive de la Commission, le règlement n°1/2003 qui a réorganisé la répartition des compétences entre celle-ci et les autorités

---

[1871] TUE, 14 décembre 2006, *Raiffeisen Zentralbank Österreich c/Commission*, aff.jointes T-259/02 à T-264/02.

[1872] Des réunions dans le cadre desquelles les opérateurs concertaient à intervalles réguliers leur comportement quant aux principaux paramètres intéressant la concurrence sur le marché des services bancaires en Autriche

[1873] *Ibid.,* pt 157.

[1874] Selon laquelle « *un* accord entre entreprises, pour être susceptible d'affecter le commerce entre États membres, doit, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres, dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation des objectifs d'un marché unique entre États *Ibid.,* pt 163. Voir aussi: CJCE, 11 juillet 1985, *Remia, aff.*42/84, Rec. p. 2545, pt 22.

[1875] CJCE, 15 décembre 1994, *DLG,* C-250/92, Rec. p. I-5641, pt 54 ; *British Sugar/Commission,* C-359/01 P, Rec. p. I-4933, pt 27.

[1876] *Ibid.,* pt 165.

nationales, dans le cadre d'une décentralisation de l'application des règles de concurrence, a amené les requérants à réinvestir le principe de subsidiarité. Mais si le règlement n°1/2003 a pu être perçu comme mettant en oeuvre la subsidiarité descendante en matière d'application du droit des pratiques anti-concurrentielles, au contentieux, le principe de subsidiarité ne sert qu'à légitimer les interventions de la Commission par rapport à celles des autorités nationales.

834. Dans une affaire *France Télécom c/ Commission* de 2007[1877], la requérante faisait valoir que la Commission avait violé la répartition des compétences telle qu'établie par le nouveau règlement *1/2003* et manqué aux principes de subsidiarité et de coopération loyale. Soulignant que ce règlement avait décentralisé le droit de la concurrence sur la base du principe de subsidiarité, la société faisait valoir que l'autorité nationale était mieux placée pour traiter l'affaire et contestait le fait que l'inspection ait débouché sur un dessaisissement de celle-ci et la réattribution de l'affaire à la Commission. La Commission faisait valoir, quant à elle, que dès lors qu'elle disposait d'une compétence pour appliquer le traité dans des cas individuels, la subsidiarité ne pouvait pas la priver de cette compétence. Le juge a tout d'abord reconnu que le règlement 1/2003 avait mis fin au régime centralisé antérieur en organisant, conformément au principe de subsidiarité, une association plus large des autorités nationales de concurrence habilitées désormais à mettre en œuvre les règles de concurrence. Il a toutefois souligné l'étroite coopération appelée à se développer entre la Commission et les autorités nationales organisées en réseau et le rôle prépondérant de la Commission « chargée de déterminer les modalités concrètes de cette coopération ». Reprenant sa jurisprudence antérieure, le Tribunal a estimé que le règlement ne remettait pas en cause la compétence générale de la Commission. Aussi celle-ci disposait-elle d'un pouvoir d'enquête très étendu qui l'habilitait « en tout état de cause, à décider de l'ouverture d'une procédure relativement à une infraction », ce qui emportait dessaisissement des autorités nationales. Le Tribunal a par ailleurs relevé que le règlement n'établissait pas de règle de répartition des compétences en vertu de laquelle la Commission ne serait pas autorisée à procéder à une inspection lorsqu'une autorité nationale est déjà saisie de la même affaire[1878]. S'agissant, plus spécifiquement, de l'argument tiré d'une violation de la subsidiarité, le Tribunal a indiqué que le règlement n°*1/2003* se limitait à indiquer que son adoption était conforme à ce principe. Citant le protocole d'Amsterdam, le juge a rappelé que le principe de subsidiarité ne remettait pas en question les compétences conférées à l'Union par le traité, telles qu'interprétées par la Cour. Ainsi, ce principe ne pouvait pas remettre en cause les compétences de la Commission,

---

[1877] TUE, 8 mars 2007, *France Telecom SA c/Commission,* aff. T−339/04.

[1878] *Ibid.,* pts 80, 81, 82.

parmi lesquelles figure l'application des règles de concurrence, et en particulier le droit de procéder à des inspections afin d'apprécier la réalité des infractions. De surcroît, le juge ajoutait qu'en toute hypothèse l'action de la Commission était une action préliminaire qui n'emportait pas ouverture formelle de la procédure au sens de l'article 11 du règlement *1/2003*. Aussi l'adoption de la décision n'avait-elle pas pour effet de dessaisir l'autorité nationale. La violation du principe de subsidiarité n'était donc pas établie.

835. Force est de constater la position ambivalente du juge quant à l'application du principe de subsidiarité dans le cadre de la mise en oeuvre des règles de concurrence après l'entrée en vigueur du règlement 1/2003. En effet, le Tribunal affirme, d'un coté, que le règlement *1/2003* met fin au régime centralisé antérieur en organisant conformément au principe de subsidiarité une association des autorités nationales les habilitant à mettre en œuvre le droit de la concurrence (point 79) tout en soutenant, d'un autre coté, que la subsidiarité ne remet pas en cause les compétences de la Commission (point 89). Ce qui est pour le moins contradictoire. L'incertitude du Tribunal sur la question de la subsidiarité transparait dans son analyse des articles du traité et du protocole relatifs au principe et lorsqu'il déclare qu'*en toute hypothèse* l'action de la Commission est *« préliminaire »* de sorte qu'elle n'a pas pour effet de dessaisir l'autorité nationale. Cela montre bien qu'il existe un doute sur l'applicabilité du principe de subsidiarité. Cette incertitude va perdurer dans la jurisprudence postérieure puisque les requérants ne vont cesser d'invoquer ce principe pour remettre en cause les interventions de la Commission. Dans le doute, le juge privilégiera toujours la dimension ascendante du principe de subsidiarité, ce qui le conduira à valider systématiquement les interventions de la Commission.

836. Dans l'affaire *Telefonica Sa*[1879], les requérants faisaient valoir que l'utilisation de l'article 82 CE par la Commission était contraire au principe de subsidiarité. En réponse à l'argumentation des requérants, le juge a estimé que le respect de la réglementation nationale ne les prémunissait pas contre une intervention de la Commission sur le fondement de cet article, d'autant plus qu'aucune disposition n'imposait à la Commission d'établir l'existence de circonstances exceptionnelles pour justifier son action[1880]. Partant, il n'était pas établi que la subsidiarité avait été violée. Là aussi, tout en acceptant de se prononcer sur le moyen tiré d'une violation du principe de subsidiarité, le juge est amené à constater que la Commission pouvait intervenir sans violer le principe. Il ressort de l'examen de la jurisprudence une certaine instrumentalisation du contrôle puisque l'on voit mal dans quelle hypothèse le juge

---

[1879] TUE, 29 mars 2012, *Telefonica SA*, aff. T−336/07

[1880] *Ibid*., pt 299.

pourrait conclure à une violation de la subsidiarité. En résumé, si le règlement n°*1/2003* a mis fin au régime centralisé antérieur, la Commission garde un rôle prépondérant qui n'est jamais affecté par la compétence d'exécution des autorités nationales. Aussi, la Commission est-elle en droit d'ouvrir une procédure même si une autorité nationale traite une affaire. En outre, l'ouverture d'une procédure par la Commission dessaisit les autorités nationales de leur compétences[1881].

837. L'analyse de la jurisprudence révèle que la dimension *descendante* de la subsidiarité administrative est totalement absente des arrêts du juge de l'Union. Bien qu'il accepte d'en contrôler le respect, le juge n'est pas en mesure de remettre en cause une intervention de la Commission pour violation du principe de subsidiarité. Soit il considère que la Commission est plus efficace que les autorités nationales, soit il se fonde implicitement sur des considérations liées à l'effectivité et l'uniformité d'application du droit de l'Union pour favoriser la subsidiarité ascendante. Dans les deux cas, il s'agit d'une manifestation de la subsidiarité-efficacité. Puisque la dynamique de la subsidiarité n'a vocation à jouer que dans un sens, l'on peut considérer que ce principe est inopérant lorsqu'il est invoqué par les requérants.

Section 2. L'instrumentalisation par la Cour de justice du principe de subsidiarité juridictionnelle en fonction des intérêts de l'Union

838. Il est généralement admis que dans le cadre de l'administration indirecte les États membres disposent d'une certaine autonomie, notamment pour assurer l'exécution juridictionnelle du droit de l'Union[1882]. Par « exécution juridictionnelle » il faut entendre que le juge national, juge européen de droit commun selon l'expression consacrée, est investi de la tache d'assurer la mise en œuvre du droit de l'Union, sur le plan contentieux, en tirant les conséquences de sa coopération avec la Cour de justice[1883]. Le principe de l'administration indirecte qui confère une compétence de principe aux administrations nationales, pour mettre en œuvre le droit de l'Union, primaire et dérivé, implique celle du juge national pour s'assurer de la validité de cette mise en œuvre[1884]. Il est loisible de considérer qu'en tant

---

[1881] TUE, 13 juillet 2011, *ThyssenKrupp,* aff.jointes T-144/07, T-147/07, T-148/07, T-149/07, T-150/07.

[1882] NEFRAMI E., Le rapport entre objectifs et compétences : de la structuration et de l'identité de l'Union européenne, précité, p. 11.

[1883] NEFRAMI E., Le principe de solidarité des Etats membres vis-à-vis du droit communautaire:le devoir de loyauté, précité, p. 8.

[1884] SIRINELLI J., La mise en œuvre du droit de l'Union européenne dans le contentieux administratif in Traité de droit administratif européen, 2 éd, AUBY J.-B. Et DUTHEIL de la ROCHERE J. (dirà-), Bruylant, 2014, p. 1007.

qu'institution européenne, la Cour de justice est elle-même liée par la subsidiarité. En effet, ce principe apparaît, sous une forme plus processuelle — juridictionnelle ou judiciaire — « comme le principe régulateur qui est susceptible de rendre compte des compétences respectives du juge communautaire et du juge national en matière de contrôle juridictionnel de l'application du droit né des traités »[1885]. La subsidiarité juridictionnelle a donc pour objet de confier au juge national la responsabilité de veiller à la bonne application du droit de l'Union dans les ordres juridiques internes[1886].

839. Le respect de la subsidiarité juridictionnelle, par la Cour de justice, devrait faire naître une réflexion sur l'objectif du renvoi préjudiciel et sur le rôle que le juge de l'Union doit jouer dans un système juridictionnel décentralisé[1887]. L'idée qu'en ce domaine, la Cour tente d'imposer aux États l'obligation de « penser fédéral » a été maintes fois soulignée[1888]. Une telle approche devrait passer idéalement par le respect des standards de contrôle pour assurer une protection juridictionnelle adéquate des particuliers, une véritable coopération entre juges[1889] et, plus généralement une fonction de responsabilisation des autorités nationales « chargées de penser sinon d'agir, dans toute la mesure des capacités de 'l'État Européen' »[1890]. Là encore, l'approche fédérale nous semble toutefois exclue dans la mesure où la subsidiarité juridictionnelle ne sert pas tant à l'encadrement, par le juge européen, d'une quelconque autonomie, dans une logique de « fédéralisme coopératif », qu'à une instrumentalisation purement fonctionnelle du principe, en fonction des intérêts de l'Union.

840. Nous nous proposerons d'appréhender cette vaste question sous l'angle spécifique de la protection juridictionnelle effective dans la mesure où ce principe nous semble le mieux à même de rendre compte de l'instrumentalisation fonctionnelle du juge lorsqu'il est question d'assurer la bonne application du droit de l'Union. En droit de l'Union, le principe de protection juridictionnelle effective agit au nom du critère d'effectivité, lequel joue dans le cadre de l'autonomie procédurale des États et spécialement des juridictions nationales[1891]. Il est aujourd'hui clair qu'en imposant au juges nationaux de garantir une protection

---

[1885] SIMON D., « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *RAE*, 1998, p. 84-85.

[1886] DUPONT-LASALLE J., La subsidiarité juridictionnelle, précité.

[1887] PELIN-RADUCU I., Dialogue déférent des juges et protection des droits de l'homme, Bruxelles, Editions Larcier, 2014, p. 413.

[1888] LENAERTS K., « Federalism and the Rule of Law: Perspectives from the European Court of Justice », *Fordham International Law Journal*, 2010, Vol. 33, p. 1340 ; AZOULAI L., La formule des compétences retenues, précité, p. 367.

[1889] Déférence, p. 413.

[1890] AZOULAI L., précité, p. 367.

[1891] DUBOS O., « Objectif d'efficacité de l'exécution du droit de l'Union », précité, p. 294 et 310.

juridictionnelle effective aux justiciables, le juge de l'Union a souvent dépassé le seuil de cet encadrement pour parvenir, ainsi que l'a relevé O. Dubos, à un véritable effacement de l'autonomie procédurale[1892]. Notons que les principes de protection juridictionnelle et de subsidiarité juridictionnelle sont étroitement liés, ainsi qu'il ressort de l'article 19 TUE, issu du traité de Lisbonne, en vertu duquel « Les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union ». Alors que la subsidiarité juridictionnelle devrait servir l'objectif de protection juridictionnelle, dans une logique de proximité, l'analyse de la jurisprudence révèle plutôt une tendance de la Cour à instrumentaliser la subsidiarité juridictionnelle et la protection juridictionnelle au service de la seule effectivité du droit de l'Union.

841. Le renvoi préjudiciel qui sert le double objectif d'application uniforme du droit de l'Union et de protection juridictionnelle des justiciables permet à la Cour d'instrumentaliser la subsidiarité juridictionnelle en fonction des objectifs qu'elle entend poursuivre et des intérêts qu'elle tend à privilégier. Au-delà du renvoi préjudiciel, il ressort de l'analyse de la systématique des voies de droit, que l'activation de la subsidiarité juridictionnelle « ascendante » coïncide généralement avec l'objectif d'application effective et uniforme auquel l'application du principe de protection juridictionnelle contribue en tant que *moyen* (paragraphe 1) tandis que l'objectif de protection juridictionnelle effective semble faire l'objet d'une subsidiarité juridictionnelle « descendante » qui se révèle préjudiciable aux requérants non privilégiés (paragraphe 2).

Paragraphe 1. La subsidiarité juridictionnelle ascendante au service de l'uniformité d'application du droit de l'Union : la protection juridictionnelle effective comme moyen

842. Si le mécanisme du renvoi est souvent présenté comme une manifestation du principe de subsidiarité juridictionnelle[1893] en ce que la procédure préjudicielle assure le respect des compétences de chaque juge, l'exigence d'uniformité permet à la Cour de modifier la répartition initiale des compétences juridictionnelles en activant la dimension ascendante de la subsidiarité, tant dans le cadre du renvoi en interprétation que celui en appréciation de validité (A). À cet égard, le principe de protection juridictionnelle effective,

[1892] DUBOS O., Les juridictions nationales, juge communautaire, op. cit., p. 285

[1893] BERROD F., La systématique des voies de droit communautaires, Dalloz, précité, p. 116.

lorsqu'il intervient dans le cadre du renvoi en interprétation, apparait comme un moyen supplémentaire de servir l'effectivité du droit de l'Union, plus qu'un objectif autonome (B).

A. L'activation de la subsidiarité juridictionnelle ascendante dans le cadre du renvoi

843. Le renvoi préjudiciel en interprétation est une expression du principe de subsidiarité juridictionnelle en ce sens que s'il revient à la Cour de justice d'interpréter le droit de l'Union, c'est au juge national de sanctionner les manquements étatiques aux obligations du droit de l'Union[1894]. À cette occasion, le juge de l'Union fournit à la juridiction de renvoi tous les éléments d'interprétation qui permettent à celle-ci d'apprécier la compatibilité de normes de droit interne avec la réglementation de l'Union[1895]. Le contrôle de la légalité des actes nationaux a néanmoins été « centralisé » par la Cour dans la mesure où elle a su utiliser sa fonction interprétative afin d'unifier le contrôle de la « légalité communautaire » en dépit de la compétence de principe des juges nationaux[1896].

844. En effet, l'exigence d'uniformité d'application du droit de l'Union a engendré la nécessité d'une interprétation uniforme des règles européennes. Comme le relève F. Berrod « l'interprétation dynamique et téléologique de la Cour de justice lui a donné le pouvoir de centraliser le contrôle de légalité des actes des États membres, pouvoir qui, en principe, appartenait au juge national »[1897]. Ce rôle unificateur joué par la Cour de justice, en dépit de la lettre des traités[1898], nous l'avons nommé « subsidiarité juridictionnelle ascendante ». En effet, l'analyse de la jurisprudence révèle que l'interprétation de celle-ci laisse généralement peu de marge de manoeuvre au juge interne pour apprécier la légalité d'une mesure nationale même si ce dernier est présumé « mieux placé en vertu du principe implicite de subsidiarité, pour contrôler la légalité communautaire d'une mesure étatique »[1899]. L'exemple traditionnel est le contrôle de proportionnalité de l'entrave aux libertés de circulation. La division de principe qui ressort de l'article 267 TFUE n'a, dans un tel cadre, plus de raison d'être, compte tenu de la nature technique du contrôle de proportionnalité, « en vertu de laquelle tout devient

---

[1894] *Ibid.,* p. 116. Voir l'article 267 TFUE.

[1895] CJCE, 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa*, aff. C-42/07, Rec. p. I-07633, pt. 37

[1896] BERROD F., La systématique, précité, p. 116.

[1897] Ibid., *p. 125*.

[1898] Aux termes de l'article 267 TFUE, la Cour de justice est compétente pour statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation des traités et des actes pris par les institutions de l'Union. Elle n'est pas autorisée, dans ce cadre, à se prononcer sur l'interprétation ou la validité du droit national car il s'agit d'une compétence du juge interne. Seul le recours en constatation de manquement de l'article 258 TFUE lui offre cette possibilité.

[1899] BERROD F., La systématique, précité, p. 121.

une question empirique »[1900]. Pour A. Marzal Yetano « aussi bien la Cour de justice que les tribunaux nationaux vont se préoccuper de l'appréciation des faits, si bien qu'il n'est plus possible de tracer une division de principe sur ce que fait l'une et font les autres. Cette unité fonctionnelle est justement caractéristique de la subsidiarité ». Le principe de subsidiarité impose ici une distribution des compétences juridictionnelles en fonction d'un critère d'efficience : sera compétent le juge qui garantira la réalisation des objectifs visés de la manière la plus efficiente. Le principe de subsidiarité exige par conséquent que le contrôle de proportionnalité soit effectuée par la juridiction capable de le faire au moindre coût[1901].

845. On retrouve ici l'approche fonctionnelle de la subsidiarité exécutive car de la même manière que la Commission est compétente si l'exécution nationale est de nature à mettre en cause l'uniformité du droit de l'Union (291.2 TFUE), de la même manière la Cour de justice est compétente lorsque la compétence du juge national est insuffisante pour que soit assurer l'uniformité d'application du droit de l'Union. Dans cette hypothèse, la Cour se voit « attribuer une compétence exclusive prévalant sur l'intervention du juge national »[1902]. Cette prévalence de la subsidiarité-efficacité sur la subsidiarité-proximité, coutumière en droit de l'Union, trouve sa source dans la notion d'uniformité entendue comme un critère de répartition des compétences — normatives, exécutives, administratives, juridictionnelles — entre les autorités nationales et les institutions de l'Union.

846. Le renvoi préjudiciel en appréciation de validité a donné lieu à la même logique, comme l'atteste la jurisprudence Foto-Frost[1903]. Dans cet arrêt, le juge de l'Union s'est arrogé une compétence exclusive, en dépit de la lettre du traité[1904], pour constater l'invalidité d'un règlement[1905]. Soulignant la nature impérieuse de l'exigence d'uniformité, la Cour a estimé que « des divergences entre les juridictions des États membres quant à la validité des actes communautaires seraient susceptibles de compromettre l'unité même de l'ordre juridique

---

[1900] MARZAL YETANO A., La dynamique du principe de proportionnalité, précité, p. 440.

[1901] *Ibid*.

[1902] SIMON D., La subsidiarité juridictionnelle,précité, spéc., p.87.

[1903] CJCE 22 octobre 1987, *Foto-Frost,* C-314/85, Rec. CJCE p. 4199.

[1904] Là encore, l'article 267 TFUE ne permet pas de valider la jurisprudence de la Cour de justice. Les dispositions du traité distinguent deux types de juridictions : celles qui ont une *faculté* de saisir la Cour (alinéa 2 de l'art. 267 TFUE) et celles qui ont une *obligation* de la saisir (alinéa 3). La lecture du traité laisse peu de doutes sur les intentions des rédacteurs qui ont laissé les juridictions *ne statuant pas en dernier ressort* « libres » de saisir ou non la Cour. En se fondant sur l'impératif de l'*application uniforme du droit de l'Union,* la Cour a instauré une obligation de renvoi pour *toutes* les juridictions, lorsqu'elles estiment qu'une norme de l'Union est invalide. La Cour a ainsi établi une distinction entre *renvoi préjudiciel en interprétation* dans le cadre duquel, conformément à l'article 267 TFUE, seuls les juges statuant en *dernier ressort doivent* saisir la Cour et le *renvoi préjudiciel en appréciation de validité* qui généralise cette obligation à toutes les juridictions afin d'assurer le monopole de la Cour dans l'appréciation de la validité du droit de l'Union.

[1905] Pt 20 de l'arrêt Foto-Frost, précité.

communautaire et de porter atteinte à l'exigence fondamentale de la sécurité juridique »[1906]. C'est pourquoi, les juridictions nationales ne sauraient, à ses yeux, être compétentes pour constater l'invalidité du droit dérivé. C'est donc aux dépens des juges nationaux que la Cour s'est arrogée le pouvoir de constater l'invalidité des actes de l'Union[1907]. On peut considérer que la Cour s'approprie ici « l'exercice d'une compétence qui conformément à l'application de la subsidiarité juridictionnelle, sera mieux exercée par la Cour que par les juridictions nationales, dans un souci d'application uniforme du droit de l'Union »[1908]. Si dans l'arrêt *Foto-Frost*, la Cour a confisqué au juge national la compétence pour apprécier la validité du droit dérivé, il s'agissait d'un contrôle de légalité opéré à l'égard des traités. Cette validité impliquait-elle le respect des constitutions nationales et notamment des droits fondamentaux ? Depuis l'arrêt *Costa*[1909], les rapports entre droits européen et nationaux, même constitutionnels, sont structurés par la *primauté* du premier sur les seconds. Aussi le droit de l'Union s'impose-t-il aux normes législatives comme aux normes constitutionnelles. Dans l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft,* la Cour de justice a affirmé que « l'invocation d'atteintes portées, soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la Constitution d'un État membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet État »[1910]. Aussi les choses sont-elles claires : les juges nationaux ne sont pas compétents pour contrôler la validité du droit de l'Union et ce dernier ne peut être contrôlé, par la Cour de justice, qu'à l'aune du droit primaire de l'Union.

847. Qu'en est-il, dès lors, d'un principe comme la protection juridictionnelle effective sous l'angle du respect de la subsidiarité ? La répartition des compétences juridictionnelles est *a priori* simple puisque le juge national, « arbitre naturel des conflits mettant en cause les droits des individus », est compétent pour protéger le justiciable et ce n'est que de manière exceptionnelle, quand la protection nationale est moins efficace, que le juge de l'Union devrait intervenir[1911]. Comme le relève F. Berrod, la répartition devrait s'ordonner selon un principe de subsidiarité clair : le juge compétent serait « le juge naturel, c'est-à-dire celui dont la compétence induit une protection effective de l'individu »[1912]. Ce n'est pourtant pas de cette façon que la Cour interprète les rapports entre subsidiarité et droit au juge même si le

---

[1906] Pt 15 de l'arrêt Foto-Frost, précité.
[1907] BARAV A., Etudes sur le renvoi, précité,... p.7.
[1908] COURONNE V., Les compétences procédurales des Etats, précité, p. 79.
[1909] CJCE, 15 juillet 1964, Costa, 6/64, Rec. p. 1141.
[1910] CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, Rec. p. 1125, pt 3.
[1911] BERROD F., La systématique, p. 121.
[1912] *Ibid*., p. 1009.

principe de protection juridictionnelle effective a fait une entrée fracassante dans sa jurisprudence. En effet, dès l'arrêt Johnston de 1986[1913], la Cour a posé le principe général du droit au juge[1914]. L'apport de cet arrêt est majeur car, en plus de renforcer le protection des droits fondamentaux, il permet au juge de l'Union d'encadrer l'autonomie procédurale des États membre, *avec* ou *au-delà* des critères d'effectivité et d'équivalence. Cette reconnaissance prétorienne d'un droit à un recours effectif a même servi, dans une logique de subsidiarité juridictionnelle ascendante, de fondement à l'effacement ponctuelle de ladite autonomie[1915]. Dans cette optique, la protection juridictionnelle effective apparait non pas comme un objectif mais comme un moyen au service de l'effectivité du droit de l'Union.

B. La protection juridictionnelle sous l'angle de l'effectivité : objectif ou moyen?

848. La protection juridictionnelle effective apparait comme le deuxième objectif du renvoi préjudiciel, en plus de l'objectif d'une application uniforme du droit de l'Union. Envisagée comme un principe d'encadrement de l'autonomie procédurale, le protection juridictionnelle est étroitement liée à l'effectivité[1916]. En effet, l'application uniforme du droit de l'Union permet aux justiciables de bénéficier des droits issus du droit de l'Union selon l'interprétation livrée par la Cour de sorte que « le renvoi préjudiciel, par l'effectivité qu'il peut assurer dans l'application du droit de l'Union permet d'assurer une protection juridictionnelle effective »[1917]. Ce principe pose trois exigences aux États membres : un droit au juge[1918], un droit à un égal accès au juge[1919] et un droit à une protection provisoire[1920]. L'article 47 de la Charte garantit, du reste, un recours effectif devant un tribunal « indépendant ». La jurisprudence récente a donné l'occasion à la Cour de justice de préciser la notion

---

1913 CJCE, 15 mai 1986, *Johnston c/ Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary,* aff. 222/84, Rec. p. 1651.

1914 Le Droit à un recours effectif et l'accès à un tribunal impartial se trouve consacré aujourd'hui à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux.

1915 DUBOS O., Objectif d'efficacité, précité, p. 310.

1916 Voir ARNULL A., « *The Principle of Effective Judicial Protection in EU Law : an Unruly Horse* ? », ELRev., 2011, vol. 36, p. 51. ; PRECHAL S., WIDDERSHOVEN R., « Effectiveness or Effective Judicial Protection : A Poorly Articulated Relationship », in T. Baume (dir.), *Today's Multi-Laye- red Legal Order : Current Issues and Perspectives : Liber Amicorum in Honour of Arjen W.H. Meij*, Paris, Zutphen, 2011, pp. 283.

1917 NEFRAMI E., Le rôle du juge national, précité, p. 26.

1918 CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. 222/84, *Rec.,* 1986, p. 1651, pt 17 ;. CJCE, 13 mars 2007, *Unibet*, aff. C-432/05, *Rec.,* p. I-2271

1919 CJCE, 1er juillet 1993, *Hubbard*, aff. C-20/92, *Rec.,* p. I-3777, pt 9.

1920 CJCE, 19 juin 1990, *Factortame*, aff. 213/89, *Rec.,* p. I- 2433, pt 21 ;CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrick*, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, *Rec.,* p. I-415, pt 20

d'indépendance[1921] et d'affirmer sa vigilance à l'égard de l'indépendance de certaines juridictions nationales au titre des articles 47 de la Charte et 19 TUE[1922].

849. Ainsi que l'a montré E. Neframi, le juge national est à la fois autorité de l'État et partie du système juridictionnel de l'Union[1923]. La dualité de son mandat n'est dès lors pas sans conséquence sur son rôle dans le cadre du renvoi. Dans l'optique du juge-partie du système juridictionnel européen, le renvoi préjudiciel n'est pas seulement une procédure mais « le moyen de réalisation d'un objectif qui est assigné en commun au juge de l'Union et au juge national, à savoir assurer la protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union »[1924]. Sous l'angle de la répartition des compétences juridictionnelles, la question est donc de savoir comment celles-ci vont se répartir pour assurer la protection du justiciable. Le mandat de garant de protection juridictionnelle du juge national contribue non seulement au respect du droit de l'Union mais également au contrôle de légalité des actes des institutions. Or, ces deux objectifs sont précisément « absorbés par l'objectif de protection juridictionnelle qui est assigné tant à la Cour de justice qu'au juge national »[1925]. On retrouve, une fois encore, l'unité fonctionnelle qui caractérise le principe de subsidiarité et qui autorise le déploiement de sa dynamique, ascendante ou descendante.

850. L'analyse de la jurisprudence révèle que, dans le cadre du renvoi préjudiciel en interprétation, la Cour de justice associe clairement les principes d'effectivité et de protection juridictionnelle effective[1926]. Il apparait, dès lors, que la protection juridictionnelle effective sert davantage de « moyen » pour assurer l'effectivité du droit de l'Union (voire d'alibi pour les incursions de la Cour de justice dans les modalités procédurales) que d' « objectif » à proprement parler. C'est en ce sens qu'une partie de la doctrine a interprété l'arrêt de grande chambre *Unibet* de 2007[1927]. Mentionnant l'arrêt *Verholen* de 1991 et le principe de protection juridictionnelle effective, la Cour de justice a exigé de l'État membre, en l'espèce, qu'il prévoit « un système de voies de recours et de procédures permettant d'assurer le respect de ce droit » avant de rappeler les principes traditionnels d'équivalence et d'effectivité. Le juge

---

[1921] Celle-ci comporte un aspect externe qui suppose que le juge soit à l'abri des pressions extérieures (CJUE, 9 oct. 2014, aff. C-222/13, TDC , pt 30) et interne (CJUE, 14 juin 2017, aff. C-685/15, Online Games et a., pt 61).

[1922] CJUE, 27 février 2018, aff. C-641/16, Juizes Portugueses, pts 32 à 52. ;CJUE, 14 juin 2019, aff. C-619/18, Commission c/Pologne, pts 50 ; CJUE, 19 novembre 2019, C- 585/18, C-624/18 et C-625/18, AK pts 120 à 154.

[1923] NEFRAMI E., Le rôle du juge national, précité, p. 23.

[1924] *Ibid*.

[1925] *Ibid*.

[1926] CJCE 11 juillet 1991, *Verholen*, aff. jtes, C-87/90, C-88/90 et C-89/90. Plus récemment : CJCE, 13 mars 2007, *Unibet,* C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163 ; CJUE, 18 mars 2010, *Alassini*, C-317/08, C-319/08 et C-320/08, ECLI:EU:C:2010:146 ; 27 juin 2013, *ET Agrokonsulting*, C-93/12, ECLI:EU:C:2013:432.

[1927] CJCE, 13 mars 2007, *Unibet,* C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163.

de Luxembourg a précisé qu'il revenait aux juridictions nationales d'interpréter les modalités procédurales « dans toute la mesure du possible d'une manière telle que ces modalités puissent recevoir une application qui contribue à la mise en œuvre de l'objectif (…) de garantir une protection juridictionnelle effective des droits que tirent les justiciables du droit communautaire »[1928].

851. L'arrêt *Unibet* et plus largement la jurisprudence de la Cour de justice sur l'effectivité et le droit au juge ont suscité des commentaires peu flatteurs de la part de certains auteurs en raison de la « conception filiative entre les deux outils »[1929]. Selon D.-U. Galetta, la Cour de justice instrumentalise le citoyen à des fins de mise en oeuvre du droit de l'Union et de respect de son effet utile. Si l'effectivité du droit de l'Union est une « finalité », le protection juridictionnelle effective ne serait qu'un « moyen »[1930]. En effet, l'exigence d'effectivité est si forte dans le raisonnement du juge que le principe de protection juridictionnelle tend à assurer la mise en oeuvre effective du droit de l'Union en garantissant l'existence de la norme européenne. Ainsi que le souligne F. Caulet, l'effectivité qui occupe une place prééminente dans l'économie de la jurisprudence se présente comme un « outil fondamental de protection de la validité de la norme européenne »[1931]. Si la protection juridictionnelle effective joue un rôle dans la protection du justiciable et plus largement des droits fondamentaux, ce principe répond surtout « à l'exigence de sauvegarde de l'intégrité de l'application du droit passant par l'intermédiaire des procédures nationales »[1932]. Dans certains cas, l'autonomie procédurale est amoindrie dans le but d'assurer, comme le souligne O. Dubos, une « efficacité optimale » de la norme européenne[1933]. Dans cette optique, l'effectivité, qui se présente comme une expression de la subsidiarité ascendante, sert d'argument à la Cour de justice pour déployer son intervention normative dans un domaine sensible touchant à l'exercice de leur souveraineté par les États membres[1934]. On retrouve ici encore une manifestation de la subsidiarité-efficacité.

852. La question est de savoir si la protection juridictionnelle ne sert pas davantage d'instrument de protection de la norme européenne que de protection des justiciables. Pour B.

[1928] *Ibid,* pts 42; 43, 44.

[1929] COURONNE V., Les compétences procédurales des Etats, précité, p. 236.

[1930] GALETTA D.-U., Procedural autonomy of EU Member States : Paradise Lost? A study on the functionalized procedural competence of EU Member States, précité, p. 21.

[1931] CAULET F., Le principe d'effectivité comme pivot de répartition des compétences procédurales entre les Etats membres et l'Union européenne, RTD Eur. 2012 p.594-29.

[1932] *Ibid*.

[1933] DUBOS O., Les juridictions nationales, juge communautaire, précité, p. 286.

[1934] BERTRAND B.,L'instrumentalisation de l'effectivité comme argument d'extension des compétences in L'effectivité du droit de l'Union européenne. 2018, p. 121-138, spéc.p. 128.

Bertand et J. Sirinelli, « l'encadrement de l'autonomie procédurale souligne la raison d'être du droit au juge en droit de l'Union européenne et l'objectif d'application uniforme du droit qu'il sous-tend »[1935]. Les professeurs suggèrent qu'une instrumentalisation des juridictions nationales au service de la bonne application du droit de l'Union est possible dans la mesure où la jurisprudence de la Cour de Luxembourg repose sur une logique fonctionnelle du droit au juge[1936]. En effet, « le droit au juge en droit de l'Union fait de la protection du justiciable un élément de l'effectivité du droit » même si la logique fonctionnelle n'éclipse pas nécessairement la volonté de protection des particuliers[1937]. Au regard de la jurisprudence plus globale, la thèse de l'instrumentalisation des juges nationaux par la Cour de justice, *via* la subsidiarité juridictionnelle et le droit au juge, n'est toutefois pas à exclure.

Paragraphe 2. La subsidiarité juridictionnelle descendante et l'objectif de protection des justiciables : une instrumentalisation préjudiciable du droit au juge

853. Il arrive que la Cour de justice se montre plus réservée face à la protection juridictionnelle effective et s'abrite derrière la subsidiarité juridictionnelle (descendante) pour laisser le soin aux juges nationaux d'assurer, à leur niveau, la protection des justiciables. De façon peu étonnante, ces hypothèses ne concernent pas les situations dans lesquelles l'uniformité ou l'effectivité du droit de l'Union est menacée mais celles qui ont trait au droit au juge des justiciables. Il s'agit, bien évidemment, de la célèbre mais sulfureuse jurisprudence *Plaumann* (A) qui restreint l'accès des particuliers au prétoire du juge de l'Union. Même si toutes les critiques possibles lui ont déjà été faites, tant par la doctrine que les avocats généraux, cette jurisprudence mérite d'être réexaminée sous l'angle du principe de subsidiarité juridictionnelle et, plus précisément, de son instrumentalisation (B).

A. La protection juridictionnelle effective comme « objectif » : l'obstacle persistant de la jurisprudence Plaumann

854. Le recours par le juge national au mécanisme du renvoi préjudiciel permet, au-delà de l'objectif d'assurer l'application uniforme du droit de l'Union, de garantir une protection effective du justiciable, du moins en principe. La protection juridictionnelle qui constitue le

---

[1935] BERTRAND B. et SIRINELLI J., « Le principe du droit au juge et à une protection juridictionnelle effective », in J.-B.AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), Traité de droit administratif européen, 2e éd, Bruylant, 2013., p. 570.

[1936] Là où la Cour de Strasbourg poursuit une logique de protection des justiciables.

[1937] *Ibid*.

deuxième objectif du renvoi préjudiciel s' « autonomise » dans le cadre du renvoi préjudiciel en appréciation de validité car cette branche de la procédure préjudicielle permet aux particuliers de compenser les difficultés d'accès au juge de l'Union pour contester la légalité des actes des institutions de l'Union[1938]. Dans cette optique, la protection juridictionnelle n'est plus un « moyen » au service de l'effectivité du droit de l'Union, comme cela semble être le cas en matière d'interprétation, mais un « objectif » que poursuivent, ensemble, le juge de l'Union et le juge national. En effet, « le principe de protection juridictionnelle effective, droit subjectif, lie tant la Cour de justice que le juge national dans le champ d'application du droit de l'Union, conformément à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux »[1939]. Ainsi que la Cour de justice l'a récemment indiqué, « l'article 19 TUE, qui concrétise la valeur de l'État de droit affirmée à l'article 2 TUE, confie aux juridictions nationales et à la Cour la charge de garantir la pleine application du droit de l'Union dans l'ensemble des États membres ainsi que la protection juridictionnelle que les justiciables tirent de ce droit »[1940]. Aussi le renvoi préjudiciel en appréciation de validité n'est-il qu'une voie parmi d'autres dans le système juridictionnel de l'Union. Le fait que la Cour de justice ait néanmoins précisé, après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, que l'article 47 de la Charte n'a pas pour objet d'étendre les compétences de l'Union ou de modifier les conditions de recevabilité du recours en annulation des particuliers est révélateur de l'instrumentalisation de la subsidiarité juridictionnelle à laquelle le juge de l'Union se livre[1941].

855. Avant d'examiner plus en détail cette question, il nous faut rappeler le cadre dans lequel s'opère la contestation, devant le juge européen, d'un acte de l'Union par les personnes physiques ou morales qui sont, au sein du système juridictionnel de l'Union, des requérant non privilégiés. Aux termes de l'article 263, alinéa 4, TFUE issu du traité de Lisbonne, ces dernières peuvent former un recours contre les actes dont elles sont les destinataires ou qui les concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui les concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution. Cette troisième hypothèse d'acte réglementaire ne comportant pas de mesures d'exécution est une innovation du traité de Lisbonne. Le nouvel article 263 TFUE interdit implicitement aux particuliers de contester un acte législatif, ainsi qu'il résulte de l'alinéa 1 relatif au contentieux

---

[1938] NEFRAMI E., Le rôle du juge national, précité, p. 26.

[1939] *Ibid. Voir par exemple :* CJUE, 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses,* aff. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117.

[1940] CJUE, ord., 8 avril 2020, *Commission c/ Pologne,* ECLI:EU:C:2020:277, pt 32 ; Voir aussi : CJUE, 24 juin 2019, *Commission/Pologne* (Indépendance de la Cour suprême), C−619/18, EU:C:2019:531, pt 47.

[1941] CJUE, 3 octobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami c/ Parlement et Conseil*, C-583/11P, ECLI:EU:C:2013:625, pts 93- 97.

constitutionnel et de l'alinéa 4 relatif au contentieux administratif, en abandonnant la condition d'affectation individuelle pour les actes réglementaires ne comportant pas de mesures d'exécution mais non pour les actes législatifs[1942]. Ainsi que le souligne, par ailleurs, B. Bertrand, la qualité pour agir qui suppose d'être directement concerné est un indicateur de la répartition verticale de la fonction d'exécution entre l'Union et les États car elle permet de déterminer le niveau ultime de la décision administrative[1943]. Ainsi qu'il a été relevé, la fonction administrative se caractérise de plus en plus par un « empilement des niveaux d'administration », ce qui peut poser problème, en termes d'imputabilité, pour déterminer le juge compétent, étant précisé que le juge de l'Union n'est qu'un « juge direct de l'administration proprement européenne »[1944]. Si en cas d'administration directe, la solution est simple (l'exigence du lien direct étant aisée à établir) l'évidence de cette « subsidiarité juridictionnelle » ne saute pas aux yeux s'agissant des cas de coadministration dans lesquels la détermination du niveau administratif auquel l'acte est imputable se révèle plus difficile[1945].

856. Il reste que si les conditions posées par l'article 263, alinéa 4, semblent vagues, la jurisprudence leur a donné, de façon constante, une interprétation stricte. L'obligation faite aux particuliers de démontrer qu'ils sont individuellement concernés par l'acte dont ils demandent, devant le juge de l'Union, l'annulation a révélé des faiblesses dans le régime d'accès des justiciables au juge européen de l'annulation. Dès son célèbre arrêt *Plaumann*, le Cour de justice a livré une lecture stricte des conditions de recevabilité en ce qu'il fallait que le requérant démontre que l'acte l'atteint en raison de qualités qui lui sont particulières ou d'une situation de fait qui le caractérise par rapport à toute autre personne et l'individualise de manière analogue à celle d'un destinataire[1946]. Dans un arrêt *Jégo-Quéré,* le Tribunal avait tenté, au nom de la protection juridictionnelle effective, d'assouplir la jurisprudence rigoriste relative à l'affectation individuelle en estimant que les particuliers doivent être considérés comme individuellement concernés par un acte si celui-ci affecte, d'une manière certaine et actuelle, leur situation juridique en restreignant leurs droits ou en leur imposant des obligations[1947]. À l'approche réformatrice du Tribunal s'ajoutait celle, plus révolutionnaire, de l'Avocat général Jacobs qui estimait que l'affectation individuelle était caractérisée dès lors qu'en raison de la situation dans laquelle se trouve le requérant, la mesure est susceptible

---

[1942] BERTRAND B., Le juge de l'Union, précité, p. 685-686.
[1943] *Ibid,* p. 668.
[1944] *Ibid*., p. 668.
[1945] *Ibid*..
[1946] CJCE, 15 juillet 1963, aff. 25/62, *Plaumann*, *Rec*. 1963, p. 906.
[1947] Tribunal, 3 mai 2002, aff. T-177/01, *Jego-Quéré c. Commission*, pt 51.

de nuire à ses intérêts de manière substantielle[1948]. Ces propositions de revirement jurisprudentiel furent néanmoins fermement rejetées par la Cour de justice qui, par son arrêt *UPA*, en est revenue à la jurisprudence *Plaumann* selon laquelle ce n'est que dans les cas où un règlement revêt un caractère décisionnel à leur égard que les requérants peuvent demander son annulation[1949]. Faute de remplir cette condition, le recours d'*UPA* était irrecevable. À noter dans cette décision prudente, l'appel du pied de la Cour de justice aux rédacteurs des traités pour changer le système en vigueur à l'époque[1950].

857. C'est dans ce contexte agité que le traité de Lisbonne est venu réviser les conditions de recevabilité du recours en annulation des particuliers. Malgré les espoirs suscités par les modifications introduites par le nouvel article 263 TFUE, évoquées plus haut, celles-ci n'ont pas permis de faire évoluer la jurisprudence. L'arrêt *Inuit*[1951] mit définitivement fin aux espoirs car la Cour refusa de combler la carence dans l'accès des particuliers au juge européen de l'annulation, pourtant clairement identifiée dans l'arrêt *UPA,* en se bornant à appliquer la jurisprudence *Plaumann* relative à la condition de l'intérêt individuel[1952]. Pour autant, l'objectif de garantir une protection juridictionnelle effective n'en est pas moins présent dans le raisonnement du juge qui assure que les conditions de recevabilité « doivent être interprétées à la lumière du droit fondamental à une protection juridictionnelle effective »[1953]. En réalité, il ressort de la lecture de cet arrêt que le droit à une protection juridictionnelle effective doit surtout être assuré par les États. À cet égard, le mécanisme de la subsidiarité juridictionnelle offre à la Cour de justice le moyen, habile mais critiquable, de se décharger sur les juridictions nationales de toute responsabilité en ce domaine.

B. Une instrumentalisation critiquable de la subsidiarité juridictionnelle

858. Dans l'arrêt *Inuit*, la Cour de justice mentionne allègrement le nouvel article 19 TUE issu du traité de Lisbonne qui prévoit que les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union. Elle y voit la consécration de la fonction qu'elle partage en commun avec les juridictions nationales, en vue d'assurer le respect du droit de l'Union, et précise qu'en l'absence de réglementation de l'Union, il appartient à chaque État de désigner, dans le

---

[1948] Conclusions de M. Jacobs présentées le 21 mars 2002 dans l'affaire *UPA*, C-50/00P, § 60.

[1949] CJCE, 25 juillet 2002, Unión de Pequeños Agricultores, aff. C-50/00P, Rec., I-6677., pt 36.

[1950] *Ibid*., pt 45.

[1951] CJUE, 3 octobre 2013, aff. C-583/11P, *Inuit*.

[1952] Cet arrêt confirma également l'interprétation stricte des actes réglementaires, au sens de l'article 263 TFUE, en excluant l'acte législatif de cette catégorie.

[1953] *Ibid*., pt 98.

respect des principes d'effectivité et d'équivalence, les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union[1954]. Elle ajoute que si le traité a institué certaines actions directes pouvant être exercées par des particuliers devant le juge de l'Union, l'article 19 n'a pas entendu créer devant les juridictions nationales des voies de droit autres que celles établies par le droit national, sauf si la seule voie d'accès à un juge était pour les justiciables de se voir contraints d'enfreindre le droit [1955].

859. Pour finir, la Cour de justice affirme que l'article 47 de la Charte n'exige pas qu'un justiciable puisse, de manière inconditionnelle, intenter un recours en annulation devant le juge de l'Union, contre des actes législatifs de l'Union, pas plus que l'article 19 TUE n'exige qu'il puisse former des recours contre de tels actes, à titre principal, devant les juridictions nationales[1956]. Il ressort du raisonnement global que l'impossibilité pour les particuliers non individuellement concernés par l'acte législatif, d'agir directement devant le juge de l'Union, trouve une solution dans l'existence d'autres voies de recours. Celles-ci existent, à titre principal, dans les États membres et, subsidiairement, dans l'Union. Les multiples références à l'article 19 TUE semblent consolider la jurisprudence *UPA* en ce qu'il revient, à titre principal, aux juridictions nationales de garantir la protection des justiciables. La solution n'est toutefois pas sans susciter des critiques ni soulever quelques interrogations.

860. L'on reconnait dans le raisonnement consistant à laisser aux États membres, notamment à leurs juridictions, la charge d'assurer la complétude des voies de recours, la technique de la subsidiarité juridictionnelle bien connue de la doctrine[1957]. Le refus de la Cour de combler d'elle même la lacune inhérente à la jurisprudence *Plaumann,* aggravé par l'absence de précision concernant les modalités entourant les voies de droit internes est ce que nous avons nommé, plus précisément, « subsidiarité juridictionnelle descendante ». Celle-ci se manifeste par la tâche, assignée aux États membres, de veiller à combler eux-mêmes les carences affectant les recours directs devant le juge de l'Union.

861. Pour la Cour de justice, cette tâche leur incombe en vertu de l'article 19 TUE. Or, certains auteurs estiment que le principe d'effectivité des recours, consacré par cet article et reconnu de longue date par la jurisprudence, ne saurait avoir cette portée car cela reviendrait à

[1954] *Ibid*., pts 90, 99, 100, 101et 102.

[1955] *Ibid*., pts 103 et 104.

[1956] *Ibid*. pt 105,106,107.

[1957] GILLIAUX, « L'arrêt Unión de Pequeños Agricultores : entre subsidiarité juridictionnelle et effectivité », *CDE*, 2003, p. 181.

dispenser la Cour de justice de l'obligation de respecter elle-même le droit à un recours juridictionnel effectif consacré par ailleurs à l'article 47 de la Charte[1958]. Celle-ci considère que les États répondent aux conditions de l'article 47 dès lors que des recours permettent, fût-ce façon incidente, d'assurer aux justiciables le respect des droits qu'ils tirent du droit de l'Union dans le respect traditionnel des principes d'équivalence et d'effectivité. Dans ce cadre, les particuliers peuvent contester la légalité d'une décision relative à l'application d'un acte européen, en excipant de l'invalidité de ce dernier. L'ambiguïté du raisonnement a conduit une partie de la doctrine à voir dans cet arrêt « la consécration d'un droit de recours direct contre toutes les mesures d'exécution de l'acte législatif européen ou, à tout le moins, contre la dernière d'entre elles » bien qu'une telle interprétation s'éloigne de l'arrêt *Unibet* « qui avait exclu, certes sous réserve du principe d'effectivité, que le principe de protection juridictionnelle effective aille jusqu'à exiger la création, en tant que telle, d'un recours permettant de contester, de manière autonome et à titre principal, la compatibilité du droit interne au droit européen »[1959].

862. De plus, l'arrêt *Inuit* reste muet sur l'hypothèse dans laquelle aucun acte national n'exécute l'acte législatif de l'Union directement applicable[1960]. En consacrant le principe selon lequel il revient aux États membres de suppléer, par des procédures mal définies, au déficit du système juridictionnel de l'Union, la Cour de justice reconnait qu'à défaut d'actes nationaux, il n'y aura aucun recours. Aussi le particulier sera-t-il confronté à l'impossibilité de saisir un juge national compétent[1961]. La question de l'effectivité de la protection des justiciables se pose avec force car même si le justiciable parvient à introduire une demande devant le juge national, le détour par les procédures internes ne peut qu'engendrer de graves difficultés.

863. En outre, l'arrêt *Inuit* pose des problèmes de cohérence vis-à-vis de la jurisprudence antérieure. L'arrêt soulève notamment des interrogations au regard de la jurisprudence *Foto-Frost* par laquelle la Cour de justice a, dans une logique de subsidiarité ascendante, confisqué aux juridictions nationales la compétence de constater l'invalidité des actes de l'Union. Aussi est-il regrettable de refuser aux particuliers l'accès direct au prétoire du juge qui est naturellement compétent pour se prononcer sur la question de la légalité du droit de l'Union.

[1958] WAELBROECK D., et BOMBOIS T., «Des requérants "privilégiés" et des autres... À propos de l'arrêt *Inuit* et de l'exigence de protection juridictionnelle effective des particuliers en droit européen», ces *Cahiers*, 2014/1, pp. 21 à 76., spéc.p. 38.

[1959] *Ibid.,* p. 40.

[1960] Il semble que l'obligation de coopération loyale ne saurait imposer aux États de créer un accès au juge en l'absence de tout acte étatique. En ce sens : Conclusions dans l'affaire C-133/12P, *Stichting Woonlinie, pt 35*.

[1961] WAELBROECK D., et BOMBOIS T., «Des requérants "privilégiés" et des autres, précité, p. 45.

Il nous semble que, de la même façon que pour la jurisprudence *Foto-Frost*, la Cour aurait dû se reconnaitre compétente, au nom de la protection juridictionnelle effective, pour centraliser de tels recours en annulation.

864. En effet, nous rejoignons l'analyse de D. Waelbroeck et T. Bomboist qui considèrent que « mieux que les juridictions nationales, la Cour de justice est en particulier en mesure d'examiner les vingt-quatre versions linguistiques différentes de chaque disposition en cause, et est beaucoup plus familiarisée avec la terminologie du droit européen et avec ses méthodes d'interprétation. L'expertise en la matière des juridictions nationales n'est donc jamais comparable à celle de la Cour de justice. Par ailleurs, seule la Cour de justice a la possibilité de se prononcer sur des questions de légalité du droit dérivé pour la totalité du territoire de l'Union européenne. Qui plus est, dès qu'il existe un quelconque doute sur la légalité de la disposition en cause, la question doit être renvoyée, en tout cas, par les juridictions de dernier ressort. Une même obligation de renvoi pèse sur toutes les juridictions nationales lorsqu'elles considèrent qu'il y a lieu d'invalider la disposition de droit dérivé. Il n'y a donc guère d'économie en termes de charge de travail pour l'institution 'Cour de justice' (sauf à présumer un non-respect par les juridictions nationales des exigences de renvoi préjudiciel) »[1962]. Aussi l'efficacité justifierait-elle, en termes de subsidiarité, la compétence de la Cour de justice.

865. L'approche décentralisatrice de l'arrêt *Inuit* est d'autant plus étonnante si on la compare avec le souci de la Cour de justice de centraliser le contentieux de la responsabilité extra-contractuelle de l'Union. Encore une fois, nous rejoignons l'analyse des deux auteurs qui estiment que « cette politique jurisprudentielle est justifiée par la volonté de la Cour de se réserver à titre exclusif l'examen de légalité de l'exercice par les institutions européennes de leurs pouvoirs, vu les questions sensibles que cet examen soulève. Or, il en va du contentieux de la responsabilité comme du contentieux de la légalité *stricto sensu* »[1963].

866. L'observation formulée à l'époque par P. Gilliaux dans son commentaire de l'arrêt *UPA* concernant la subsidiarité juridictionnelle dont usait la Cour de justice pour réguler les flux contentieux est tout aussi valable aujourd'hui, dans le contexte de l'arrêt *Inuit*, même s'il convient d'en accentuer la critique tant cette attitude persistante de la Cour se révèle préjudiciable pour une protection juridictionnelle effective. L'auteur montrait que la subsidiarité juridictionnelle et l'autonomie procédurale ne conféraient aux États membres qu'une liberté dont l'encadrement par le juge de l'Union pouvait varier selon les

---

[1962] *Ibid.*, p. 47.

[1963] *Ibid.*

circonstances et les procédures[1964]. Nous sommes d'avis que cette variation du curseur dans la subsidiarité juridictionnelle est liée aux objectifs et aux intérêts poursuivis par la Cour de justice. En effet, la Cour n'hésite pas à s'immiscer dans les modalités procédurales des États membres et à réviser les traités lorsqu'est en cause, selon elle, l'uniformité ou l'effectivité du droit de l'Union. À ce titre, elle mobilise, dans le cadre du renvoi en interprétation, la protection juridictionnelle effective (en tant que « moyen » en liaison avec l'effectivité) pour imposer, dans une logique de subsidiarité juridictionnelle ascendante, des obligations toujours plus importantes aux juges nationaux[1965].

867. Au contraire, lorsqu'est uniquement en cause la protection juridictionnelle effective qui constitue le deuxième objectif du renvoi préjudiciel, elle tend à se réfugier derrière la subsidiarité juridictionnelle descendante au motif que les juges nationaux sont mieux placés qu'elle pour protéger les justiciables. Ne s'agit-il pas là d'une instrumentalisation de la subsidiarité-proximité en vertu de laquelle les juges internes (juges européens de droit commun) sont les juges naturels des particuliers qui souhaitent faire respecter les droits qu'ils tirent du droit de l'Union ? La subsidiarité-efficacité qui exigerait une intervention/centralisation du juge de l'Union est ici totalement occultée. La raison réside dans le manque d'intérêt de la Cour de justice à l'égard de l'objectif de protection juridictionnelle lorsque l'effectivité du droit de l'Union n'est pas menacée. En effet, l'uniformité d'application n'est pas en danger car en vertu de la jurisprudence *Foto-Frost,* les juges nationaux ont l'obligation de procéder à un renvoi en appréciation de validité dès lors que la question de l'invalidité d'un acte européen surgit.

868. Relevons que dans l'affaire *Inuit*, comme dans l'arrêt *UPA,* la Cour de justice prétend refuser de s'engager dans une révision prétorienne des traités. Pourtant, cette déférence n'a pas toujours était de mise lorsque le juge de l'Union s'est, par exemple, attribué un monopole dans le contrôle de validité (jurisprudence Foto-Frost) que la lettre du traité ne lui reconnaissait pas. L'on peut également citer la jurisprudence TWD[1966], critiquée par une partie de la doctrine, par laquelle la Cour a inauguré un principe d'exclusivité procédurale au profit du recours en annulation, en faisant jouer la règle de forclusion et en consacrant, ce faisant, une exception de recours parallèle que les juridictions nationales sont tenues

---

[1964] GILLIAUX P., « L'arrêt Unión de Pequeños Agricultores : entre subsidiarité juridictionnelle et effectivité », *CDE*, 2003, p. 202.

[1965] Pour un exemple récent concernant l'indépendance des juges en Pologne : CJUE, 19 novembre 2019, A.K contre Sad Najwyzszy, ECLI:EU:C:2019:982, pts 81-82 et 166-168. Voir aussi arrêt du 24 juin 2019, Commission/Pologne (Indépendance de la Cour suprême), C−619/18, EU:C:2019:531, pt 58.

[1966] CJCE, 9 mars 1994, *TWD Textilwerke Deggendorf*, C−188/92, EU:C:1994:90.

d'opposer aux personne physiques ou morales qui ont négligé d'introduire un recours en annulation[1967]. Il nous semble important d'insister sur le fait que la « prudence » dont fait preuve la Cour de justice en exigeant des États qu'ils veillent à la complétude des voies de recours tout en s'abstenant de fournir des précisions à ce sujet est à mettre en relation avec ses positions plus audacieuses et l'interventionnisme dont elle a souvent fait preuve, qui tranchent avec la jurisprudence *Plaumann*. P. Gilliaux rappelait, déjà à l'époque, qu'il n'est pas rare que le droit de l'Union saisisse les droits nationaux pour les contraindre dans des domaines où s'incarne pourtant la souveraineté nationale comme l'ordre public, la fiscalité directe ou encore la sécurité sociale[1968]. En effet, l'appréciation de l'effectivité peut conduire la Cour de justice à s'immiscer, dans le cadre du renvoi en interprétation, dans les modalités procédurales des recours prévus par les États membres.

869. Le respect du droit au juge s'impose, faut-il le rappeler, tant aux États membres qu'à l'Union européenne. C'est pourquoi, l'appréciation de l'effectivité de la protection juridictionnelle devrait s'effectuer au regard de l'articulation des voies de droit nationales et européennes. La question épineuse du droit au juge est récurrente, dans l'Union, car les juges nationaux sont, en vertu du principe de subsidiarité juridictionnelle, les juges européens de droit commun. Comme le souligne V. Covolo, « le droit au juge sous-entend avant tout de déterminer quel juge » car « à l'image du partage vertical des compétences, le système des voies de recours dans l'UE s'ordonne selon la règle de subsidiarité juridictionnelle »[1969]. Or tel qu'interprété par la Cour de justice, la subsidiarité juridictionnelle assume une double fonction dans la délimitation du droit au recours juridictionnel effectif : si la subsidiarité peut être mise au service de l'effectivité du droit de l'Union, le même principe peut également servir d'argument pour restreindre l'accès direct au prétoire du juge de l'Union[1970]. Dans la première hypothèse, le principe permet aux particuliers de faire effectivement valoir les droits et libertés qu'ils tirent du droit de l'Union au niveau national et le juge national offre, dans cette hypothèse, un accès indirect au prétoire du juge européen via le mécanisme du renvoi. Dans la seconde hypothèse, la subsidiarité n'est qu'un outil qui sert à gérer le flux de contentieux et qui permet à la Cour de justice de se décharger sur les juges nationaux.

[1967] Cet arrêt s'inscrit dans la même logique que l'arrêt *Foto-Frost* dans lequel la Cour a opéré une liaison entre *recours en annulation* et *renvoi préjudiciel en appréciation de validité*. Si dans *Foto-Frost,* la Cour s'est appuyée sur le *parallélisme* des voies pour se reconnaitre une *compétence exclusive* en matière d'appréciation de la validité des actes de l'Union, dans *TWD*, la Cour semble hiérarchiser ces procédures en faisant du renvoi un voie de droit subsidiaire par rapport au recours en annulation, relativisant ainsi l'autonomie de celui-ci.

[1968] GILLIAUX P., « L'arrêt Unión de Pequeños Agricultores : entre subsidiarité juridictionnelle, précité, p. 191.

[1969] COVOLO V., "Et la judiciarisation de l'espace pénal fut... mais où se cache le juge pénal européen ?", CDE, 2011, pp. 103-154.

[1970] *Ibid*.

870. Pour finir, l'on soulignera que si la Cour de justice retient une approche fonctionnelle de la subsidiarité juridictionnelle c'est parce qu'elle n'est pas une juridiction fédérale. Aussi peut-elle se retrancher derrière cet instrument commode qui lui permet, non seulement, d' « éviter tout encombrement inopportun »[1971] en régulant de façon pragmatique les flux qui affectent la procédure préjudicielle, au risque d'un déni de justice, mais également de choisir, sur un plan plus « idéologique », les intérêts qu'elle entend, eu égard aux objectifs de l'Union, protéger, au prix d'une instrumentalisation habile mais critiquable. Il nous semble pourtant que la Cour de justice aurait tout intérêt à s'attacher, de façon plus marquée, à la protection des intérêts des citoyens de l'Union si elle souhaite s'inscrire dans une logique plus fédérale et moins fonctionnelle. En effet, la protection des droits fondamentaux semble, pour le moment encore, empreinte d'une logique instrumentale qu'il convient de dépasser, ne serait-ce que pour inscrire l'Union dans cette Communauté de droit qu'elle entend incarner depuis plusieurs décennies[1972]. À ce titre, l'instrument de la subsidiarité juridictionnelle pourrait lui offrir le moyen d'inculquer aux juridictions nationales l'idée du fédéralisme, encore faudrait-il garantir le respect des standards de contrôle pour assurer une protection juridictionnelle adéquate et efficiente des particuliers[1973]. En effet, seule l'idée que la Cour de justice et les juges nationaux coopèrent dans un système cohérent de protection juridictionnelle « paraît être la clé de la solution aux problèmes existants »[1974].

[1971] GILLIAUX P., *précité*., p. 200.

[1972] CJCE, Les Verts c. Parlement, aff. 294/83, Rec., 1986, p. 1339, pt 23.

[1973] RADUCU PELIN I., Dialogue déférent des juge et protection, précité, p. 413

[1974] HAAAK W.E, président de Hoge Raad der Nederlanden, « La répartition des rôles entre la cour et les juridictions nationales. Le renvoi préjudiciel », Rapport au Cinquantième Anniver- saire de la C.J.U.E. : Colloque sur la coopération entre la Cour de justice et les juridictions nationales, Recueil des Rapports introductifs, Luxembourg, 3 décembre 2002, p. 10.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

871. L'analyse a montré que le principe de subsidiarité tend à s'appliquer dans le domaine de l'exécution du droit de l'Union, qu'elle soit normative, administrative ou juridictionnelle bien que le terme n'apparaisse pas nécessairement. Il est néanmoins admis depuis longtemps en doctrine qu'il existe, à coté de la subsidiarité substantielle, une subsidiarité juridictionnelle. L'un des objets de ce chapitre a été de mettre également en lumière une subsidiarité d'ordre exécutif ou administratif.

872. L'unité fonctionnelle qui caractérise le principe de subsidiarité, quel que soit le domaine où il s'applique, tend à faire des compétences nationales et européennes des compétences, non pas séparées sur un mode fédéral, mais partagées sur le modèle plus souple de l'article 5.3 TUE. Aussi la dynamique de la subsidiarité permet-elle de dépasser un schéma de répartition des compétences trop figé en mettant l'accent sur l'efficience, l'efficacité ou encore l'effectivité du droit de l'Union à laquelle l'uniformité d'application du droit de l'Union peut-être rattachée. C'est en ce sens que l'on peut interpréter l'émergence d'une administration « partagée » et la remise en cause de la dichotomie classique administration directe/indirecte. C'est également la logique fonctionnelle de la subsidiarité exécutive qui permet de dépasser le modèle du fédéralisme d'exécution de la Suisse ou de l'Allemagne sans pour autant faire basculer l'Union dans le modèle de l'exécution centralisée du fédéralisme américain, faute d'une administration européenne déconcentrée et d'une répartition des compétences, plus cohérente, sur le modèle du fédéralisme constitutionnel.

873. S'agissant du juge de l'Union, son approche fonctionnelle de la subsidiarité lui permet de répartir, de façon pragmatique et opportuniste, les compétences juridictionnelles entre lui-même et les juridictions nationales en se fondant non pas sur une vision rigide de la subsidiarité juridictionnelle mais dynamique voire même parfois incohérente, comme cela a pu lui être reproché. Là encore, ce sont essentiellement des considération relatives à l'application uniforme du droit de l'Union et à l'effectivité de la norme européenne qui seront privilégiées par la Cour et qui guideront son comportement, au détriment d'autres objectifs, comme celui d'assurer une protection juridictionnelle effective des citoyens de l'Union, éloignant la Cour de justice du modèle d'une juridiction fédérale.

CONCLUSION DU TITRE I

874. La logique fonctionnelle qui sous-tend l'application du principe de subsidiarité permet aux institutions de l'Union de mettre l'accent moins sur les compétences (logique de répartition) que sur les objectifs. Loin de révolutionner la pratique de celles-ci, l'insertion du principe de subsidiarité dans le droit primaire de l'Union s'est accompagnée d'une acclimatation du principe dans l'ordre juridique de l'Union. L'analyse de la jurisprudence permet de mettre en lumière d'autres acteurs que la seule figure, par ailleurs abstraite, du législateur européen à laquelle on rattache trop souvent le principe de subsidiarité. Moins qu'un principe fédéral ou constitutionnel, la subsidiarité est un principe fonctionnel que l'on retrouve sur tous les plans, législatif, administratif et judiciaire. Envisagée comme tel, la subsidiarité se prête à une certaine instrumentalisation de la part de la Commission, impliquée dans l'action législative mais aussi administrative, mais également du juge de l'Union, chargé d'en contrôler le respect et lié lui-même par la subsidiarité.

875. Si la subsidiarité se présente comme un principe bi-directionnel d'efficience, pouvant favoriser la centralisation ou la décentralisation en fonction des circonstances, son caractère fonctionnel est néanmoins susceptible de conduire à des dérives instrumentales dans la mesure où il tend à être interprété par les institutions à la lumière des seuls objectifs du traité, abstraction faite de toutes considérations relatives à des valeurs telles que l'autonomie ou la diversité. En ce sens, son application vise essentiellement à contribuer à la réalisation du marché intérieur, comme l'atteste la jurisprudence relative à la mise en oeuvre des libertés de circulation ou encore le contentieux de la mise en oeuvre du droit de la concurrence. À l'instar de la subsidiarité législative, la subsidiarité exécutive, administrative ou juridictionnelle fait prévaloir l'efficacité sur la proximité afin de légitimer l'action des institutions de l'Union par rapport à celles des autorités nationales. Néanmoins, la subsidiarité-proximité refait son apparition dès lors que l'effectivité ou l'uniformité du droit de l'Union n'est pas en cause, comme le montrent certaines communications de la Commission ou encore l'activation de la subsidiarité juridictionnelle descendante dans le domaine de la protection juridictionnelle effective des justiciables.

876. Entendu comme un principe fonctionnel que seules les institutions de l'Union sont, en définitive, habilitées à interpréter, appliquer et en contrôler le respect, le principe de subsidiarité ne peut que faire l'objet d'une instrumentalisation qui se révèle favorable à l'Union européenne.

Titre II. Le principe de subsidiarité réduit à un instrument d'intégration

877. L'instrumentalisation fonctionnelle du principe de subsidiarité dans l'Union européenne, si elle se veut pragmatique et rationnelle, n'est pas neutre pour autant. Dans la mesure où il a été démontré qu'en retenant une conception dépolitisée, essentiellement technique et économique, de la subsidiarité, les institutions européennes dénient toute valeur intrinsèque à l'autonomie ou la diversité — au coeur de la pensée fédérale et de la conception fédéraliste de la subsidiarité — l'application d'un tel principe ne peut que conduire à privilégier l'intervention de l'Union, eu égard au caractère transnational des objectifs des traités, à commencer par celui d'intégration des marchés. En s'attachant à légitimer l'action européenne, au motif d'une plus grande « efficacité », la Commission et la Cour de justice ne cherchent en réalité qu'à justifier, et ce faisant, à favoriser l'ingérence de l'Union dans les domaines de compétences partagées. Il est d'ailleurs patent que c'est aux institutions de l'Union qu'il revient d'apprécier le respect du principe. Autrement dit la subsidiarité « n'est envisagée qu'à travers le prisme de l'intérêt communautaire »[1975].

878. La dernière étape de notre démonstration s'attachera donc aux conséquences d'une approche fonctionnelle ou fonctionnaliste du principe de subsidiarité sur la construction européenne. Il s'agira, plus précisément, d'analyser la jurisprudence de la Cour de justice car en tant que moteur historique de l'intégration européenne, le juge de l'Union est, presque naturellement, amené à instrumentaliser la subsidiarité — tant substantielle que juridictionnelle — dans un sens qui soit systématiquement favorable à l'Union. Ce constat est valable aussi bien en matière d'intégration positive — à l'occasion d'un contentieux — lors du contrôle juridictionnel du principe de subsidiarité, qu'en matière d'intégration négative — à l'occasion d'un renvoi préjudiciel en interprétation du droit de l'Union initié par une juridiction nationale chargée de s'assurer du respect des libertés de circulation[1976].

[1975] MARTUCCI F.,« L'autonomie entre efficacité et proximité. Quelques réflexions sur la subsidiarité », in C. Kessedjian (dir.), *Autonomie et droit européen*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, Collection : « Collège européen de Paris », pp. 21-40.

[1976] Pour rappel, la construction d'un marché repose sur un double processus, négatif et positif : le premier vise à abolir les entraves aux échanges inter-étatiques *via* la promotion des libertés de circulation en interdisant aux Etats d'ériger des obstacles à ces libertés et fausser la concurrence. Le second a pour objet l'harmonisation des réglementations étatiques - afin de dépasser la persistance d'obstacles aux échanges - et vise à définir des standards communs à tous. Voir : PINDER J., « Positive Integration and Negative Integration: Some Problems of Economic Union in the EEC », World Today, n° 24, 1968, p. 90.

879. En effet, l'appréhension fonctionnelle et utilitariste du principe de subsidiarité contient un biais, celui de privilégier systématiquement les intérêts de l'Union, au détriment de ceux des États membres, à commencer par leur autonomie. Ainsi que l'ont relevé de nombreux observateurs de la jurisprudence, le fil directeur de la répartition des compétences entre l'Union et les États est toujours « l'intérêt communautaire »[1977]. Aussi, appréhendée à travers le prisme technique de la répartition des compétences, l'application de la subsidiarité peut-elle conduire à de nouveaux pouvoirs d'intervention centralisés et unificateurs. Envisagé comme un instrument d'intégration, le principe de subsidiarité tend, par conséquent, à favoriser la centralisation dans l'Union européenne.

880. En partant d'une étude consacrée à la subsidiarité européenne, certains auteurs n'ont d'ailleurs pas hésité à pointer du doigt le spectre, non pas d'une Fédération, mais d'un « Empire technocratique »[1978]. C. Millon-Delsol a ainsi exprimé sa crainte de voir les institutions européennes, inspirées par l'idée de progrès et une conception dévoyée de la subsidiarité, récuser d'avance la validité des autonomies dès lors qu'elles seraient perçues comme impropres ou incertaines à procurer à l'Union un bien perçu comme objectif. Cette Europe impériale qui reposerait sur une science technocratique — la politique étant considérée comme telle — exigerait des États membres « la docilité plutôt que l'initiative » tandis qu'une Europe véritablement fédérale, fondée sur une conception saine et non dévoyée du principe de subsidiarité, s'appuierait sur une culture commune qui « parce qu'elle intègre la valeur d'autonomie, accepte d'avance les qualifications plurielles du bien social et en conséquence, des inégalités géographiques corolaires de l'expression du divers »[1979]. Or, précisément, la valeur « autonomie », et son corollaire la diversité, tendent à s'effacer en raison d'une compréhension partielle, voire partiale, du principe de subsidiarité, et ce sur tous les plans, législatif, exécutif ou juridictionnel.

881. Vidé d'une grande partie de sa substance par les institutions européennes, le principe de subsidiarité, mis au au service de la réalisation des objectifs du traité, se voit instrumentalisé à des fins d'intégration tant sur sur le plan substantiel que procédural. En effet, si l'on considère l'usage qu'en fait la Cour de justice, acteur essentiel de l'intégration pour les théoriciens du fonctionnalisme, l'on constate que son positionnement à l'égard de la subsidiarité comporte deux volets qui se répondent parfaitement : en ce qui concerne la subsidiarité de l'article 5.3 TUE, tout en reconnaissant la justiciabilité du principe, le juge

---

[1977] MICHEL V., Recherches sur les compétences de la Communauté, précité, p. 192.

[1978] MILLON-DELSOL C., « L'idée de subsidiarité, la question européenne et la tentation du modèle impérial », *Revue Tocqueville*, 1993, vol. XIV, no 2, p. 53, p. 61.

[1979] *Ibid*.

européen n'a prononcé, pour le moment, aucune censure en raison d'une violation du principe de subsidiarité par une institution de l'Union. Le même constat s'applique aux dispositions de l'article 291.1 TFUE. Quant au principe de subsidiarité juridictionnelle, bien que la Cour de justice ait reconnu le rôle central des juges internes, « elle continue de contrôler la liberté de ceux-ci et défend son statut de juridiction suprême pour ce qui concerne l'interprétation du droit communautaire »[1980]. Interprétation qui se veut, bien entendu, fonctionnelle, c'est-à-dire en fonction des objectifs de l'Union et notamment celui d'intégration des marchés[1981]. L'interprétation fonctionnelle de la subsidiarité tendra toujours à prendre en compte les nécessités de la construction de l'Union, ce qui conduit à renverser la présomption selon laquelle la priorité d'action revient à l'échelon le plus proche des citoyens, conformément au principe (politique) de proximité[1982]. En effet, la « décentralisation » continue à être perçue, non comme une richesse qu'il faudrait favoriser ou une valeur digne d'être protégée, mais comme une menace pour le développement du droit de l'Union européenne. De la même façon, la diversité sera le plus souvent synonyme, pour l'Union, de disparité législative et réglementaire, légitimant ainsi une harmonisation plus ou moins poussée.

882. Aussi le juge européen interprétera-t-il les traités à la lumière des finalités de l'intégration afin de permettre un déploiement le plus effectif possible du droit européen[1983]. Dans le but d'instaurer un ordre juridique fortement intégré et effectif, le raisonnement prétorien tend à se faire l'instrument d'un activisme judiciaire qui aux yeux des États membres peut passer pour illégitime dans la mesure où il limite leur autonomie et pose un problème de neutralité dès lors qu'il s'agit de départager les compétences de l'Union et des États[1984]. En effet, l'analyse de la jurisprudence montre clairement que le point d'équilibre défini par la Cour de justice semble plutôt centripète[1985]. En négligeant d'exploiter la dynamique descendante de la subsidiarité, l'Union européenne confère au principe une orientation quasi-unilatérale de nature centralisatrice. Un tel dévoiement fonctionnaliste du principe de subsidiarité est incompatible avec l'idéal d'un fédéralisme européen en ce qu'il conduit fatalement à encourager la centralisation aussi bien au niveau normatif (Chapitre I) qu'au niveau procédural (Chapitre II), ce que la philosophie ou la théorie fédéraliste récuse.

[1980] MARCHAND-TONEL X., "La subsidiarité, un enjeu des débats sur l'Union européenne" Présentation du dossier, *Droit et société*, 2012/1 n.o 80, pp. 7-9.

[1981] JEANNE A., L'intégration négative, précité, p. 358.

[1982] AGUILON C., Justice constitutionnelle et subsidiarité, précité, p. 108.

[1983] LAURENT A., Plurijuridismes, juges suprêmes et droits fondamentaux : étude comparée entre l'Union Européenne et le Canada, Université de Tulouse, 2015, co-tutelle avec l'université d'Ottawa, p. 171.

[1984] *Ibid.*, p. 173.

[1985] *Ibid.*, p. 258.

Chapitre I. La centralisation au niveau normatif

883. Si de nos jours, les bases du système normatif de l'Union européenne sont solides et bien établies, c'est sans aucun doute à la faveur des évolutions permises par le traité de Maastricht et celui de Lisbonne. Si le premier a permis d'améliorer le système de répartition et d'exercice des compétences normatives dans l'Union grâce à la consécration expresse des principes de subsidiarité et de proportionnalité, le second a confirmé, tout en contribuant à mieux les distinguer, les deux composantes du système normatif que sont la fonction législative et celle d'exécution, dans sa dimension normative[1986]. Il convient également de mettre au crédit du traité de Lisbonne la clarification de la répartition des compétences entre l'Union et les États membres grâce à l'énumération des domaines dans lesquels l'Union dispose d'une compétence exclusive[1987], d'une compétence partagée[1988] ou d'une compétence complémentaire d'appui[1989].

884. Le fait de prévoir une liste précise de compétences partagées permet non seulement de clarifier le champ d'application du principe de subsidiarité, dans sa dimension législative[1990], mais aussi d'endiguer l'accroissement, en pratique, des compétences exclusives de l'Union[1991]. Il est désormais admis que l'application du principe de subsidiarité n'est exclue que pour les compétences qui revêtent un caractère exclusif en vertu du traité lui-même[1992]. Aussi est-il permis de penser que du fait de la présence des principes d'attribution des compétences, de subsidiarité et de proportionnalité, toute dérive technocratique de nature centralisatrice n'est plus à craindre. En réalité, le risque d'une centralisation normative de l'Union ne doit pas être écarté, ni la menace d'une Europe technocratique exclue[1993], dans la mesure où le principe de subsidiarité a été réduit à un instrument d'intégration. Il s'agit là

[1986] BLUMANN C., Le système normatif de l'Union, précité, p. 236. Comme le précise l'auteur, l'exécution ne relève que partiellement de la normativité. Aussi convient-il de distinguer l'exécution normative de l'exécution administrative/matérielle, laquelle se traduit en décisions individuelles et mesures purement matérielles.

[1987] Article 3 TFUE.

[1988] Article 4 TFUE.

[1989] Article 6 TFUE.

[1990] Article 5.3 TUE.

[1991] Avant l'entrée en vigueur de Lisbonne, la Commission a pu dresser une liste des catégories de compétences, exclusives et partagées. Cette liste, assez critiquée, soulignait le caractère dynamique des compétences européennes car parmi les compétences exclusives, si certaines découlaient des traités (compétences exclusives par nature), d'autres, qualifiées d' « exclusives par exercice », étaient issues de la pratique (compétences concurrentes exercées de façon exhaustive par l'Union).

[1992] JACQUE J.-P., La subsidiarité en droit communautaire, in : ONORIO (J.-B. d') (dir.), *La subsidiarité : de la théorie à la pratique*, Téqui, Paris, 1995, p. 101

[1993] MILLION-DELSOL C, « L'idée de subsidiarité, la question européenne et la tentation du modèle impérial », *Revue Tocqueville*, 1993, vol. XIV, no 2, p. 53, p. 61.

d'une conséquence de la conception fonctionnelle de la subsidiarité qui dénie toute valeur intrinsèque à l'autonomie.

885. L'analyse de la jurisprudence de la Cour de justice en ce qui concerne le contrôle du respect des principes de subsidiarité ou de proportionnalité montre que la Cour n'attribue aucune valeur à l'autonomie des États membres, en raison du caractère technique de l'analyse à laquelle elle se livre. Comme le relève A. Marzal Yetano, dans la mesure où la subsidiarité n'est pensée qu'en des termes fonctionnels, elle est « incompatible avec l'idée d'une véritable autonomie politique »[1994]. Aussi le principe de subsidiarité ne constitue-t-il pas une arme de défense efficace contre la tendance, somme toute naturelle à tout système d'intégration, à la centralisation et l'uniformisation[1995]. Tout au contraire, la subsidiarité législative comme la subsidiarité exécutive tendent à valoriser les situations exclusivement favorables à la réalisation des objectifs de l'Union, au premier chef desquels l'intégration européenne *via* le rapprochement efficace des législations et des réglementations nationales, au plan législatif, et l'uniformité et l'effectivité dans l'application droit de l'Union, au plan exécutif.

886. Il ressort de notre étude que, malgré ses potentialités et sa richesse conceptuelle, le principe de subsidiarité n'est jamais sorti de sa matrice fonctionnaliste. Pour prendre une comparaison peu pertinente avec l'objet de notre étude mais présentant néanmoins l'intérêt de mettre en lumière une autre notion « maastrichtienne » aux connotations fédérales indiscutables mais tout aussi instrumentalisée, à savoir la citoyenneté, l'on peut dire avec J. Barroche que « le basculement du registre économico-fonctionnel vers un registre politico-constitutionnel »[1996] n'a jamais eu lieu, tant en ce qui concerne le concept de citoyenneté que celui de subsidiarité. De la même manière que le citoyen européen, saisi en tant qu'agent économique, est « mis au service d'une finalité fonctionnelle dépassant de très loin la simple défense de ses droits »[1997], la subsidiarité, en tant que principe technico-économique, est mise au service de la finalité intégrationniste de l'Union, dépassant la simple défense des droits des

---

[1994] MARZAL YETANO A., La dynamique du principe de proportionnalité, précité, p. 436.

[1995] Pour L. Azoulai, l'intégration européenne devrait prendre ses distances avec toute entreprise de centralisation. L'auteur propose l'idée de totalisation qui suppose qu'il est impossible d'achever l'intégration par le transfert des matières sensibles à l'Union, c'est-à-dire par la centralisation. La Cour devrait, selon lui, reconnaître à l'État un pouvoir d'agir autonome tout en lui imposant d'user de son pouvoir d'une manière raisonnée, en considération du cas auquel il s'applique et dans le cadre élargi dans lequel il s'exerce. Cependant, « si elle n'est pas suffisamment réfléchie dans ses fondements, l'idée jurisprudentielle de totalisation peut aisément servir l'octroi de nouveaux pouvoirs d'intervention centralisés et unificateurs. Or, sa valeur et sa spécificité sont à l'opposé de l'idée de centralisation ». En ce sens : AZOULAI L., La formule des compétences, précité, p. 367.

[1996] BARROCHE J., La citoyenneté européenne victime de ses propres contradictions : de la nationalité étatique à la rationalité économique,Jus Politicum, n° 19.

[1997] *Ibid*.

États, ceux des collectivités infra-étatiques ou des simples citoyens[1998]. Loin d'être un frein pour l'intégration, notamment économique, elle en est l'instrument paradoxal.

887. Aussi, devant l'enthousiasme doctrinal suscité par la consécration d'un principe présenté, par certains commentateurs, comme la panacée, des auteurs plus réalistes n'ont pas manqué de faire part de leur scepticisme quant à son utilité pour résister à l'accroissement des compétences européennes et faire de la Cour de justice l'arbitre « fédéral » tant attendu, censé trancher les conflits opposant les États membres aux institutions de l'Union. G. Davies notait, à juste titre, que le principal défaut de la subsidiarité était qu'au lieu « d'offrir une méthode pour mettre en balance les intérêts des États membres et ceux de la Communauté, ce qui est nécessaire, elle accepte les objectifs de la Communauté, privilégie absolument leur réalisation, et se borne à interroger qui est le mieux placé pour les mettre en œuvre »[1999]. L'analyse des arrêts montre, en effet, une orientation exclusivement ascendante de la subsidiarité, la Cour de justice n'ayant jamais consenti à sanctionner une action de l'Union au motif d'une violation du principe[2000]. Une telle situation est préoccupante dans la mesure où le principe de subsidiarité peut conduire à opérer, de façon subreptice et sous couvert de légitimation, une centralisation normative.

888. Le phénomène de centralisation auquel l'application d'un principe comme la subsidiarité peut conduire n'est pas imputable aux seules institutions européennes, à savoir la Commission et la Cour de justice, même si ces actrices majeures de l'intégration ont souvent été soupçonnées de vouloir instaurer un « jacobinisme européen »[2001] et accusées de distiller « une logique implacable d'uniformisation »[2002]. En réalité, et en dépit de la prétendue neutralité dont on la pare trop souvent, la subsidiarité législative (art. 5.3 TUE), tout comme la subsidiarité exécutive (art. 291.2 TFUE), contiennent un biais centralisateur, favorable à l'action de l'Union, qu'une lecture attentive du texte qui les consacre révèle sans ambiguïté.

889. En ce qui concerne, tout d'abord, la subsidiarité législative, l'article 5.3 TUE mentionne exclusivement les objectifs, les effets et les dimensions de l'action envisagée sans,

---

[1998] L'aspect technico-économique de la subsidiarité repose sur une rationalité matérielle fondée sur l'efficacité des actions entreprises.

[1999] G. Davies, « Subsidiarity: The Wrong Idea... », préc., pp. 67-8 :

[2000] Ce constat est valable aussi bien pour la subsidiarité *stricto sensu* que la subsidiarité *lato sensu* (englobant la proportionnalité de l'article 5.4 TUE).

[2001] OPPETIT B., « L'eurocratie ou le mythe du législateur suprême », *Rec. Dalloz-Sirey*, 1990, chronique, 12, p. 73.

[2002] MAURY J.-P.,« Les risques d'un jacobinisme européen », communication au colloque sur La décentralisation française et l'Europe, Strasbourg, 17 et 18 novembre 1992 ; publié in Hugues Portelli (sd), La décentralisation française et l'Europe, Éditions Pouvoirs locaux, Paris, 1993, p. 255-266.

à aucun moment, envisager d'autres critères[2003]. L'absence de toute référence à l'autonomie (quelle qu'elle soit, nationale ou locale, institutionnelle ou procédurale), à l'identité nationale ou encore à la proximité (alors que celle-ci apparait clairement dans le principe de subsidiarité consacré dans le préambule) est significatif. En outre, le terme « mieux » ne peut que renvoyer à un critère d'efficacité qui, si on le lie aux objectifs européens, notamment l'objectif d'intégration et de réalisation du marché intérieur, tend fatalement à favoriser l'action de l'Union, au détriment de l'action étatique, eu égard aux effets et aux dimensions qui dépassent nécessairement les frontières nationales. Dans le domaine du marché intérieur, l'application de la subsidiarité ne peut qu'aboutir à un raisonnement circulaire dans la mesure où l'objectif de l'action, à savoir le bon fonctionnement du marché, appellera nécessairement une intervention au niveau de l'Union puisqu'une action nationale laisserait inévitablement persister des disparités législatives entre les États membres, disparité interprétée comme un obstacle à l'intégration des marchés nationaux.

890. Si l'on examine, ensuite, les dispositions de l'article 291 TFUE permettant de déterminer le titulaire de l'exercice d'une compétence d'exécution « partagée », l'on relève que si le premier paragraphe confère une compétence de principe aux États[2004], le second précise immédiatement que lorsque des conditions uniformes d'exécution sont nécessaires, c'est la Commission qui est compétente[2005]. Même si, à l'instar de la compétence du législateur européen, la compétence de la Commission revêt un caractère subsidiaire ou résiduel, par rapport à celle que détiennent les États, le critère de l'uniformité est susceptible de favoriser l'intervention européenne dans la mesure où l'exigence d'une application uniforme du droit de l'Union a pu être utilisée par le juge pour étendre l'emprise du droit de

---

[2003] L'article 5.3 TUE est libellé comme suit : « En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union".

[2004] L'article 291.1 est libellé en ces termes : « Les États membres prennent toutes les mesures de droit interne nécessaires pour la mise en œuvre des actes juridiquement contraignants de l'Union".

[2005] Ou, dans certaines circonstances, au Conseil. L'article 291.2 TFUE est libellé comme suit : « lorsque des conditions uniformes d'exécution des actes juridiquement contraignants de l'Union sont nécessaires, ces actes confèrent des compétences d'exécution à la Commission ou, dans des cas spécifiques dûment justifiés et dans les cas prévus aux articles 24 et 26 du traité sur l'Union européenne, au Conseil ».

l'Union. En effet, le principe d'application uniforme, issu de la jurisprudence[2006], est lui-même lié aux notions d'effectivité et d'efficacité développées par la Cour de justice pour justifier des ingérences dans l'organisation procédurale des États membres. En outre, la recherche de l'uniformité de l'application du droit de l'Union et partant, son effectivité et sa capacité à atteindre les objectifs poursuivis, permettent « d'habiliter les institutions, sur la base du traité, à agir dans un domaine de compétence appartenant en principe aux États »[2007].

891. L'action combinée de ces deux articles, l'article 5.3 TUE et l'article 291.2 TFUE, peut aboutir, à plus ou moins long terme, à une centralisation normative dans l'Union européenne à la faveur de l'activation, par les institutions, d'une subsidiarité essentiellement ascendante. D'une part, le critère de l'efficacité qui se trouve au coeur de la subsidiarité législative est de nature à justifier, de façon systématique, l'action du législateur de l'Union européenne au détriment de l'action nationale (Section I). D'autre part, le critère de l'uniformité des conditions d'application du droit de l'Union, au coeur de la subsidiarité exécutive, tend, de façon similaire, à favoriser l'intervention de la Commission, au détriment des compétences d'exécution détenues, en principe, par les États membres (Section II).

Section 1. Le critère de l'efficacité au coeur de l'article 5. 3 TUE : le biais centralisateur de la subsidiarité législative

892. Envisagée comme un instrument au service de l'intégration européenne, la subsidiarité privilégie l'aspect ascendant (centralisation) au détriment de la dimension descendante (décentralisation). Sur le plan législatif, l'activation de la subsidiarité ascendante résulte de deux facteurs : une conception « partiale » de la subsidiarité en droit de l'Union dans la mesure où l'article 5.3 TUE privilégie juridiquement la subsidiarité-efficacité (par opposition à la subsidiarité-proximité du préambule) qui favorise l'intervention du législateur européen par rapport aux possibles actions des législateurs nationaux (paragraphe 1). À cette conception partiale de la subsidiarité s'ajoute un contrôle « partiel » de la Cour de justice dont la jurisprudence se caractérise par l'absence totale de prise en compte de la dimension descendante de la subsidiarité, ce qui conduit à favoriser la centralisation tout en la légitimant

---

[2006] CJCE, 16 décembre 1976, *Comet*, aff. 45/76, *Rec*. p. 2043. Par ailleurs, O. Dubos note que le lien entre uniformité et efficacité du droit de l'Union était déjà bien développé par la Cour dans sa jurisprudence relative au principe de primauté. Dans l'arrêt *Costa c/ ENEL*, elle a ainsi jugé que « la force exécutive du droit communautaire ne saurait, en effet varier d'un État à l'autre à la faveur des législations internes ultérieures, sans mettre en péril, la réalisation des buts du traité visée à l'article 5(2). Voir CJCE, 15 juillet 1964, Flaminio Costa c/ E.N.E.L., aff. 6/64, Rec., p. 1141, spéc. p. 1159 : DUBOS O., Objectif d'efficacité de l'exécution du droit de l'Union, précité, p. 296.

[2007] BERTRAND B.,L'instrumentalisation de l'effectivité comme argument d'extension des compétences in L'effectivité du droit de l'Union européenne. 2018, p. 121-138, spéc.p. 127.

(paragraphe 2). Aussi la subsidiarité s'inscrit-elle dans une logique fonctionnaliste assumée qui tend à réduire ce principe de régulation de l'exercice des compétences à un simple outil d'intégration de l'Union européenne.

Paragraphe 1. Une conception partiale de la subsidiarité en droit de l'Union : la subsidiarité-efficacité favorable à l'intervention du législateur européen

893. La lecture des traités révèle que le principe de subsidiarité est expressément mentionné à deux reprises, dans le préambule et au sein des dispositions de l'article 5 TUE. Il va sans dire que la subsidiarité-proximité du préambule ne bénéficie pas de la même force juridique et de la même portée que la subsidiarité de l'article 5.3 TUE entendue comme un principe de régulation de l'exercice des compétences partagées entre l'Union et les États membres. En effet, lorsque le législateur européen justifie son action c'est au regard des principes de subsidiarité et de proportionnalités consacrés à l'article 5 TUE. Or l'article 5.3 TUE n'est qu'une manifestation de la subsidiarité-efficacité, laquelle permet de renverser la présomption posée par la subsidiarité-proximité du préambule selon laquelle la priorité d'action revient à l'échelon le plus proche du citoyen dans une logique clairement démocratique.

894. Le choix de privilégier la subsidiarité-efficacité n'est, malgré les apparences, pas neutre car en se fondant sur le critère de la meilleure réalisation de l'action, le principe de subsidiarité tend à démontrer la plus grande efficacité de l'autorité supérieure, c'est-à-dire de l'Union européenne. De même que la subsidiarité-proximité favorise les échelons national, régional et local et déprécie l'échelon de l'Union pour son éloignement, de même, la subsidiarité-efficacité favorise l'intervention européenne et déprécie l'action national, régional ou local pour son incapacité (le plus souvent supposée) à atteindre les objectifs de l'action envisagée. Ce parti pris fonctionnaliste en faveur de l'intégration ressort clairement de la façon dont le législateur de l'Union applique le principe de subsidiarité lorsqu'il intervient dans un domaine de compétences partagées. L'appréciation *par les objectifs* de l'Union (A) et la justification de l'action européenne *par les effets* (B) ne peuvent que favoriser et légitimer l'intervention du législateur européen au détriment de la compétence normative première des États membres.

A. L'appréciation par les objectifs de l'Union européenne

895. Le principe de subsidiarité de l'article 5.3 TUE ne vise pas à attribuer des compétences puisqu'il s'applique dans le domaine des compétences « partagées » qui sont des compétences pouvant être exercées tant par les États membres que par l'Union européenne pour des « objectifs communs »[2008]. Encore faut-il préciser de quels « objectifs » il s'agit. Le champ des compétences partagées — auxquelles la subsidiarité s'applique — se détermine par référence aux domaines prévus à l'article 4 TFUE[2009] et aux objectifs matériels qui y sont posés et qui doivent être mis en rapport avec les objectifs plus généraux mentionnés par l'article 3 TUE[2010]. La lecture combinée des deux traités ne facilite néanmoins pas la tâche lorsque les compétences du TFUE et les objectifs visés par le TUE sont énoncés en des termes identiques, comme cela peut être le cas du marché intérieur, à la fois domaine de compétence (partagée) aux termes de l'article 4 TFUE et un des objectifs généraux de l'Union en vertu de l'article 3 TUE. En outre, l'application du principe de subsidiarité implique une appréciation par les objectifs au premier chef desquels figure l'objectif d'intégration et la réalisation du marché intérieur.

896. Dans le préambule du traité sur l'Union européenne, issu de la révision de Lisbonne, les États membres se disent « 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 »[2011]. La subsidiarité-proximité qui s'exprime ici doit être comprise comme faisant référence à l'objectif d'une plus grande démocratie qui favoriserait, au sein de l'Union, le niveau d'action le plus proche du citoyen. Force est cependant de constater qu'un tel objectif est absent des dispositions de l'article 5.3 TUE, ce qui conduit à rejeter toutes les conceptions visant à élever le localisme, la proximité, la diversité ou encore l'autonomie nationale au rang de « finalité en soi »

[2008] POTVIN-SOLIS L.,« Compétences partagées et objectifs matériels », in Les objectifs et compétences dans l'Union européenne, E. NEFRAMI (dir.), Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, Colloques, 2012, pp. 29-90, spéc.p. 33.

[2009] Aux termes de l'article 4.2 TFUE les domaines de compétences partagées concernent « a) le marché intérieur ; b) la politique sociale pour les aspects définis dans le TFUE ; 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.

[2010] Aux termes de cet article, l'Union se donne notamment pour but de promouvoir la paix et le bien-être de ses peuples (1). Elle offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice (2). Elle établit un marché intérieur (…) Elle promeut la justice et la protection sociales, l'égalité entre les femmes et les hommes, la solidarité entre les générations et la protection des droits de l'enfant. Elle promeut la cohésion économique, sociale et territoriale et respecte la richesse de sa diversité culturelle et linguistique, et veille à la sauvegarde et au développement de son patrimoine culturel (3). Elle établit une union économique et monétaire (4).

[2011] Nous soulignons.

poursuivie par la subsidiarité (1). À l'inverse, l'objectif du marché intérieur revêt un rôle déterminant dans l'interprétation et l'application du principe de subsidiarité (2).

1. L'exclusion des objectifs démocratiques ou éthico-politiques des dispositions de l'article 5.3 TUE

897. Aux termes de l'article 5.3 TUE, « en vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union ». Force est de constater qu'en mettant l'accent sur les seuls « objectifs » de l'action envisagée, cette disposition s'inscrit dans une logique exclusivement fonctionnelle. Cette conception de la subsidiarité tranche avec la subsidiarité-proximité du préambule car elle se veut, du point de vue politique, parfaitement neutre.

898. Il importe par ailleurs d'insister sur le fait que l'article 5.3 TUE ne mentionne pas les compétences nationales, à peine est-il question de compétences partagées puisque la formule ne mentionne que les « compétences non exclusives » de l'Union européenne, optant pour une tournure négative qui renforce l'ambiguïté des dispositions[2012]. C'est donc du seul point de vue de l'Union européenne que se place le principe de subsidiarité. En outre, les objectifs dont il est question sont, bien entendu, exclusivement ceux visés par les traités européens. Quant à la référence au niveau local et régional, innovation introduite par le traité de Lisbonne — largement surestimée nous semble-t-il — il ne s'agit pas tant d'une reconnaissance de l'autonomie régionale/locale que d'une relativisation habile de l'importance de l'État, relégué lui-même au rang d'un échelon parmi d'autres (niveau central/ régional/local/européen). En l'absence de tout référent éthique, la subsidiarité de l'article 5.3 TUE n'est donc pas une « émanation des idéaux démocratiques » d'un quelconque projet « éthico-politique »[2013] mais un simple principe d'organisation asservi à des considérations technico-fonctionnelles et l'efficience économique[2014].

899. Comme nous l'avons déjà relevé, l'article 5.3 TUE reflète des préoccupations d'efficience ou tout simplement instrumentales. Ainsi que le souligne A. Marzal Yetano,

---

[2012] En effet, la doctrine s'est divisée sur la question de la catégorie des compétences partagées. Englobe-t-elle les compétences exclusives par exercice. De même, la subsidiarité s'applique-t-elle aux compétences complémentaires et de coordination ?

[2013] MILLON-DELSOL C., Le principe de subsidiarité, précité, p. 123.

[2014] MARZAL YETANO A., La dynamique du principe de proportionnalité, p. 421.

« selon une stricte perspective d'efficience, le localisme est dépourvu de valeur intrinsèque » dans la mesure où « tout dépend de l'objectif poursuivi »[2015]. Aussi la subsidiarité ne saurait-elle être associée à des conceptions tendant à rattacher le principe de l'article 5.3 TUE à « l'idéal de proximité »[2016] ou à ériger le « localisme » au rang de finalité en soi[2017]. Si pour certains auteurs, la reconnaissance de l'autonomie nationale constitue un intérêt légitime qui devrait s'imposer à l'Union, rien dans les dispositions de l'article 5.3 TUE ne permet de valider une telle lecture de la subsidiarité[2018]. Il en va de même s'agissant de la protection de la diversité au sein de l'Union, de la préservation de l'autonomie politique des États ou encore du pluralisme[2019].

900. Il est vrai que les dispositions du traité sont suffisamment vagues pour autoriser de telles lectures et interprétations, d'autant plus si on combine la subsidiarité de l'article 5.3 TUE à la subsidiarité-proximité du préambule qui inscrit plus clairement l'intégration européenne dans un projet éthico-politique. Comme nous l'avons déjà montré, l'indétermination de l'article 5 TUE a néanmoins permis, sinon favorisé, une instrumentalisation de son interprétation et de son application en faveur des intérêts européens. Aussi les institutions de l'Union, au premier chef desquelles la Commission, ont-elles mis l'accent sur une lecture technique et largement dépolitisée du principe de subsidiarité. Dès lors, la subsidiarité cesse d'être un principe de décentralisation, qu'il s'agisse de localisme ou de fédéralisme, « pour assumer une fonction de garantie de l'efficacité dans la distribution des compétences entre les différents niveaux d'autorités publiques »[2020]. La mise en avant d'outils complexes tels que les tests d'efficacité comparative et l'analyse coûts-bénéfices visant à identifier le meilleur niveau de prise de décision ont fini par mettre en lumière la subsidiarité-efficacité selon laquelle est compétent le niveau le mieux placé pour atteindre un objectif déterminé (avec un maximum d'efficience) qu'une lecture hâtive de l'article 5.3 TUE ne révélait pas nécessairement.

901. Il a déjà été indiqué qu'il ressortait implicitement de l'article 5.3 TUE un double test visant à déterminer les conditions dans lesquelles le législateur de l'Union peut agir lorsqu'il intervient dans un domaine de compétences partagées. Malgré la présomption de principe selon laquelle les États Membres disposent d'une priorité d'action, l'Union peut légitimement

---

[2015] *Ibid*.,p. 420-421.

[2016] OST F. et VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ?*, précité, p. 73.

[2017] MARZAL YETANO A., Le dynamique du principe de proportionnalité, p. 421.

[2018] DAVIES G., « Subsidiarity: The Wrong Idea, précité, p. 82.

[2019] BERMANN G., Taking Subsidiarity Seriously, précité, p. 391.

[2020] MARZAL YETANO A., La dynamique du principe de proportionnalité, précité, p. 425.

exercer sa compétence dès lors qu'elle a passé le test de suffisance (les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres) et de la valeur ajoutée (les objectifs peuvent être mieux atteints par celle-ci, en raison des dimensions ou des effets de l'action). Si la subsidiarité-proximité tend à privilégier le critère de l'insuffisance du niveau étatique, la subsidiarité-efficacité se fonde davantage sur le critère de la plus grande efficacité (plus-value de l'action). En effet, le premier critère, plus objectif, met davantage l'accent sur l'obligation ou la nécessité pour l'Union d'intervenir en cas de carence ou de défaillance des États (logique de suppléance) quand le second, plus subjectif, se prête à toutes les dérives en ce qu'il permet des appréciations très divergentes et potentiellement contradictoires.

902. Au risque de caricaturer la présentation, l'on peut affirmer que si la subsidiarité-proximité poursuit l'objectif d'une plus grande démocratie en favorisant le niveau d'action le plus proche du citoyen tout en sauvegardant la souveraineté des États membres, la subsidiarité-efficacité tend vers une meilleure réalisation de l'action à la faveur du critère de la plus grande efficacité de l'échelon supérieur[2021]. Dans cette optique, la subsidiarité-efficacité est de nature à balayer l'obstacle de la souveraineté nationale et à induire une action européenne en court-circuitant celle des États membres[2022]. Aussi poursuit-elle un but d'harmonisation. Il n'est donc pas surprenant de constater qu'en droit de l'Union c'est le second modèle qui a supplanté le premier. En effet, la conception éminemment fonctionnelle de la subsidiarité-efficacité s'inscrit parfaitement avec l'objectif économique du marché intérieur puisqu'elle tend à favoriser la centralisation des compétences et donc l'intégration de l'Union européenne eu égard à l'aspect transnational de celui-ci. La dimension transfrontalière de la réalisation du marché intérieur étant, par définition, de nature à disqualifier l'action étatique. D'ailleurs, le marché intérieur a été, comme le relève la doctrine, « un terrain privilégié pour les progrès du principe de préemption par lequel la compétence de l'Union se substitue à celle des États »[2023].

2. Le rôle déterminant de l'objectif du marché intérieur

903. La Cour de justice a toujours jugé que le principe de subsidiarité a vocation à s'appliquer lorsque le législateur de l'Union recourt à l'article 114 TFUE (anciennement article 95 CE ou ex-article 100A du traité CEE) dans la mesure où cette base juridique ne lui

---

[2021] AUDOUY L., Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Thèse, Université Montpellier, 2015, p.14 et 187.

[2022] *Ibid.*, p. 188.

[2023] POTVIN-SOLIS L.,« Compétences partagées et objectifs matériels, précité, p.39.

donne pas une compétence exclusive pour réglementer les activités économiques dans le marché « mais seulement une compétence en vue d'améliorer les conditions de l'établissement et du fonctionnement de celui-ci, par l'élimination d'entraves à la libre circulation des marchandises et à la libre prestation des services ou la suppression de distorsions de concurrence »[2024]. Cette position mérite d'être saluée dans la mesure où, avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, les avocats généraux, quand ils ne concluaient pas à l'exclusion pure et simple d'un tel principe du domaine du marché intérieur[2025], estimaient que dès lors qu'une intervention du législateur fondée sur l'article 95 CE est nécessaire, « contrôler le respect du principe de subsidiarité n'a plus guère de signification »[2026]. La Commission elle-même a pu soutenir, dans certaines de ses communications, que dans la mesure où son initiative « se situe dans le cadre du fonctionnement du Marché intérieur qui relève de la compétence exclusive de la Communauté la subsidiarité ne trouve pas d'application »[2027]. Or, reconnaitre une compétence exclusive en matière de marché intérieur ne reviendrait-il pas à conférer à l'Union européenne une compétence dans presque tous les domaines, dès lors que son action serait susceptible d'éliminer des obstacles au marché intérieur ? Le traité de Lisbonne a donc mis fin aux confusions en faisant entrer le marché intérieur dans le domaine des compétences partagées entre l'Union et les États membres.

904. Néanmoins, les rapports entre le principe de subsidiarité et les mesures d'harmonisation du marché intérieur, au sens de l'article 114 TFUE, qui ont pour objet d'améliorer les conditions de l'établissement et du fonctionnement du marché intérieur, se révèlent encore difficiles à appréhender. Si toute perturbation des échanges dans le marché intérieur peut justifier une mesure d'harmonisation, encore faut-il que le législateur respecte les principes généraux d'exercice des compétences d'harmonisation, notamment la subsidiarité et la proportionnalité[2028]. Ainsi, contrairement à ce que soutiennent fréquemment les institutions devant le juge, le fait de réunir les conditions du recours à l'article 114 TFUE ne suffit pas a satisfaire au principe de subsidiarité[2029]. Néanmoins, l'on ne saurait nier que les

---

[2024] CJCE, British American Tobacco, précité, pt 179 ; CJCE, 12 juillet 2005, *Alliance for Natural Health*, précité, pt 103 ; TUE, Inuit Tapiriit Kanatami, pt 84 ; CJUE, 8 juin 2010, *Vodafone,* précité, pt 75.

[2025] Conclusions de l'avocat général M. L. A. Geelhoed présentées le 10 septembre 2002 dans l'affaire British American Tobacco, précitée, §285.

[2026] Conclusions de l'avocat général M. P. Léger présentées le 10 décembre 1996 dans l'affaire C-233/94, § 70.

[2027] COMMUNICATION DE LA COMMISSION AU CONSEIL, AU PARLEMENT EUROPEEN ET AU COMITE ECONOMIQUE ET SOCIAL - La transparence réglementaire dans le Marché Intérieur pour les services de la Société de l'Information.

[2028] Conclusions de l'avocat générale Madame J. Kokott présentées dans l'affaire *Inuit Tapiriit Kanatami e.a./ Commission,* C−398/13 P, EU:C:2015:190, § 51.

[2029] Conclusions de l'avocat général Madame J. Kokott présentées le 23 décembre 2015 dans l'affaire C−358/14, *Pologne c Parlement et Conseil,* § 143.

considérations qui sous-tendent l'application du principe de subsidiarité au sens de l'article 5.3 TUE se recoupent, dans une large mesure, avec celles qui sont prises en considération dans l'application de l'article 114 TFUE. Pour autant, comme l'a souligné Madame J. Kokott, ces deux types de considérations ne coïncident pas intégralement dans la mesure où l'article 114 TFUE indique si l'Union est compétente pour adopter des mesures d'harmonisation tandis que la subsidiarité « détermine si et selon quelles modalités l'Union fait usage de cette compétence dans une hypothèse déterminée »[2030]. En résumé, l'article 114 TFUE régit la répartition des compétences entre l'Union et les États membres, alors que l'article 5.3 TUE prescrit aux institutions européennes des directives juridiquement contraignantes aux fins de l'exercice de leur compétence. Aussi les mesures litigieuses doivent-elles être appréciées en considération des objectifs qu'elles poursuivent.

905. Il est pourtant indéniable que l'objectif du marché intérieur tend à faire de la transfrontalité un critère déterminant qui permet d'imposer une compétence de l'Union, même dans une situation nationale. L'appréciation par les objectifs de l'Union affecte nécessairement la compétence des États membres de sorte que le principe de subsidiarité, alors même qu'il s'applique en matière de marché intérieur, ne permet pas véritablement de garantir la préservation des compétences nationales. Ainsi que le souligne L. Potvin-Solis « les objectifs matériels rapportés à la nature transnationale des situations visées dominent la justification du respect du principe de subsidiarité et du principe de proportionnalité »[2031]. En effet, lorsqu'il prend des mesures d'harmonisation du marché intérieur, fondées sur l'article 114 TFUE, le législateur de l'Union met systématiquement en avant l'incapacité des États membres à atteindre les objectifs visés par son action. Ainsi a-t-il pu, par exemple, justifier une directive au regard du principe de subsidiarité en faisant valoir que « les objectifs généraux de la présente directive, fixant à 20 % la part de l'énergie produite à partir de sources renouvelables dans la consommation d'énergie finale brute de la Communauté et à 10 % la part de l'énergie produite à partir de sources renouvelables dans la consommation d'énergie destinée aux transports dans chaque État membre d'ici à 2020, ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc, en raison des dimensions de l'action, être mieux réalisés au niveau communautaire »[2032]. En outre, le législateur de l'Union peut, dans le respect du principe de subsidiarité, justifier le choix d'un

---

[2030] *Ibid.*, § 144.

[2031] POTVIN-SOLIS L., Compétences partagées et objectifs matériels précité.

[2032] Directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE.

règlement, plutôt que d'une directive, en faisant appel aux objectifs de la proposition lorsqu'il estime que « laisser aux États une marge d'appréciation dans la mise en œuvre des règles de l'Union compromettrait les objectifs de sécurité juridique et de prévisibilité »[2033].

906. Tant la pratique des institutions de l'Union que la jurisprudence témoignent d'une certaine forme d'assimilation du principe de subsidiarité aux principes qui régissent le marché intérieur, telles que l'interdiction des entraves aux libertés de circulation ou encore l'affectation des échanges ou de la concurrence entre les États membres[2034]. En effet, s'agissant du législateur européen, son analyse du respect de la subsidiarité est étroitement liée à l'objectif du marché intérieur et les conséquences de son action sur le fonctionnement de ce dernier. Dans son règlement relatif à l'itinérance sur les réseaux publics de téléphonie mobile, ce dernier a affirmé qu'étant donné que les objectifs de son action, à savoir l'instauration d'une approche commune visant à éviter que les usagers ne paient un prix excessif pour les services d'itinérance communautaires, et atteindre un degré élevé de protection des consommateurs tout en préservant la concurrence entre opérateurs, ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres de manière sûre et harmonisée et en temps voulu, et peuvent donc être mieux réalisés au niveau communautaire, l'Union peut prendre des mesures conformément au principe de subsidiarité[2035]. C'est la même approche que retient le juge de l'Union, dans l'affaire *Vodafone,* lorsque l'acte en question est contesté devant lui puisqu'il affirme que le législateur de l'Union « soucieux de préserver la concurrence entre les opérateurs de réseau mobile, a, par l'adoption du Règlement n°717/2007, instauré une approche commune, afin notamment de contribuer au fonctionnement harmonieux du marché »[2036]. Commentant cet arrêt, G. Isaac et M. Blanquet y ont décelé une forte assimilation entre les règles du marché intérieur et la subsidiarité[2037].

907. Les exemple en ce domaine sont légions sans qu'il soit possible, ni même nécessaire, de tous les énumérer. L'on peut néanmoins indiquer que, dans les arrêts les plus récents, la Cour n'hésite pas à mette en avant le fait que lorsque le législateur poursuit « un double-objectif », comme c'était le cas de la directive 2014/40 qui visait à faciliter le bon

---

[2033] Proposition de Règlement du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 2201/2003 en ce qui concerne la compétence et instituant des règles relatives à la loi applicable en matière matrimoniale {SEC(2006) 949} {SEC(2006) 950}.

[2034] ISAAC G.et BLANQUET M., pré*cité*, p 98.

[2035] RÈGLEMENT (CE) N° 717/2007 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 27 juin 2007 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de téléphonie mobile à l'intérieur de la Communauté et modifiant la directive 2002/21/CE.

[2036] CJUE, 8 juin 2010, *Vodaphone*, Aff. C-58/08, *Rec*. I-04999, pt 76.

[2037] ISAAC G. et BLANQUET M., précité, p 98.

fonctionnement du marché intérieur des produits du tabac tout en assurant un niveau élevé de protection de la santé, « même si le second volet de cet objectif peut être mieux atteint au niveau des États membres, il n'en demeure pas moins que la poursuite de cet objectif à un tel niveau serait susceptible de consolider, sinon d'engendrer, des situations dans lesquelles certains États membres autorisent la mise sur le marché de produits du tabac contenant certains arômes caractérisants, alors que d'autres l'interdisent, allant ainsi à l'exact opposé de l'objectif premier de la directive 2014/40, à savoir l'amélioration du fonctionnement du marché intérieur des produits du tabac et des produits connexes »[2038]. Par conséquent, le législateur pouvait légitimement estimer que son action devait comporter l'instauration d'un régime de mise sur le marché desdits produits et que, en raison de cette interdépendance, ce double objectif pouvait être mieux réalisé au niveau de l'Union. C'est pourquoi, même si l'objectif de protection de la santé pouvait être mieux atteint au niveau national, cette argumentation n'était pas suffisante pour remettre en cause l'action du législateur[2039].

908. Il est évident qu'en se fondant sur les seuls objectifs de l'Union, le principe de subsidiarité de l'article 5.3 TUE tend à occulter d'autres considérations susceptibles de relativiser la place centrale accordée au bon fonctionnement et à l'amélioration du marché intérieur. Aussi l'importance de cet objectif ne fait-elle aucun doute dans l'analyse de la subsidiarité-efficacité. C'est en cela que réside la partialité de la subsidiarité de l'article 5.3 TUE. Le parti pris en faveur de l'objectif du marché intérieur est patent. L'immense majorité des arrêts dans lesquels la Cour de justice est amenée à se prononcer sur le respect par le législateur du principe de subsidiarité concernent la question du bon fonctionnement du marché, qui est l'objectif visé par l'acte litigieux, et l'évolution hétérogène des législations nationales[2040]. Cela nous amène au deuxième point de notre analyse, à savoir la justification de l'action législative de l'Union *par les effets*.

B. La justification de l'action européenne par les effets

909. Outre les objectifs des traités à la lumière desquels le législateur adopte ses mesures, son intervention se justifie aussi au regard des effets de son action sur le marché intérieur. L'article 5.3 TUE mentionne, en effet, « les dimensions ou les effets de l'action envisagée ». Les compétences partagées, auxquelles s'applique le principe de subsidiarité, sont donc appréhendées par un raisonnement fondé sur les effets, très similaire en cela à l'analyse

---

[2038] CJUE, 17 juin 2016, Philip Morris Brands, aff. C-547-14, pts 220-223.

[2039] Voir, par analogie, arrêts Vodafone e.a., C−58/08, EU:C:2010:321, pt 78, ainsi que Estonie/Parlement et Conseil, C−508/13, EU:C:2015:403, pt 48.

[2040] CJCE, 22 mai 2003, *Commission c/ Allemagne*, Aff. C-103/01, Rec. I-5369, pt 47 ; CJCE, 12 juillet 2005, *Alliance for Natural Health*, aff. 155/04, Rec. I-6451, pt 103, cités par G. ISAAC et M. BLANQUET, précité.

prétorienne de l'entrave aux libertés fondamentales du marché intérieur[2041] ou encore de l'affectation du commerce entre les États membres que l'on retrouve en droit européen de la concurrence[2042]. C'est donc par un raisonnement centré sur les effets de l'action que le législateur de l'Union pourra justifier son intervention en en montrant la plus grande efficacité, eu égard à son ampleur, par rapport à une action étatique. C'est au coeur de cette justification et de cette logique intrinsèquement économique, fondées sur l'effectivité et l'efficience, que s'articule la subsidiarité-efficacité (1). Poussée à son paroxysme, une telle logique ne peut que déployer des effets intégrateurs car elle conduit à poser une présomption systématique d'insuffisance de l'action étatique, eu égard aux effets négatifs pour le marché d'une évolution hétérogène des législations nationales (2).

1. Le rôle central des effets pour la subsidiarité-efficacité : entre effectivité et efficience

910. Le double test de l'insuffisance et de la valeur ajoutée par le biais duquel le législateur européen justifie son intervention dans un domaine de compétences partagées présente une logique économique intrinsèque au principe de subsidiarité. Pour A. Portuese, la subsidiarité peut se résumer à un principe économique en ce que le test de suffisance (ou d'insuffisance/défaillance de l'action étatique) est similaire à un test d'effectivité tandis que le test de la valeur ajoutée (ou de la plus grande efficacité de l'action européenne) est similaire à un test d'efficience[2043]. En ce qui concerne le test de suffisance, l'Union ne peut agir que si les actions entreprises par les États sont ineffectives (ou simplement inexistantes) en dépit du fait qu'il faille agir dans un domaine particulier. Aussi l'Union sera-t-elle habilitée à intervenir à la double condition que son action réponde à l'ineffectivité des réglementations étatiques et

---

[2041] C'est par les effets des réglementation nationales sur l'objectif d'établir le marché intérieur que se juge l'applicabilité des libertés de circulation (au regard de leur restriction aux échanges). Dans l'arrêt Rottmann, la Cour a dépassé la situation purement interne en mettant l'accent sur les effets de la décision allemande, à savoir la perte de la citoyenneté de l'Union, et non pas sur la circulation de M. Rottmann de l'Autriche vers l'Allemagne, comme l'indiquait son avocat général. L'arrêt Ruiz-Zambrano est emblématique puisque l'applicabilité de l'article 20 TFUE se justifie par l'*effet* de la décision, nonobstant la situation purement interne en l'absence de tout élément d'extranéité. Voir :CJUE, 2 mars 2010, *Rottmann,* aff. C-135/08, *Rec*. p. I-1449 ;CJUE, 8 mars 2011, *Zambrano,* aff. C-34/09.

[2042] La notion d'affectation du commerce inter-étatique et l'existence d'une restriction de concurrence conditionne l'applicabilité du droit européen de la concurrence et le champ des compétences de la Commission. L'affection peut être présumée et la dimension nationale négligée. Voir :TPI, 27 septembre 2006, *GlaxoSmithKline Services c/ Commission*, Aff. T-168/01, *Rec*. II-2969, p pts 201 à 203. Dans cet arrêt le Tribunal affirme que le principe de subsidiarité est concrétisé à l'article 101.1 TFUE par la limitation de l'interdiction qui y est prévue aux accords entre entreprises, aux décisions d'associations d'entreprises et aux pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres. Aussi la décision de la Commission est conforme au principe de subsidiarité lorsqu'elle établit que le commerce entre États membres est susceptible d'être affecté.

[2043] PORTUESE A., Le principe d'efficience, précité, p. 139.

qu'elle garantisse elle-même l'effectivité de sa propre action. En effet, une action européenne ineffective ne saurait se substituer à une action nationale ineffective. Le test de la valeur ajoutée est plus intéressant pour l'Union, car il permet de mettre en avant les bénéfices et avantages de son action par rapport aux actions des États membres. Ces bénéfices peuvent être plus importants en raison de l'ineffectivité de l'action étatique ou « du fait de l'efficience moindre des mesures nationales par rapport à l'efficience des potentielles actions des institutions européennes »[2044]. C'est ici qu'intervient l'analyse coûts-bénéfices des actions étatiques et des actions potentielles de l'Union européenne au travers de laquelle le niveau maximisant les bénéficies nets sera « le niveau de gouvernance le plus approprié pour l'intervention juridique » passant ainsi « le test général de conformité de la mesure avec le principe de subsidiarité »[2045]. Aussi peut-on affirmer que si la compétence étatique est bien présumée dans le domaine des compétences partagées, le législateur de l'Union peut toujours apporter la preuve contraire et motivée de la nécessité de son intervention.

911. Il nous semble que c'est surtout le deuxième test qui est exploité par les institutions de l'Union, eu égard à la plus grande subjectivité du critère de la valeur ajoutée par rapport à celui de la défaillance étatique, dans la mesure où il leur permet de dépasser, plus aisément, la compétence nationale. En effet, la prise en compte du critère d'efficacité permet une « extension incontrôlée des compétences de l'Union » en dépossédant les États membres de leurs domaines d'action[2046]. Dans cette optique, la subsidiarité ne vise pas tant à protéger le niveau national que privilégier l'action de l'Union voire à la favoriser de façon systématique.

912. La prétendue neutralité qui semble ressortir de l'approche technique et économique inhérente à la subsidiarité-efficacité ne doit pas occulter la dimension politique et les enjeux qui sont attachés aux analyses centrées sur les effets et l'efficience. Le double test de l'effectivité et de l'efficience (insuffisance et valeur ajoutée) permet de renverser la présomption posée par la subsidiarité-proximité. L'objectif du marché intérieur accorde une place prépondérante à la dimension transfrontalière ou aux effets transnationaux. Cette analyse permet par conséquent de passer « d'une présomption de compétence des États tenant à la nature locale, régionale ou nationale de la situation et des intérêts en présence, que pourrait induire le principe de subsidiarité dans un domaine de compétence partagée, à une présomption de nécessité d'intervention de l'Union dès lors qu'est établie l'existence d'effets

---

[2044] *Ibid*.

[2045] *Ibid*., p. 140.

[2046] AUDOUY L., Le principe de subsidiarité, précité, p. 50.

transfrontaliers potentiellement attachés à cette situation ou ces intérêts »[2047]. Comme le souligne L. Potvin-Solis, l'extension du champ d'intervention de l'Union qui prend souvent appui sur le rapprochement des législations nationales et l'harmonisation est permise par « les objectifs matériels rapportés à la nature transnationale des situations visées » qui « dominent la justification du respect du principe de subsidiarité »[2048]. Si la question d'une harmonisation européenne se pose, c'est parce qu'il pré-existe une compétence normative des États membres. Mais lorsque la réglementation européenne vise un double objectif, celui du bon fonctionnement du marché, et un autre relevant d'un domaine de compétences partagées, elle contribue à étendre le champ de ces compétences au profit de l'Union, sur la seule base des effets potentiels des législations nationales.

913. La lecture des considérants relatifs à la prise en compte du principe de subsidiarité, contenus dans les mesures adoptées par le législateur européen, est assez révélatrice. Soit ce dernier se borne à faire référence à l'objectif de son action en considérant, par exemple, qu' « étant donné que les objectifs de la présente directive ne peuvent être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc être mieux réalisés au niveau communautaire, l'Union adopte des mesures conformément au principe de subsidiarité »[2049]. Soit il mentionne les effets et/ou les dimension de son action en considérant qu'étant donné que l'objectif de la directive[2050] ne peut pas être atteint de manière suffisante par les États membres mais peut, « en raison des dimensions ou des effets de l'action, l'être mieux au niveau de l'Union, celle-ci peut prendre des mesures, conformément au principe de subsidiarité »[2051]. Mais il peut tout aussi bien considérer qu'étant donné que l'objectif de la directive ne peut pas être atteint de manière suffisante par les États membres mais peut, « en

[2047] POTVIN-SOLIS L., compétences partagées et objectifs matériels, précité, p. 44.

[2048] *Ibid*.

[2049] Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte)JO L 204 du 26.7.2006.

[2050] à savoir l'établissement d'un cadre commun général de dispositions, mesures et mécanismes nécessaires pour mieux appliquer et faire respecter, de manière plus uniforme, les droits liés à la libre circulation des travailleurs.

[2051] Directive 2014/54/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative à des mesures facilitant l'exercice des droits conférés aux travailleurs dans le contexte de la libre circulation des travailleurs Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, JO L 128 du 30.4.2014, p. 8–14.

raison de l'ampleur ou des effets de l'action, l'être mieux au niveau de l'Union, celle-ci peut prendre des mesures, conformément au principe de subsidiarité »[2052].

914. Il ressort de l'analyse de ces considérants un constat quasi-unanimement partagé par la doctrine et les avocats généraux, à savoir une motivation lacunaire du législateur de l'Union en raison de la reprise systématique de la même formule standardisée pour ne pas dire, à l'instar de Madame J. Kokott, complètement « creuse » car « cantonnée en définitive à une reproduction modulaire du libellé même des dispositions pertinentes du traité »[2053]. Il est donc assez ironique de constater que la technique du *mieux légiférer*, célébrée par la Commission[2054], ne porte pas véritablement ses fruits puisqu'on en trouve rarement de « brillants spécimens » parmi les directives adoptées par le législateur de l'Union[2055]. Néanmoins, il importe de distinguer la légistique et la procédure, d'une part, de l'analyse sur le fond, d'autre part, car c'est ici que le « mieux » qui intéresse la subsidiarité-efficacité trouve à s'incarner.

915. Au-delà de cette critique légitime, il convient donc de relever que le législateur assimile les effets de l'action à ses dimensions et à son ampleur. L'analyse des considérants révèle par ailleurs que le législateur de l'Union précise, systématiquement après avoir mentionné le respect du principe de subsidiarité (art. 5.3 TUE), la prise en compte de la proportionnalité en vertu de laquelle la mesure n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif visé (art. 5.4 TUE). La question des effets de l'action de l'Union concernent également le principe de proportionnalité dans la mesure où il s'agit de s'assurer que les effets et l'intensité d'une mesure ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire. Néanmoins la subsidiarité *stricto sensu* se fonde sur une rationalité économique distincte de celle qui est sous-jacente au principe de proportionnalité. Surtout, la question des effets joue un rôle très différent dans la justification d'une mesure de l'Union au regard du principe de subsidiarité car elle permet au législateur de se prévaloir des effets négatifs d'une action étatique sur le bon fonctionnement du marché intérieur afin de légitimer son intervention.

[2052] S'agissant de l'objectif visant à mettre en place un cadre commun pour un ensemble de dispositions, mesures et mécanismes de contrôle pour améliorer et uniformiser la mise en œuvre, l'application et l'exécution des dispositions de la directive 96/71/CE dans la pratique. Directive 2014/67/UE du Parlement Européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services et modifiant le règlement (UE) n°1024/2012 concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur JO L 159 du 28.5.2014, p. 11–31. Nous soulignons.

[2053] Conclusions présentées le 23 décembre 2015 dans l'affaire C−358/14, §175-179.

[2054] Voir le premier chapitre du premier titre de la seconde partie de cette thèse consacrée à l'instrumentalisation fonctionnelle du principe de subsidiarité par la Commission.

[2055] *Ibid*.

2. *La présomption des effets négatifs de l'action étatique sur le marché intérieur*

916. La lecture des considérants des directives visant à faciliter l'exercice des libertés de circulation sur le marché intérieur montre que le législateur de l'Union s'appuie systématiquement sur « les disparités entre les législations ou les mesures administratives » des États membres susceptibles d'engendrer des entraves au commerce et de fausser la concurrence dans l'Union pour justifier une action au niveau européen. En effet, dans la mesure où les réglementations nationales ont un « impact direct sur l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur », l'harmonisation se présente comme « le seul moyen d'éviter ces entraves au commerce et de prévenir la concurrence déloyale » conformément au principe de subsidiarité[2056]. Le législateur présume, par conséquent, que l'hétérogénéité des législations nationales est de nature à nuire au bon fonctionnement du marché intérieur.

917. De la même façon, le législateur de l'Union peut s'appuyer sur les rapports et les consultations de la Commission pour considérer qu' « il subsiste de grandes disparités entre les législations des différents États membres » ou entre « les situations juridiques ou économiques nationales » susceptibles d'entraver le fonctionnement du marché intérieur. Sous prétexte de « faciliter l'émergence d'un marché intérieur performant », il est donc parfois nécessaire de prévoir un cadre harmonisé « dans un certain nombre de domaines clés ». Aussi la subsidiarité-efficacité permet-elle de légitimer une « harmonisation complète » nécessaire pour assurer à tous les consommateurs « un niveau élevé et équivalent de protection de leurs intérêts et pour créer un véritable marché intérieur »[2057].

918. À cet égard, l'analyse des considérants de la Directive 2001/84/CE[2058] relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une œuvre d'art originale est éclairante puisque le législateur y affirme qu'une condition préalable au bon fonctionnement du marché intérieur est l'existence de conditions de concurrence sans distorsions. Or, les différences entre les dispositions nationales dans le domaine du droit de suite créent des distorsions de concurrence et entraînent une inégalité de traitement des artistes qui est fonction du lieu où leurs oeuvres sont vendues. Aussi la question présente-t-elle « des aspects transnationaux qui ne peuvent pas être réglementés d'une manière satisfaisante par des mesures prises au niveau des États

---

[2056] Par exemple : Directive 2009/125/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 établissant un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'écoconception applicables aux produits liés à l'énergie. JO L 285 du 31.10.2009, p. 10–35.

[2057] Directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil. JO L 133 du 22.5.2008, p. 66–92.

[2058] Directive 2001/84/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2001 relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une œuvre d'art originale. JO L 272 du 13.10.2001, p. 32–36.

membres ». Le législateur ajoute qu'une absence d'action de sa part « ne serait pas conforme à l'exigence du traité selon laquelle il convient de remédier aux distorsions de la concurrence et à l'inégalité de traitement »[2059]. Il précise, par ailleurs, qu'en raison de « l'étendue des divergences entre les dispositions nationales, il est nécessaire d'adopter des mesures d'harmonisation pour remédier aux disparités entre les législations des États membres lorsque de telles disparités sont susceptibles de créer ou de maintenir des distorsions de conditions de concurrence. Il n'apparaît cependant pas nécessaire, selon lui, d'harmoniser toutes les dispositions mais seulement de limiter l'harmonisation à celles qui ont l'incidence la plus directe sur le fonctionnement du marché intérieur. La directive « répond donc dans son intégralité aux principes de subsidiarité et de proportionnalité conformément à l'article 5 du traité »[2060]. Au considérant 22, le législateur ajoute que la non-application du droit de suite en dessous du seuil minimal pourrait « contribuer à éviter des frais de perception et de gestion disproportionnés par rapport au bénéfice pour l'artiste » mais, qu'en vertu du principe de subsidiarité, « il convient de laisser aux États membres le pouvoir d'établir des seuils nationaux inférieurs au seuil communautaire afin de promouvoir les intérêts des nouveaux artistes » dans la mesure où cette dérogation « en raison du faible niveau des montants, n'est pas susceptible d'avoir un effet significatif sur le bon fonctionnement du marché intérieur ».

919. Il ressort clairement de ces considérants que le principe de subsidiarité n'est appréhendé par le législateur qu'à la lumière de l'objectif du marché intérieur en tenant compte des effets de son action et de celle des États membres sur le bon fonctionnement de ce dernier. À aucun moment n'interviennent des considérations tirées de la nécessité d'assurer un partage plus équilibré des compétences ou de préserver l'autonomie des États membres et la diversité sur le marché. Pire, la diversité législative s'analyse comme une disparité, c'est-à-dire un obstacle ou une entrave susceptible de nuire à l'établissement d'un marché performant et efficace. La subsidiarité-efficacité constitue, en quelque sorte, l'exacte inverse de la subsidiarité-proximité dans la mesure où le principe est conçu comme un instrument au service de l'intégration et non comme un outil fédératif visant à garantir le pluralisme. Une telle utilisation de la subsidiarité exclut, par définition, la vision d'une Union européenne conçue comme une entité fédérale, sur le modèle de la Fédération d'O. Beaud[2061], dans laquelle le principe de subsidiarité contribuerait à protéger l'autonomie des entités fédérées et

---

[2059] *Ibid.*, considérant 14.

[2060] *Ibid.*, considérant 15 et 16.

[2061] BEAUD O., « La Fédération entre l'Etat et l'Empire », in Théret B., L'Etat, la finance et le social: Souveraineté nationale et construction européenne, Paris : La Découverte, 1995, pp. 282-305.

préserver la diversité[2062]. Il est frappant de constater que l'insertion de ce principe dans le droit primaire de l'Union a suscité des interprétations doctrinales tendant à voir dans la subsidiarité la preuve du caractère quasi-fédéral du système européen plutôt que l'idée d'un super-État qui sous-tend les approches préconisant une harmonisation plus étendue et centralisée[2063].

920. Il est intéressant, à cet égard, de comparer l'attitude des institutions de l'Union à l'approche retenue par le législateur fédéral et la Cour suprême des États-Unis dans le contexte de l'intégration du marché américain. Ainsi que l'a relevé A. Jeanne dans le cadre d'une thèse consacrée à l'intégration négative des marchés américain et européen, l'intégration ne saurait, aux États-Unis, avoir pour effet de supprimer les disparités législatives entre les États fédérés, « de telles disparités, en ce qu'elles sont la conséquence nécessaire de l'exercice de leur compétence par les États, étant inhérentes au fédéralisme »[2064]. Au contraire, dans l'Union, le primat de l'intégration et le caractère instrumental de la répartition des compétences impliquent que les libertés fondamentales du marché intérieur peuvent être un instrument de rapprochement des législations, ces dernières étant nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur[2065]. Cette différence d'approche se retrouve dans l'intégration négative dans la mesure où la Cour suprême ne considère pas que les disparités entre les législations étatiques constituent nécessairement une entrave à la libre circulation des marchandises, le contrôle de l'entrave mettant l'accent sur le caractère protectionniste de la mesure litigieuse. L'analyse de la jurisprudence de la Cour de justice en matière d'entrave aux libertés de circulation révèle, au contraire, qu'une mesure peut constituer une restriction même si elle n'est pas protectionniste ou discriminatoire en elle-même.

921. Une fois de plus, l'analyse par les effets permet de pointer du doigt la disparité législative, au risque d'empiéter sur les pouvoirs réglementaires des États membre. En ce qui concerne, plus spécifiquement, l'autre pendant de l'intégration, à savoir l' « égalisation des facteurs nécessaires au fonctionnement harmonieux du marché » par l'intervention des autorités centrales[2066], force est de constater qu'en matière d'intégration positive, la Cour a

---

[2062] MILLS A., The Confluence of Public and Private International Law. Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law, Cambridge University Press, 2009, p. 186.

[2063] *Ibid.*, « *The adoption and development of the principle of subsidiarity emphasises the quasi-federal character of the European system rather than the idea of a 'super-state' which is implicit in approaches that advocate more widespread and centralised harmonisation* »

[2064] JEANNE A., L'intégration négative, précité, p. 29.

[2065] *Ibid.*

[2066] BARON F., Marché intérieur et droit social dans l'Union européenne, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 1998, 611 p., spéc., p. 33.

aussi un rôle à jouer. En effet, il lui revient de contrôler le respect du principe de subsidiarité par le législateur de l'Union lorsque ce dernier vise à harmoniser voire à unifier les réglementations des États membres. Il faut pourtant admettre que la jurisprudence accrédite la thèse d'un principe de subsidiarité réduit à un simple outil d'intégration.

Paragraphe 2. Le contrôle partiel de la Cour de justice sur le respect de la subsidiarité

922. La substitution d'une « subsidiarité-efficacité », centrée sur des considérations techniques, la poursuite des objectifs marchands et l'analyse par les effets, à une « subsidiarité-proximité » permettant de prendre en compte des motifs extra-économiques a nécessairement des conséquences sur le contrôle juridictionnel du principe de subsidiarité. Certes, la Cour de justice a progressivement accepté de se prononcer sur les moyens tirés d'une violation de la subsidiarité. Les évolutions de sa jurisprudence sont indubitables puisqu'elle est passée d'un contrôle de la motivation des actes législatifs à un contrôle, sur le fond, cantonné toutefois à l'erreur manifeste d'appréciation. Si la « juridicité » et la « justiciabilité » du principe de subsidiarité ne sont aujourd'hui plus mises en doute, le principe n'échappant pas au contrôle du juge de l'Union[2067], force est cependant de reconnaitre que son effectivité juridictionnelle continue à être interrogée à l'heure où aucun arrêt n'est venu constater l'invalidité d'un acte litigieux pour violation de la subsidiarité. La plupart des auteurs se bornent à avancer, hier comme aujourd'hui, le caractère éminemment politique du principe pour tenter d'expliquer le manque d'audace du juge lorsqu'il s'agit de contrôler l'action du législateur, tant en ce qui concerne l'examen de la compatibilité matérielle que celui de la motivation suffisante de l'acte au regard de la subsidiarité. Cette explication, somme toute classique et conventionnelle, ne saurait nous satisfaire dans la mesure où nous avons précisément montré la « dépolitisation » du principe de subsidiarité à laquelle s'est livrée très tôt, et en amont, la Commission européenne.

923. Il nous semble que la véritable raison des difficultés que rencontre la Cour de justice à se saisir pleinement de cet instrument réside bien plus dans la nature économique du test qu'il implique et des appréciations et évaluations complexes qui en découlent. En d'autres termes, la subsidiarité-efficacité est un obstacle à l'exercice d'un contrôle juridictionnel

---

[2067] L'article 8 du protocole relatif à l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, issu du traité de Lisbonne, prévoit que la Cour de justice est compétente pour se prononcer sur les recours pour violation, par un acte législatif, du principe de subsidiarité formés par un État ou transmis par celui-ci au nom de son parlement. En outre, de tels recours peuvent aussi être formés par le Comité des régions contre des actes législatifs pour l'adoption desquels le TFUE prévoit sa consultation.

approfondi et cette auto-limitation du juge se fait, bien sûr, au détriment de l'autonomie des États membres. L'examen sur le fond ne peut qu'être *volens nolens* partiel et lacunaire pour un organe juridictionnel aussi peu « outillé » que l'est le juge de l'Union (A).

924. L'explication n'est toutefois pas totalement satisfaisante si l'on considère la jurisprudence sous l'angle de l'examen de la motivation des actes au regard du principe de subsidiarité. Nous avons déjà indiqué que le législateur se contente de reproduire le libellé des dispositions de l'article 5.3 TUE pour justifier son intervention sous l'angle de la subsidiarité et que la Cour de justice s'en satisfait, nonobstant les critiques de certains avocats généraux. Il est plus difficile ici de se réfugier derrière l'explication ou l'« excuse » du caractère hautement complexe de l'analyse effectuée par le législateur de l'Union puisqu'il suffirait à la Cour de contraindre ce dernier d'étayer plus clairement l'exposé des motifs de ses actes. Ce qui peut s'interpréter comme une complaisance du juge à l'égard du législateur est d'autant plus regrettable que le premier s'abstient déjà d'empiéter sur la marge d'appréciation du second en ce qui concerne l'examen sur le fond. Il est loisible de considérer, qu'à l'instar de la Commission, la Cour de justice envisage le principe de subsidiarité comme un outil d'intégration et non comme un principe susceptible de remettre en cause l'intervention de l'Union. C'est ce qui ressort, nous semble-t-il, de sa lecture « orientée » des considérants des actes litigieux dans un sens systématiquement favorable à la centralisation (B).

A. La subsidiarité-efficacité, obstacle indépassable à l'approfondissement du contrôle juridictionnel

925. La rationalité technico-économique qui sous-tend le principe de subsidiarité implique une large marge d'appréciation du législateur européen sur laquelle le juge ne saurait empiéter. Dès lors, le contrôle sur le fond qui suppose d'effectuer un test d'efficacité comparative ne peut que se révéler défaillant pour un organe juridictionnel, comme l'atteste le raisonnement circulaire auquel la Cour semble condamnée en matière de subsidiarité (1). La limitation du contrôle juridictionnel s'opère au détriment des États dans la mesure où la subsidiarité-efficacité, loin de préserver leur autonomie, tend à inverser la présomption selon laquelle l'action étatique doit être privilégiée, eu égard aux aspects transnationaux et l'objectif de réalisation du marché. Aussi est-ce une véritable *probatio diabolica* qui est exigée des requérants souhaitant démontrer l'aptitude étatique à atteindre cet objectif (2).

1. La défaillance du test de l'efficacité comparative : un raisonnement circulaire

926. S'il est vrai que la nature politique d'un principe peut expliquer et justifier une certaine retenue du juge lors de son contrôle des actes adoptés par le législateur, il nous

semble néanmoins que les considérations attachées à l'application du principe de subsidiarité sont d'ordre technique et économique. Certes, le principe de subsidiarité renvoie à des éléments d'opportunité comme le suggèrent les formules « manière suffisante » ou « mieux » contenues dans les dispositions de l'article 5.3 TUE, ce qui semble exclure un contrôle juridictionnel allant au-delà de la vérification du caractère manifestement inapproprié d'une mesure ou de l'absence de détournement de pouvoir[2068]. C'est d'ailleurs « la nature politique du principe de subsidiarité et la crainte de son impact négatif sur l'intégration européenne » qui ont fréquemment été invoqués « pour écarter tout contrôle juridictionnel »[2069]. Dès 1994, un auteur a pu écrire que seuls l'erreur manifeste et le détournement de pouvoir peuvent être relevés par le juge à peine de remplacer la discrétion du Conseil et de la Commission par la sienne et d'assumer ainsi le rôle de législateur suprême sous couvert de contrôle de légalité[2070].

927. Néanmoins, dans la mesure où le principe de subsidiarité a un contenu qui n'est pas déterminé *a priori*[2071], les institutions, et plus précisément la Commission, lui ont conféré une teneur et une orientation particulières[2072]. Si la subsidiarité continue, dans une certaine mesure, à être brandie comme un « slogan politique »[2073], ce sont essentiellement des considérations technico-fonctionnelles qui président à son application sur le plan juridique et juridictionnel. Quant à son orientation, cette dernière est résolument ascendante dès lors qu'il s'agit, pour l'Union, de justifier son action au regard de l'objectif de réalisation du marché, la subsidiarité-efficacité étant conçue comme un instrument d'intégration.

928. Une telle interprétation tend à favoriser une certaine centralisation, nonobstant l'existence d'un contrôle juridictionnel dans la mesure où le juge n'a jamais annulé un acte d'une institution pour non respect du principe de subsidiarité. Cette hypothèse nous semble, en vérité, hautement improbable dans la mesure où le raisonnement de la Cour, lorsqu'elle apprécie le respect de la subsidiarité matérielle par le législateur, est condamné à une certaine pauvreté. Nous rejoignons ainsi l'opinion de N. Fennely lorsqu'il affirme qu'en s'attaquant au contrôle concret des choix législatifs complexes mettant en cause des intérêts économiques, la Cour doit accepter l'appréciation portée par le législateur sur l'efficacité d'un acte à l'égard de

---

[2068] BERTRAND B., « Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne », *R.T.D.E.*, 2012, p. 329.

[2069] DECHATRE L., Le pacte fédératif, précité, p. 552.

[2070] TOTH A., Is subsidiarity justiciable?, *ELRev*, 1994, vol.19, n°3, pp.268-285., p. 283.

[2071] BERNARD E., La spécificité du standard juridique en droit communautaire, Bruylant, 2010, p. 97.

[2072] Voir chapitre I du premier titre de la seconde partie.

[2073] BARROCHE J.,« La subsidiarité. Le principe et l'application », Études, Tome 408, 6/2008.

l'établissement ou du fonctionnement du marché intérieur[2074]. Aussi le juge n'est-il pas autorisé à substituer son appréciation à celle du législateur, ni mettre en doute l'efficacité de son initiative. L'appréciation portée sur le rapport que présente la mesure avec ses objectifs implique d'utiliser le type de contrôle exercé par la Cour lorsque les institutions bénéficient de larges pouvoirs d'appréciation, tel que l'erreur manifeste ou le détournement de pouvoir[2075]. En effet, l'analyse de la jurisprudence confirme que le législateur dispose d'un large pouvoir non seulement lorsque son action implique des choix politiques mais aussi économiques tant les appréciations et évaluations effectuées en ce domaine se révèlent complexes[2076].

929. Dans ses conclusions relatives à l'affaire *Allemagne c/ Parlement et Conseil* à l'occasion de laquelle la Cour de justice avait annulé, le 15 juin 2000, la directive 98/43/CE du législateur de l'Union, l'Avocat général avait souligné que si le principe de subsidiarité s'applique lorsque sont exercées des compétences d'harmonisation, le principe est respecté dès lors qu'est démontrée la nécessité « d'adopter des mesures harmonisées communes, instrument qui ne peut être employé qu'au niveau communautaire »[2077]. En effet, dans l'arrêt *Royaume-Uni c/ Conseil*, la Cour de justice a constaté que l'ex-article 118A permettait au Conseil d'adopter des prescriptions minimales en vue de contribuer, par voie d'harmonisation, à la réalisation de l'objectif d'élévation du niveau de protection de la santé des travailleurs, lequel incombe en premier lieu aux États membres. Or, dès lors que le Conseil constate la nécessité d'améliorer le niveau de ladite protection et d'harmoniser les conditions existant en ce domaine, le juge estime que la réalisation d'un tel objectif « suppose nécessairement une action d'envergure communautaire »[2078]. Il ressort de ce raisonnement que dès lors qu'une action de l'Union est jugée nécessaire par le législateur européen, l'objectif en question est mieux atteint au niveau de l'Union qu'au niveau national.

930. Ce constat est encore plus clair lorsqu'il s'agit d'adopter des mesures d'harmonisation à la lumière des objectifs du marché intérieur dans la mesure où la disparité législative, à l'origine d'entraves aux échanges et de distorsions de concurrence, donne à l'Union un intérêt à harmoniser les conditions économiques. En ce domaine, elle seule peut adopter des mesures permettant de mettre fin aux obstacles à la réalisation du marché intérieur. Si les États peuvent tenter d'atténuer les effets de la disparité législative par la voie de la reconnaissance mutuelle,

---

[2074] Conclusions présentées le 15 juin 2000 dans l'affaire C-376/98, *Allemagne c/ Parlement et Conseil*.

[2075] *Ibid*.

[2076] CJCE, *British American Tobacco*, C-491/01, EU:C:2002:741, pt 123; *Vodafone,* C-58/08, EU:C:2010:321, pt 52 ; *Gauweiler,* C-62/14, EU:C:2015:400, pt 67.

[2077] Conclusions présentées le 15 juin 2000 dans l'affaire C-376/98, précitée, §137.

[2078] CJCE, 12 novembre 1996, *Royaume-Uni/Conseil*, aff. C-84/94, Rec. p. I-5755, pt 47.

par exemple, ils ne peuvent pas « parvenir eux-mêmes à l'uniformité proprement dite dans le secteur concerné »[2079]. C'est ce qui explique que même si ces derniers sont compétents (et plus efficaces que l'Union) dans un domaine, comme la protection de la santé, qui est susceptible d'être affecté par des actes adoptés dans le domaine du marché intérieur, la subsidiarité ne leur permet pas de s'en prévaloir pour obtenir l'annulation d'une directive[2080].

931. Pour l'avocat général N. Fenelly, « il ne saurait exister de critère d'efficacité comparative entre les actions potentielles des États membres et de la Communauté » dans la mesure où un tel test soulèverait des questions délicates[2081]. En effet, comment évaluer les avantages comparatifs entre une action d'harmonisation de l'Union visant l'objectif de réalisation du marché intérieur et des législations nationales portant sur des préoccupations étatiques d'une toute autre nature ? L'analyse de la jurisprudence postérieure à la date à laquelle ces conclusions ont été rendues, tend à montrer que si la Cour accepte désormais de procéder à un test d'efficacité comparative, ce dernier est défaillant dans la mesure où l'examen du juge est, dans une très large mesure, lacunaire et tronqué. En effet, le juge considère qu'une intervention de l'Union respecte le principe de subsidiarité si elle s'avère nécessaire à la réalisation d'un objectif de l'Union en rapport avec le marché intérieur.

932. Dans l'arrêt *Vodafone*[2082], la Cour de justice a ainsi répondu à la juridiction de renvoi qui l'interrogeait quant à la validité du règlement 717/2007/CE sur l'itinérance sur les réseaux de téléphonie mobile que le législateur, soucieux de préserver la concurrence entre opérateurs a, par l'adoption de l'acte litigieux, instauré une approche commune afin de contribuer au fonctionnement harmonieux du marché intérieur, en permettant aux opérateurs d'agir dans un seul cadre règlementaire cohérent. Eu égard à l'interdépendance entre les prix de détail et les prix de gros des services d'itinérance, le législateur de l'Union était donc en droit de conclure que son action nécessitait une approche commune au niveau tant des prix de gros que des prix de détail, afin de contribuer au fonctionnement du marché intérieur de tels services. En raison des effets de cette approche commune, l'objectif pouvait être mieux réalisé au niveau de l'Union. Un tel raisonnement qui se focalise exclusivement sur les conséquences de l'action de l'Union sur le fonctionnement du marché intérieur tend à occulter l'un des deux critères du principe de subsidiarité. En effet, pour la Cour de justice, l'insuffisance de l'action étatique est avérée dès lors que la capacité des États à atteindre l'objectif en cause est moindre que

---

[2079] Conclusions de M. N.Fennely, présentées le 15 juin 2000 dans l'affaire C-376/98, précitée, §139.

[2080] Voir à cet égard : CJUE, 4 mai 2016, *Pologne c/Parlement et Conseil*, aff. C-358/14, précitée. La Pologne faisait valoir que les Etats membres sont plus efficaces que l'Union pour

[2081] Conclusions de M. N. Fennely, précitée.

[2082] CJUE, 8 juin 2010, *Vodaphone*, Aff. C-58/08, *Rec*. I-04999, points 76 à 79.

celle de l'Union, même si elle n'est pas nulle. En réalité, le juge assimile le test d'effectivité à celui de la valeur ajoutée, ce qui conduit à privilégier systématiquement l'action européenne du fait de son efficacité.

933. Les conclusions de l'Avocat général semblaient plus satisfaisantes dans la mesure où, sans remettre en cause l'acte législatif, ce dernier a admis que la décision prise par le législateur de fixer des prix maximaux à l'échelle de l'Union au niveau tant du commerce de gros que du commerce de détail soulevait « de graves questions quant au principe de subsidiarité »[2083]. En effet, si dans le cas des prix de gros, une intervention de l'Union s'imposait dans la mesure où il existait un problème de pratiques concertées, la régulation des prix de détail était plus problématique. L'avocat général estimait qu'il fallait établir que le législateur de l'Union était mieux placé que le législateur national pour réglementer les prix de détail des services car dans le cas des prix de détail son intervention n'était pas évidente. En effet, une fois les prix de gros été fixés, les États auraient pu fixer, librement et de manière efficace, des prix de détail nationaux. De plus, « ni les objectifs du règlement ni l'intention du législateur » n'étaient, selon lui, décisifs pour garantir le respect du principe de subsidiarité. L'appréciation devait porter sur la nécessité d'une action pour atteindre l'objectif dans la mesure où les objectifs des traités qui justifient l'existence d'une compétence de l'Union peuvent parfois être mieux réalisés par les États membres. Quant à l'intention du législateur, celle-ci ne suffit pas à démontrer que le principe de subsidiarité a été pris en compte car « il faut autre chose que se contenter de mettre en évidence les avantages découlant éventuellement de l'intervention de la Communauté ». L'avocat général mettait également l'accent sur la nécessité de procéder à une évaluation des problèmes ou des coûts si la question était laissée aux États, en soulignant qu' « en posant ces principes, la Cour ne substitue pas son jugement à celui du législateur communautaire, mais impose seulement à celui-ci de prendre la subsidiarité au sérieux »[2084]. Force est de constater que le raisonnement de la Cour de justice ne laisse pas apparaitre ces éléments dans la mesure où elle se contente d'insister sur l'objectif d'améliorer le fonctionnement du marché intérieur. La référence régulière, pour ne pas dire omniprésente, au marché est de nature à biaiser l'interprétation juridictionnelle de la subsidiarité[2085]. De plus, en fusionnant les critères de l'insuffisance et de la valeur ajoutée, la Cour néglige l'interprétation stricte de la capacité d'action des États[2086].

[2083]Conclusions de l'avocat général M. M. Poiares Maduro présentées le 1er octobre 2009 dans l'affaire C−58/08 précitée. § 27.

[2084] *Ibid*., pts 27-30 des conclusions précitées.

[2085] AGUILON C., précité, p. 213.

[2086] *Ibid*., p. 85.

934. La Cour de justice ne fait, en réalité, que s'appuyer sur l'analyse du législateur en faisant sienne la présomption selon laquelle l'action de l'Union est nécessairement plus efficace que celle des États membres, *a fortiori* dans un domaine tel que le marché intérieur du fait de la dimension transnationale de la matière. Ce point de vue est celui de la subsidiarité-efficacité qui tend à occulter le critère de l'insuffisance (défaillance) et donc le test d'effectivité au profit du critère plus subjectif de la valeur ajoutée. Il ressort de l'arrêt *Vodafone* que l'examen de la Cour de justice se cantonne « à des considérations plus techniques que politiques »[2087]. Selon F. Martucci, dans la mesure où la Cour insiste sur le fait que la Commission a pris en compte dans son analyse d'impact l'efficacité et les incidences économiques d'une règlementation du marché pour valider l'acte litigieux, « il apparait que le frein au contrôle juridictionnel est davantage constitué par une lecture de la subsidiarité sous le prisme de l'efficacité »[2088]. Nous souscrivons entièrement à cette observation.

935. L'analyse globale de la jurisprudence confirme la place centrale accordée aux effets transnationaux et à la dimension transfrontalière dans l'examen du respect de la subsidiarité, ce qui est susceptible d'introduire un biais dans l'appréciation. Il est vrai que les lignes directrices du Protocole n°7 annexé au traité d'Amsterdam mettaient l'accent sur les dimensions et les effets de l'action, les aspects transnationaux des questions traités ou encore la nécessité de corriger les distorsions de concurrence. Néanmoins, la question se pose de savoir dans quelle mesure le caractère transnational d'une question démontre, de façon automatique, la plus grande efficacité de l'Union européenne. Pour la Cour de justice, cet aspect est déterminant. Ainsi dans l'arrêt *Luxembourg c/ Parlement et Conseil*[2089] c'est le caractère transnational du trafic aérien qui a justifié l'action de l'Union. C'est encore plus le cas dans le domaine du marché intérieur où la Cour focalise son raisonnement sur la nécessité d'instaurer un régime uniforme. Déjà en 2001, dans le domaine de la protection des inventions biotechnologiques, le juge de l'Union s'était fondé sur la dimension transnationale pour juger de l'insuffisance de l'action étatique dans son arrêt *Pays-Bas c/Parlement et Conseil*[2090]. La Cour de justice avait souligné que l'objectif de la directive visant à assurer le bon fonctionnement du marché n'aurait pas pu être atteint par une action entreprise au niveau des États membres. Au regard des effets immédiats sur le commerce intracommunautaire de cette protection, il était patent que l'objectif pouvait, en raison des dimensions et des effets de l'action envisagée, être mieux réalisé au niveau communautaire.

[2087] MARTUCCI F., L'autonomie entre efficacité et proximité, précité.

[2088] *Ibid*.

[2089] CJUE, 12 mai 2011, *Luxembourg contre Parlement* et Conseil, affaire C-176/09.

[2090] CJCE, 9 octobre 2001, *Pays-Bas c. Parlement et Conseil,* aff. C-377/98, Rec., p. I-7079, pts 30- 32.

936. L'élément central qui se retrouve dans la plupart des arrêts de la Cour, lorsqu'elle contrôle le respect par le législateur du principe de subsidiarité, est l'évolution hétérogène des législations des États membres, cet élément étant lui-même lié à la dimension transnationale. Ce constat est de nature à invalider systématiquement l'action étatique[2091]. En effet, la réalisation d'un objectif du traité revêt, par nature, un aspect transnational[2092]. Du reste, un auteur comme A. Estella a montré que même en l'absence d'une dimension transnationale, une intervention de l'Union pouvait toujours être justifiée en prenant l'exemple d'une législation visant à réglementer le bruit des tondeuses à gazon : même si la réglementation ne revêt pas un aspect transnational en tant que tel, l'action de l'Union peut être justifiée sous l'angle de la réalisation du marché intérieur dans la mesure où les mesures les plus strictes créeraient des entraves à la libre circulation des tondeuses. L'intervention du législateur viserait, dans une telle hypothèse, à assurer le bon fonctionnement du marché[2093].

937. Toujours est-il que le raisonnement de la Cour de justice ne saurait occulter une certaine circularité ni une systématicité dans la façon dont elle contrôle le respect du principe de subsidiarité. Le test d'efficacité comparative se révèle défaillant dans la mesure où le juge se satisfait des justifications avancées par le législateur de l'Union sans pousser plus loin l'analyse, au prix d'une fusion des critères d'insuffisance et de valeur ajoutée. Le raisonnement est circulaire en ce qu'« il suffit de constater vouloir faire ce qui est permis par une base juridique pour pouvoir le faire conformément au principe de subsidiarité »[2094]. Le domaine du marché intérieur illustre le mieux cette circularité car, comme l'a parfaitement résumé B. Bertrand, l'objectif de l'acte est le bon fonctionnement du marché; or, une action national laisse inévitablement persister une disparité législative; donc, une action de l'Union est nécessaire[2095]. Dans cette optique, il suffit à la Cour d'établir qu'une divergence nationale constitue une insuffisance étatique pour associer ensuite « la nécessité de l'intervention de l'Union Européenne à l'uniformité de l'intervention »[2096]. Dans la mesure où l'Union est mieux à même d'assurer l'uniformité du droit, l'action étatique est insuffisante. Cette logique systématique oriente le principe de subsidiarité dans un sens exclusivement ascendant et

---

[2091] CJCE, 10 décembre 2002, *British American Tobacco, aff.* C- 491/01, Rec. 2002, p. I-11453, pts 180-182 ; CJCE, 12 juillet 2005, *Alliance for Natural Health,* C-154/04 et C-155/04, Rec. p. I-6451, pts 102-106.

[2092] KAPTEYN P.J.C., « Community law and the principle of subsidiarity », R.A.E., 1991, p. 39.

[2093] ESTELLA A, *The EU Principle of Subsidiarity and its Critique*, New York, Oxford University Press, 2002, p. 106 à 114.

[2094] MICHEL V., *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, Collection Logiques juridiques, Paris, L'Harmattan, 2003, 704 p.

[2095] BERTRAND B, « Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne », *RTDE*, 2012, n° 2, pp. 329-354, sp. p. 346.

[2096] AGUILON C., précité, 256 et 392.

favorise la centralisation. En outre, elle met à la charge des requérants une preuve impossible à apporter pour démontrer l'aptitude des États membres à atteindre les objectifs visés par l'action de l'Union.

2. L'aptitude étatique à atteindre l'objectif visé : une probatio diabolica

938. Du point de vue des institutions européennes, comme la Commission ou la Cour de justice qui sont d'authentiques actrices de l'intégration, le principe de subsidiarité pose une véritable « *quaestio diabolica* » à laquelle l'Union ne semble pas en mesure de répondre de façon tout à fait objective puisqu'elle interroge la pertinence de son action dans un domaine dans lequel elle est compétente. Comme nous venons de le constater, les critères de l'insuffisance étatique et de la plus grande efficacité de l'Union sont vagues et laissent une marge d'appréciation aux institutions chargées d'appliquer le principe de subsidiarité. De plus, ces critères se prêtent à des interprétations pouvant varier en fonction des intentions de chacun. C'est pourquoi, pour ne pas vider le principe de subsidiarité de sa substance, c'est à l'Union européenne qu'incombe la charge de la preuve. Aussi doit-elle démontrer aux États membres le « bien fondé de son action »[2097]. Pour autant, l'équation selon laquelle le principe de subsidiarité induit une priorité d'action pour le niveau étatique semble, tout particulièrement dans le domaine du marché intérieur, s'inverser au profit de l'Union européenne tant est forte la présomption, posée par la subsidiarité-efficacité, de la défaillance étatique. Dès lors, l'invocation du principe de subsidiarité appelle, au contentieux, une *probatio diabolica* de la part des requérants. Qu'il s'agisse des États membres ou des particuliers, les requérants ne semblent pas en mesure de démontrer la plus grande aptitude de l'échelon étatique à atteindre l'objectif poursuivi par une mesure d'harmonisation dont le caractère transnational disqualifie, presque automatiquement, l'action nationale.

939. Les seuls arrêts dans lesquels le juge de l'Union a mis l'accent sur le fait que la charge de la preuve incombe à l'Union concernaient le contentieux de la mise en œuvre de la directive 2003/87/CE établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, qui a opposé trois États membres à la Commission[2098]. À cette occasion, le Tribunal a rappelé à l'ordre non pas le législateur de l'Union mais la Commission en insistant sur le fait que dans un domaine de compétences partagées, tel que celui de l'environnement, « la charge de la preuve incombe à la Communauté, c'est-à-dire en l'espèce à la Commission », laquelle

---

[2097] GENNART M., Le contrôle parlementaire du principe de subsidiarité, précité, p. 192.

[2098] Il s'agissait de trois arrêts rendus par le Tribunal à l'occasion de plusieurs litiges ayant opposé la Pologne, l'Estonie et l'Allemagne à la Commission. TPIUE, 23 septembre 2009, *Estonie c/ Commission*, aff. T-263/07; TPIUE, 23 septembre 2009, *Pologne c/Commission*, aff. T-183/07; TPIUE, 7 novembre 2007, *Allemagne c/ Commission,* aff. T-374/04.

doit démontrer dans quelle mesure les compétences de l'État sont limitées[2099]. Si le juge de l'Union a, au terme de son examen, annulé à trois reprises les décisions de la Commission concernant le plan national d'allocation, ce n'est pas sur le terrain de la subsidiarité, même s'il a tenu à souligner l'importance de ce principe dans la répartition des compétences d'exécution et de contrôle entre la Commission et les États, telle que l'avait effectué le législateur de l'Union[2100]. Il ne s'agissait donc pas de contrôler le respect de la subsidiarité législative mais de s'assurer que la Commission n'avait pas outrepassé ses compétences, telles qu'elles résultaient de la directive adoptée par le législateur de l'Union.

940. Reste que sur le plan législatif, contrôler le respect de la subsidiarité s'avère une tâche délicate, ne serait-ce qu'en raison de la potentielle remise en cause de l'intégration qui pourrait résulter d'une application trop stricte de ce principe. J. Verhoeven n'estimait-il pas abusif de demander à la Commission d'apporter la preuve de l'incapacité étatique, estimant, tout au contraire, qu'il eût été préférable d'obliger les États à démontrer, s'ils jugeaient qu'ils étaient en mesure de le faire, leur plus grande efficacité que l'Union[2101] ? C'est ce qui explique, sans doute, que la Cour de justice se montre extrêmement sévère à l'égard des arguments qui peuvent être avancées par les requérants étatiques.

941. Dans l'affaire *Luxembourg c/ Parlement et Conseil*[2102], l'État requérant avait tenté de montrer qu'il était injustifié, sous l'angle du principe de subsidiarité, d'appliquer la directive 2009/12 au plus grand aéroport de chaque État membre dans la mesure où l'aéroport de Luxembourg-Findel ne risquait pas, selon lui, d'abuser d'une position dominante. En effet, le Grand-Duché soutenait que le fait de régler au niveau de l'Union une situation qui pouvait l'être au niveau national, dès lors que le seuil de 5 millions de passagers par an n'était pas atteint, était incompatible avec le principe de subsidiarité. Cette incompatibilité résidait dans le fait que des aéroports ayant une taille supérieure a celle dudit aéroport étaient exemptés du respect des obligations de la directive litigieuse. Pour autant, la Cour à jugé que l'État n'avait pas « explicité de manière circonstanciée » son moyen de manière a permettre un contrôle juridictionnel sur la question de savoir dans quelle mesure une réglementation nationale pouvait réaliser de manière suffisante l'objectif de la directive 2009/12 dans un État membre

---

[2099] pt 83 de l'arrêt *Pologne c/Commission*, précité.

[2100] Il a ainsi souligné qu'il découlait de la directive que l'État était seul compétent pour élaborer le plan d'allocation et prendre des décisions fixant la quantité de quotas à allouer. Quant à la Commission, celle-ci jouissait, dans l'exercice de son pouvoir de contrôle, d'une certaine marge d'appréciation sans pour autant pouvoir substituer son analyse à l'appréciation effectuée par l'État membre dans son plan national d'allocation, ni de rejeter celui-ci au motif qu'il y aurait une divergence entre cette appréciation et sa propre analyse.

[2101] VERHOEVEN J., Analyse du contenu et de la portée du principe de subsidiarité, in : DELPEREE F.(dir.), *Le principe*, précité, p.382.

[2102] CJUE, *Luxembourg c/Parlement et Conseil,* affaire C-176/09, 12 mai 2011, §33 52, 73.

dans lequel le principal aéroport n'atteint pas le seuil minimal prévu par la directive. L'argument, fondé sur un raisonnement par analogie, selon lequel un cadre commun n'était pas nécessaire a l'égard de certains aéroports ne pouvait prospérer car pour le juge, il était clair que les aéroports enregistrant plus de 5 millions de mouvements de passagers par an, mais également les aéroports principaux de chaque État, indépendamment du nombre concret de mouvements de passagers par an, étaient censés disposer d'une position privilégiée. Il importe de relever que contrairement à ce qu'il peut faire en matière de marché intérieur, le juge de l'Union apprécie en l'espèce le respect du principe de subsidiarité, non pas à la lumière d'objectifs concrets, mais de façon tout à fait abstraite. Il n'est dès lors plus question d'efficacité puisque la Cour se concentre sur la position occupée par un aéroport dans l'État sans tenir compte du nombre concret d'usager pour identifier le droit applicable. Même si, par hypothèse, le nombre de passager ne devait pas constituer un élément pertinent pour analyser la directive litigieuse, la Cour de justice s'abstient toutefois de démontrer la nécessité d'une intervention de l'Union, tout en exigeant de l'État requérant d'expliciter davantage son argumentation.

942. Plus récemment l'arrêt *Pologne c/ Conseil et Parlement*[2103], rendu en matière de marché intérieur, a parfaitement illustré les difficultés auxquelles doivent faire face les États requérants lorsqu'ils entendent contester un acte du législateur pour non-respect de la subsidiarité. Comme toujours, la Cour a d'emblée mis l'accent sur le critère de la *plus-value*, en s'attachant à vérifier si l'objectif pouvait être mieux atteint au niveau de l'Union[2104]. En l'espèce, l'objectif était double, puisqu'il consistait à faciliter le marché des produits du tabac tout en assurant un niveau élevé de protection de la santé. Si le second volet de l'objectif se révélait plus efficacement atteint par l'action étatique, comme en convenait la Cour, « il n'en demeure pas moins que la poursuite dudit objectif à un tel niveau serait susceptible de consolider, sinon d'engendrer, des situations dans lesquelles certains États membres autoriseraient la mise sur le marché de produits du tabac contenant certains arômes caractérisants, alors que d'autres l'interdiraient ». Cet élément, à savoir le risque pour le bon fonctionnement du marché des produits du tabac (pris en compte par le premier objectif) permettait, à lui seul, de valider l'intervention de l'Union. Dans la mesure où la Cour présume que l'action de l'Union est plus appropriée lors du recours à l'article 114 TFUE, la démonstration de la plus grande aptitude des États à intervenir en ce domaine semble difficile pour ne pas dire impossible. La dimension transnationale attachée à la poursuite de l'objectif

---

[2103] Affaire précitée, C-358/14.

[2104] En ce sens, a*British American Tobacco,* aff. C-491/01, EU:C:2002:741, pts 179 et 180.

de la directive semble par nature disqualifier toute prétention étatique. S'agissant du première critère de la subsidiarité, à savoir le test d'insuffisance, il convient d'examiner si les objectifs poursuivis par les mesures adoptées en matière de fabrication des produits du tabac auraient pu être mises en œuvre par les États membres.

943. Contrairement à la Cour de justice, l'avocat général a identifié les éléments susceptibles d'avoir une influence sur la capacité des États à atteindre les objectifs de la directive, à savoir la question des capacités techniques et financières, la présence de particularités nationales et la dimension transfrontalière[2105]. Il va sans dire que la présence de problèmes transnationaux est un indice fort de l'insuffisance de l'action étatique. Or, l'élimination des obstacles aux échanges, enjeu majeur de l'article 114 TFUE, « livre un parfait exemple de mesures généralement inaptes à être réalisées de façon convenable à l'échelon des États»[2106]. L'avocat général a, certes, rapidement évoqué l'hypothèse peu probable de « l'adoption en temps utile par tous les États membres concernés de législations parallèles au contenu en substance identique ». Néanmoins, l'absurdité de ce cas de figure est patente au regard du constat que la démarche nationale donne généralement lieu à une « mosaïque », pour reprendre la formule de J. Kokott, de dispositions disparates aggravant les obstacles aux échanges au lieu de les éliminer[2107]. Quant au critère de la plus value, l'avocat général a admis qu'il existe une forte présomption de valeur ajoutée qui s'attache à une action prise par le législateur européen, « lorsque l'acte en cause adopté par celle-ci vise à résoudre des difficultés d'ampleur transnationale, en particulier, l'élimination d'obstacles aux échanges et, partant, l'amélioration du fonctionnement du marché intérieur de l'Union »[2108]. Cela n'a pourtant pas découragé le gouvernement polonais qui a tenté de nier, en l'espèce, la dimension transnationale du problème, faisant valoir les divergences entre les habitudes de consommation et les différences de structure économique entre les États. En outre, l'Etat requérant soutenait que la part de marché des cigarettes mentholées n'était importante que dans trois États membres de sorte que des mesures de santé régissant l'utilisation de l'arôme mentholé pouvaient être adoptées au niveau national.

944. La Cour de justice a répondu à ces prétentions en déclarant que le principe de subsidiarité n'a pas pour objet de « limiter la compétence de l'Union en fonction de la situation de tel ou tel État membre pris individuellement, mais impose seulement que l'action

---

[2105] Conclusions de l'avocat général Mme J. Kokott présentées le 23 décembre 2015, dans l'affaire précitée C−358/14., §150-153.

[2106] *Ibid.,* § 154.

[2107] *Ibid.*

[2108] *Ibid.*, § 164.

envisagée puisse, en raison de sa dimension ou de ses effets, être mieux réalisée au niveau de l'Union, compte tenu de ses objectifs, énumérés à l'article 3 TUE et des dispositions particulières aux différents domaines, notamment au marché intérieur, visées par les traités »[2109]. Par ailleurs, elle a précisé qu'aucun élément ne démontrait que la consommation des cigarettes mentholées était cantonnée à la Pologne, la Slovaquie et la Finlande et négligeable dans les autres États, comme le prétendait le gouvernement. Aussi les arguments polonais ont-ils été balayés d'un revers de main. Ce raisonnement appelle un constat, celui du manque d'effet utile du principe de subsidiarité aux fins des questions relevant du marché. L'on voit mal comment la Cour pourrait, à l'avenir, donner une suite favorable aux griefs des requérants fondés sur une violation du principe de subsidiarité par un acte visant un objectif du marché de l'Union. Comment démontrer qu'une action étatique pourrait contribuer à l'amélioration du fonctionnement du marché alors même que le juge part du principe que poursuivre un tel objectif au niveau étatique tend à consolider, sinon engendrer, des entraves aux libertés de circulation[2110]. Il y a, sur ce point précis, un obstacle qui nous semble indépassable dans la mesure où la logique qui sous-tend le raisonnement de la Cour mène fatalement à une impasse. En outre, dans la mesure où la situation d'un seul État membre ne saurait, aux yeux du juge, être pertinente pour mettre en cause un acte du législateur, le principe de subsidiarité est privé de son effectivité juridictionnelle. La Cour le reconnait elle-même tacitement lorsqu'elle relève, au terme de son examen, que dans la mesure où la Pologne a participé à la procédure législative ayant abouti à l'adoption de la directive litigieuse, elle ne saurait utilement se prévaloir de ce que le législateur ne l'ait pas mise en mesure de connaître les justifications des choix de mesures auxquels il a entendu procéder[2111].

945. En évoquant la procédure ayant abouti à l'adoption de l'acte litigieux, la Cour entend mettre l'accent sur les critères formels qui s'imposent tant à la Commission qu'au Conseil et au Parlement. Ces critères d'ordre procédural contraignent, en premier lieu, la Commission car c'est sur elle que reposent le plus grand nombre d'obligations, comme les consultations et la motivation, en raison du monopole qu'elle détient dans l'initiative. Pour autant, le Conseil et le Parlement n'échappent pas à ces critères puisqu'ils doivent, eux aussi, procéder à un examen de la conformité des propositions de la Commission avec l'article 5 TUE. Cet examen qui fait partie intégrante de l'examen global des projets de la Commission concerne aussi bien la proposition initiale que les modifications apportées par le Conseil et le Parlement. Le fait que le Conseil représente les États et que les membres du Parlement

---

[2109] Arrêt *Pologne c/ Parlement et Conseil* précité, pt. 119.
[2110] *Ibid.,* pt 117.
[2111] *Ibid.,* pt 125.

européen soient élus au sein de chaque État membre ne saurait occulter la circonstance que ces deux acteurs demeurent des institutions européennes, et non des organes nationaux. Il est donc fondamental que ces trois institutions respectent les critères formels afin que les États — parlements nationaux inclus — soient mieux informés du respect du principe de subsidiarité par l'Union et que la Cour de justice puisse exercer un contrôle plus efficace sur le législateur. Comment expliquer qu'à l'heure actuelle le contrôle du respect des conditions de forme, et en particulier de la motivation des actes litigieux au regard du principe de subsidiarité, soit aussi lâche alors même que les protocoles se montrent, en ce domaine, particulièrement exigeants ? Il nous semble que c'est là un indice fort d'une lecture prétorienne « orientée » du principe de subsidiarité, ce principe étant perçu par le juge comme un instrument d'intégration et non comme un moyen de la remettre en cause.

B. Une lecture prétorienne du principe de subsidiarité orientée : l'inéluctable centralisation des législations nationales

946. Le respect des critères formels par les institutions européennes est essentiel, non seulement parce que la charge de la preuve incombe à l'Union mais également parce que la motivation fait apparaître de façon claire le raisonnement de l' auteur de l'acte, de manière à permettre à la Cour de justice d'exercer son contrôle de façon satisfaisante. De plus, si un critère d'ordre procédural n'est pas respecté, l'acte du législateur peut être annulé. Si le non-respect des critères matériels peut s'avérer, en raison des évaluations complexes qu'ils nécessitent, difficile à constater pour un organe juridictionnel, il en va différemment des critères formels. Il est aujourd'hui établi dans la jurisprudence que le contrôle juridictionnel du respect de la subsidiarité s'opère sur les conditions de fond prévues à l'article 5.3 TUE[2112] ainsi que sur les conditions de forme[2113]. Les premières impliquent de contrôler la compatibilité matérielle de la mesure avec la subsidiarité quand les secondes supposent de contrôler sa motivation à la lumière de ce principe. Si le test d'efficacité comparative en ce qu'il fait la part belle aux appréciations subjectives du législateur nécessite de la part du juge un certain retrait, le contrôle de la motivation ne devrait pas conduire à la même attitude accommodante face à la pratique critiquable des institutions qui se bornent à motiver leurs actes de façon stéréotypée. Il est tout à fait paradoxal que les protocoles sur la subsidiarité insistent lourdement sur les obligations d'ordre procédural et que, dans le même temps, la Cour se satisfasse de la reproduction modulaire des dispositions de l'article 5.3 TUE.

[2112] pt 114 de l'arrêt *Pologne c/Parlement et Conseil,* précité.

[2113] pt 122 de l'arrêt *Pologne c/ Parlement et Conseil,* précité.

947. Si le passage de la subsidiarité matérielle à la subsidiarité procédurale a pu être interprété comme un moyen de rendre le contrôle de ce principe plus objectif et efficace, l'indulgence de la Cour de justice à l'égard de la pratique défaillante du législateur a aggravé l'inopérance de la subsidiarité (1). Pour autant, l'on ne saurait conclure à l'ineffectivité du principe. Tout au contraire, envisagé comme un instrument d'intégration, la subsidiarité remplit parfaitement le rôle que lui assigne son fonctionnalisme génétique, celui de favoriser l'action de l'Union tout en la justifiant. La lecture des considérants des actes litigieux qu'opère le juge de l'Union lorsqu'il examine la motivation du législateur à la lumière de la subsidiarité est révélatrice de sa propre interprétation du principe, celle d'un outil au service des intérêts de l'Union. Dès lors, l'existence d'un contrôle juridictionnel de subsidiarité, au niveau de la Cour de justice, loin d'être une garantie pour l'autonomie des États membres, offre l'occasion à l'Union de légitimer la centralisation des législations nationales (2).

1. Une jurisprudence arrangeante à l'égard de la motivation du législateur : l'inopérance confirmée de la subsidiarité en tant que principe visant à protéger l'autonomie des États

948. Les protocoles sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, annexés aux traités d'Amsterdam et de Lisbonne, et les procédures qu'ils ont mis en place ont marqué le passage d'une subsidiarité matérielle vers une subsidiarité plus procédurale[2114]. Beaucoup d'auteurs y ont vu l'occasion, pour la Cour, de renforcer son contrôle du respect du principe de subsidiarité, non sur le fond mais sur la motivation du législateur de l'Union. Force est de constater qu'ils se sont trompés dans la mesure où, malgré la « procéduralisation » annoncée, le contrôle de subsidiarité demeure somme toute formel[2115].

949. Si les protocoles entendent mettre l'accent sur l'importance de la motivation de l'acte législatif, l'analyse de la jurisprudence montre que non seulement l'exposé des motifs reste très limité, puisque le législateur se borne à insérer dans les considérants des actes qu'il adopte une formule standardisée directement tirée des dispositions de l'article 5.3 TUE[2116], mais qu'en plus, les juge du plateau de Kirchberg s'en contentent et n'exigent pas des

---

[2114] BRIBOSIA H., « Subsidiarité et répartition des compétences entre l'Union et ses États membres », *précité*, pp. 421-422.

[2115] Voir Chapitre I du premier titre de la seconde partie de cette thèse.

[2116] Les considérants des actes du législateur se bornent à reproduire le libellé des dispositions de l'article 5.3 TUE en faisant systématiquement valoir que « les objectifs de la présente directive, (…), ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, mais peuvent, en raison de leurs dimensions et effets, l'être mieux au niveau de l'Union», pour en conclure que «celle-ci peut prendre des mesures, conformément au principe de subsidiarité consacré à l'article 5 [TUE]».

développements plus conséquents[2117]. En outre, ces derniers n'imposent pas que le principe de subsidiarité fasse l'objet d'une section distincte dans l'acte législatif ni même qu'il soit expressément mentionné comme l'atteste l'arrêt *Allemagne c/Parlement et Conseil* du 13 mai 1997 relatif à un recours en annulation dirigé par l'Allemagne contre une directive relative aux systèmes de garantie des dépôts[2118]. En l'espèce, l'État requérant faisait valoir l'absence de motivation conformément à l'ex-article 190 CE et l'absence d'explication du législateur quant à la conformité de l'acte avec le principe de subsidiarité. C'est à cette occasion que la Cour de justice a affirmé qu'il ne saurait être exigé que le principe de subsidiarité soit mentionné expressément[2119]. La Cour se contente de relever que le Parlement et le Conseil ont précisé — fût-ce de façon laconique — les raisons pour lesquelles ils estimaient que leur action était conforme au principe de subsidiarité pour confirmer qu'ils se sont conformés à l'obligation de motivation. Aussi l'exigence de motivation est-elle remplie même si la référence au principe de subsidiarité n'est qu'implicite[2120].

950. Cette situation est loin d'être satisfaisante car l'attitude conciliante de la Cour de justice à l'égard des formulations, soit creuses soit lacunaires, des actes législatifs s'analyse comme une complaisance du juge de l'Union vis-à-vis du législateur européen lorsque ce dernier doit en vertu des protocoles rigoureusement démontrer, à la lumière du principe de subsidiarité, que son intervention était nécessaire. Pour que la pratique des institutions évolue vers plus de rigueur, la Cour de justice devrait exiger du législateur qu'il fasse apparaitre dans sa motivation en quoi l'action étatique est, dans un domaine donné, insuffisante ainsi que les raisons précises pour lesquelles une intervention de l'Union est jugée nécessaire. Cela implique de dissocier, plus clairement, les tests de l'insuffisance et de la valeur ajoutée et de recourir à des argumentations plus approfondies. Ce point n'a rien d'abstrait car lors de son contrôle, la Cour de justice se réfère aux considérants de l'acte en cause pour s'assurer du respect du principe de subsidiarité. De la même façon, l'argument tiré de la disparité législative ne saurait à lui seul justifier l'action de l'Union, tout comme la référence systématique aux distorsions de concurrence et obstacles aux libertés de circulation. Ainsi que M. Poiares Maduro a pu le souligner dans ses conclusions relatives à l'affaire *Vodafone*, l'argument de la distorsion de concurrence pour justifier l'intervention de l'Union ne tient pas toujours car dans de nombreux secteurs, il existe des différences de prix entre les États qui peuvent induire, ou non, des avantages concurrentiels en faveur des opérateurs de certains

---

[2117] Voir l'arrêt *Pologne c/Parlement et Conseil* précité et les conclusions de Mme J. Kokott sur point.

[2118] CJCE, 13 mai 1997, *Allemagne c. Parlement et Conseil*, aff. C-233/94, *Rec*. 1997 p. I-2405.

[2119] *Ibid*., pt 28.

[2120] CJCE, 9 octobre 2001, Pays-Bas c. Parlement et Conseil, C-377/98, Rec., p. I-7079.

États membres[2121]. Ceci étant dit, malgré les appels de certains avocats généraux pour un contrôle plus exigeant, il est peu probable que le juge de l'Union censure, à l'avenir, un acte du législateur de l'Union faiblement motivé.

951. L'attitude accommodante de la Cour est d'autant plus regrettable qu'elle fait déjà preuve d'une déférence certaine à l'égard du législateur lorsqu'elle contrôle le respect des conditions de fond, en modérant son examen de la subsidiarité matérielle. Dans la mesure où le principe de subsidiarité laisse au législateur une large marge de manœuvre, il semble nécessaire de lui imposer le respect de critères d'ordre procédural pour s'assurer qu'il respecte effectivement le principe. D'autant plus que les institutions de l'Union ne sont pas politiquement neutres[2122]. Étant donné que la subsidiarité a pour objet de limiter l'intervention de l'Union au strict nécessaire, afin de ne pas priver les États des compétences qu'ils peuvent exercer de manière suffisante, le principe de subsidiarité est, presque par nature, « contraire aux objectifs de la Commission »[2123]. Conçu comme un « principe protecteur de l'intervention étatique » dans la mesure où l'objet premier de la subsidiarité est de protéger les États de toute intervention injustifiée de l'Union[2124], le principe semble bien avoir été vidé de sa substance et détourné de cet objectif. Ce détournement est d'autant plus aisé que les dispositions de l'article 5.3 TUE sont rédigées d'une façon suffisamment subtile et ambiguë pour permettre aux institutions d'imprimer à la subsidiarité le sens de leur choix, tant en ce qui concerne sa signification que sa direction ou son orientation. En effet, l'on assiste aujourd'hui à ce que l'on pourrait qualifier de retournement de la subsidiarité. Si le principe se présentait, à l'origine, comme « un principe bidirectionnel, prioritairement descendant », il tend de plus en plus à devenir « un principe à sens unique, une subsidiarité seulement ascendante »[2125]. En plus d'être partielle, cette interprétation de la subsidiarité est éminemment partiale car elle tient aussi bien à la « pratique politique qu'au contrôle juridictionnel exercé par la Cour, de sorte qu'un cercle vicieux semble institué »[2126].

952. P. Simon a montré que la faible efficacité du principe de subsidiarité, patente dans le cadre du marché intérieur, se retrouve aussi en matière pénale car l'analyse des propositions des directives pénales montre que la satisfaction de l'exigence de subsidiarité est – comme dans le domaine du marché— très largement postulée[2127]. Encore une fois, c'est la dimension

---

[2121] Conclusions de l'avocat général M. M. Poiares Maduro présentées le 1er octobre 2009, pt 30.
[2122] GENART M., Le contrôle, précité, p. 183.
[2123] *Ibid.,* p. 190.
[2124] *Ibid.*, p. 191.
[2125] SIMON P., La compétence d'incrimination de l'Union européenne, précité, p. 355.
[2126] *Ibid.*
[2127] *Ibid.*

transfrontalière qui est plus ou moins explicitement avancée pour justifier l'intervention de l'Union en matière de criminalité. Et là aussi, c'est une motivation stéréotypée qui caractérise les directives pénales. Contrairement au marché intérieur, la Cour n'a toutefois rendu aucun arrêt relatif à l'application du principe de subsidiarité en matière pénale. La doctrine estime d'ailleurs que ce sont les défaillances du contrôle juridictionnel de la motivation qui « expliquent en grande partie le peu d'égard accordé au principe par les acteurs institutionnels »[2128]. L'on relèvera que, en dehors du principe de subsidiarité, le contrôle de la motivation est à géométrie variable puisque dans certains domaines, la Cour de justice n'hésite pas à exiger des institutions une « motivation suffisamment solide et explicite », tout particulièrement lorsque les mesures en cause sont « susceptibles d'avoir une incidence négative très importante sur les personnes et les groupes concernés »[2129]. En matière de politique étrangère et de sécurité commune, dans le contexte de l'adoption des décisions de gel des fonds, le juge de l'Union a estimé qu'on ne saurait « admettre que la motivation puisse consister seulement en une formulation générale et stéréotypée », calquée sur la rédaction d'une disposition du droit dérivé. Aussi le Conseil est-il tenu de mentionner les éléments de fait et de droit dont dépend la justification légale de sa décision et les considérations qui l'ont amené à la prendre[2130]. De plus, la motivation doit indiquer les raisons spécifiques et concrètes pour lesquelles le Conseil considère que la réglementation pertinente est applicable à l'intéressé[2131].

953. Pour finir, il nous reste à évoquer une piste susceptible de renforcer le contrôle de la subsidiarité procédurale, à savoir l'analyse d'impact des réglementations (AIR). L'AIR relève des instruments d'analyse *ex ante* des législations dont on trouve les premiers modèles outre-Atlantique[2132]. Aux États-Unis, les décideurs ont recours à l'analyse d'impact depuis plusieurs décennies pour calculer les coûts et les bénéfices d'une action réglementaire. Ce modèle a influencé l'Union « en ouvrant la voie sur la question de la transparence de l'analyse ou sur l'introduction de mécanismes de consultation obligatoires, et en introduisant une nouvelle

---

[2128] *Ibid*., p. 372. Selon l'auteur, cette situation est encore plus préoccupante en matière pénale qu'en marché intérieur puisque l'inopérance du contrôle conduit à ce que la subsidiarité européenne se retourne contre le principe d'*ultima ratio* porté par la subsidiarité pénale.

[2129] TUE, 16 octobre 2014, *Liberation Tigers of Tamil Eelam c/ Conseil*,aff.jointes T−208/11 et T−508/11, pt 144.

[2130] *Ibid*., pt 161.

[2131] Voir arrêt OMPI T−228/02, point 158 supra, EU:T:2006:384, pt 143.

[2132] RADAELLI C. M., « Diffusion without convergence : how political context shapes the adoption of regulatory impact assessment » Journal of European Public Policy, 12, n°5, 2005, p. 924-943.

culture de la prise de décision »[2133]. Comme pour l'appréciation du respect de la subsidiarité, il s'agit de s'intéresser aux conséquences d'une action, et non pas seulement à la validité de sa base juridique[2134]. Pour prouver qu'une action peut être mieux réalisée au niveau de l'Union « il faut tester l'efficacité des différents niveaux d'action puis les comparer »[2135]. On trouve ce genre d'étude dans les communications de la Commission et lors de la motivation des actes pré-législatifs sous l'angle du principe de subsidiarité. Malgré son caractère non contraignant, l'AIR peut se révéler particulièrement utile pour le juge. L'analyse de la jurisprudence montre que la Cour y fait de plus en plus référence. Si l'instrument constitue une aide précieuse pour les parties en ce qu'il permet de « vérifier les modalités réelles d'élaboration des propositions et peut conduire à la volonté éventuelle de contester ces modalités lors d'un recours »[2136], l'AIR pourrait aussi permettre à la Cour de renforcer son contrôle. Cet instrument pourrait ainsi constituer une véritable exigence procédurale pour le législateur et son non-respect pourrait conduire la Cour de justice à annuler l'acte litigieux en considérant la procédure d'adoption viciée. A l'heure actuelle, la Cour ne s'est toutefois pas engagée sur cette voie dans la mesure où elle n'oblige pas les institutions à réaliser une AIR[2137]. Cela n'empêche pas le juge de se référer de plus en plus à cet instrument. Dans l'arrêt *Vodafone*, la Cour a exploité l'étude d'impact présenté par la Commission en relevant que cette dernière avait réalisé « une étude exhaustive, dont le résultat est résumé dans l'analyse d'impact mentionnée »[2138]. Elle s'est surtout basée sur cet outil lors du contrôle du principe de proportionnalité. Plus récemment, elle a relevé que l'analyse d'impact qui accompagnait la proposition de la Commission comportait suffisamment d'éléments faisant apparaître d'une façon claire et non équivoque les avantages liés à une action de l'Union[2139].

[2133] DELILLE T., L'analyse d'impact réglementaire dans le droit de l'Union européenne, Larcier, 2013, p. 160.L'AIR permet d'estimer les effets prévisibles d'une législation et conduit à étudier les alternatives possibles (y compris l'absence de réglementation). L'AIR présente d'ailleurs de grandes affinités avec le principe de subsidiarité car ils sont tous deux centrés sur l'efficacité comparative, loin de toute justification purement théorique ou dogmatique. A l'instar de l'AIR, la subsidiarité invite à envisager l'action normative de l'Union de façon prospective et non figée.

[2134] *Ibid*.

[2135] *Ibid*., p. 419.

[2136] *Ibid*., p. 490.

[2137]ALEMANNO A., « A meeting of Minds on Impact Assessment when Ex ante Evaluation meets Ex post judicial control », p. 12.

[2138] CJUE, arrêt du 8 juin 2010, *Vodafone*, C-58/08, pt. 55 : « Il en ressort que la Commission a examiné différentes alternatives, entre autres, la réglementation soit des seuls prix de détail, soit des seuls prix de gros, soit des deux, et qu'elle a évalué l'impact économique de ces différents types de réglementations ainsi que les effets des différentes modalités de tarification".

[2139] CJUE, 4 mai 2016, affaire C−547/14, *Philip Morris Brands ;* C-358/14 - *Pologne / Parlement et Conseil*.

954. En dépit de ces références, l'outil ne semble pas pour l'heure élever le niveau d'exigence à l'égard du législateur. Dans une affaire *C-507/13*[2140] — radiée du registre mais sur laquelle l'Avocat général avait pu se prononcer — le Royaume-Uni soutenait qu'une directive[2141] méconnaissait le principe de subsidiarité en ce que la nécessité des mesures de redressement des distorsions de concurrence, en matière de liberté d'établissement, n'avait pas été établie. À cette occasion, l'Avocat général a estimé que le législateur pouvait introduire des mesures non prévues dans la proposition initiale sans devoir se fonder sur une analyse récente d'impact. Selon lui, les études d'impact de la Commission ne lient pas le Parlement et le Conseil, ces derniers étant en droit de modifier ses propositions. Aussi l'AIR ne semble pas constituer une piste sérieuse pour renforcer la subsidiarité procédurale.

2. *Le contrôle juridictionnel du principe de subsidiarité, un moyen efficace de légitimer la centralisation des législations nationales*

955. Dans les années 1990, les auteurs ont beaucoup écrit au sujet de l'incompatibilité du principe de subsidiarité avec l'exercice d'un contrôle de nature juridictionnelle[2142]. Encore en 2002, un auteur a pu soutenir que la Cour de justice ne disposait pas des capacités requises pour s'assurer du respect de ce principe et que sa crédibilité dépendait de sa capacité à convaincre les observateurs que ses arrêts étaient strictement fondés sur un raisonnement juridique cohérent et non sur des préférences[2143]. Vingt ans plus tard et malgré une évolution de la position de la Cour, force est de constater que la jurisprudence en matière de subsidiarité se révèle assez pauvre, tant sur le plan quantitatif (les arrêts sont rares) que qualitatif. Le constat selon lequel le raisonnement de la Cour ressemble plus à un « paralogisme » qu'à un vrai syllogisme reste valable à l'heure actuelle[2144].

956. La manière dont le juge de l'Union contrôle le respect de la subsidiarité ne convainc pas en règle générale la doctrine, même si les opinions des auteurs divergent sur l'identification du problème. Certains estiment que la Cour se concentre exclusivement sur le critère de la valeur ajoutée, nonobstant la capacité suffisante des États à atteindre l'objectif visé[2145], quand d'autres relèvent que dès lors que le critère de l'insuffisance est rempli, celui

---

[2140]Conclusions de l'Avocat général M. Niilo Jääskinen présentées le 20 novembre 2014, aff. C−507/13 *Royaume-Uni et d'Irlande du Nord contre Parlement et Conseil*.

[2141] Il s'agissait de la Directive CRD IV et de l'article 450 du règlement sur les fonds propres réglementaires.

[2142] TOTH A., Is subsidiarity, précité, p. 283.

[2143] ESTELLA A., *The EU…précité*, p.160.

[2144] DECHATRE L., Le pacte fédératif, p. 559.

[2145] MOLSBERGER P., Das Subsidiaritätsprinzip, précité, p.34.

de la valeur ajoutée l'est automatiquement[2146]. Il n'empêche que tous s'accordent à considérer que le juge de l'Union envisage les deux composantes du principe – insuffisance et plus-value – de façon conjointe ou confuse et non de façon cumulative. En outre, s'ils admettent que la Cour de justice ne peut opérer un contrôle très poussé du respect du principe de subsidiarité, en ce qui concerne les conditions de fond, ils dénoncent généralement l'absence d'exigence de motivation spécifique que la jurisprudence maintient depuis le début, nonobstant les critiques nombreuses sur ce point[2147].

957. Les commentateurs ne cessent de dénoncer, à cet égard, l'inefficacité[2148], l'ineffectivité[2149] ou encore l'inopérance structurelle du contrôle de subsidiarité[2150]. Le paradoxe est évident pour un principe qui comporte intrinsèquement l'idée même d'efficacité de l'action publique[2151] mais également celle d'effectivité[2152]. Ces critiques légitimes mettent donc en lumière les limites de la subsidiarité-efficacité. Pour autant, il nous semble que ces limites sont sciemment entretenues car elles ne concernent qu'un seul aspect de la subsidiarité, celui de la subsidiarité descendante. Si l'effectivité du principe de subsidiarité semble largement atteinte, du fait de l'inopérance du contrôle exercé par la Cour, ce constat ne vaut que si on envisage la subsidiarité comme un principe « fédéral » censé préserver l'autonomie et les compétences des États. À l'inverse, adossée à la philosophie fonctionnelle des Pères fondateurs, la subsidiarité transforme sa réversibilité revendiquée en « unilatéralité plus ou moins assumée »[2153] et se met habilement au service des objectifs du traité.

958. Dans cette optique, le principe de subsidiarité se révèle d'une efficacité redoutable. En effet, si la subsidiarité-proximité pouvait être perçue comme une « arme » contre l'intégration de l'Union, la subsidiarité-efficacité est conçue comme un parfait instrument d'intégration dans la mesure où elle tend à favoriser l'intervention européenne tout en la justifiant, y compris dans des domaines où l'on peut douter de l'efficacité de l'action de l'Union. Dès lors, l'existence d'un contrôle juridictionnel de subsidiarité prend tout son sens dans la mesure où

[2146] BERTRAND B, « Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne », *RTDE*, 2012, n° 2, pp. 329-354, sp. p. 346.

[2147] DECHATRE L., Le pacte fédératif, précité, p. 570.

[2148] CALLIES C., Kontrolle zentraler Kompetenzausübung in Deutschland und Europa: Ein Lehrstück für die Europäische Verfassung. Zugleich eine Besprechung des Altenpflegegesetz- Urteils des BverfG, *EuGRZ*, 2003, Heft 7-10, pp.181-197., spéc.p. 187. Voir aussi DECHATRE L., Le pacte fédératif, précité, p. 570.

[2149] SIMON P., La compétence d'incrimination de l'Union européenne, précité, p. 372.

[2150] BERTRAND B, « Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne », *précité*., p. 346.

[2151] DUBOS O., Objectif d'efficacité de l'exécution, p. 296.

[2152] BERTRAND B., L'instrumentalisation de l'effectivité comme argument, p. 122.

[2153] BARROCHE J., « Discours et pratique de la subsidiarité européenne depuis le traité de Maastricht jusqu'à nos jours », *Droit et société*, vol. 80, no. 1, 2012, pp. 13-29.

il permet à l'Union de légitimer, à la faveur d'un *self restraint* judiciaire, l'extension de ses compétences mais également la logique économique du marché au détriment d'autres intérêts et valeurs, notamment démocratiques. En effet, en recourant à des arguments préconçus et préformatés, souvent abstraits malgré l'accent mis sur les effets et le recours à des instruments comme l'analyse d'impact, les institutions se fondent sur une présomption en faveur de l'Union qui peut *in fine* mener à opérer une centralisation législative. La subsidiarité-efficacité ne se contente pas de privilégier l'action européenne par rapport à l'action nationale, elle la favorise, la justifie et la légitime.

959. L'on comprend ainsi pourquoi la Cour de justice a d'emblée reconnu la justiciabilité du principe (afin d'avoir le dernier mot en ce qui concerne son interprétation) ainsi que l'application du principe de subsidiarité au domaine du marché intérieur, malgré les réticences des autres institutions, comme la Commission, mais aussi les Avocats généraux. Bien que la subsidiarité ait pu être perçue comme une menace pour l'intégration, en raison de sa dynamique tendanciellement descendante, le juge de l'Union a préféré se saisir de ce principe, au lieu de l'occulter, en se reconnaissant, tout d'abord, compétent pour contrôler son respect (plutôt que de dénier sa justiciabilité) et en acceptant, ensuite, d'étendre son application au domaine du marché intérieur (plutôt que d'y voir une compétence exclusive de l'Union comme l'y incitaient régulièrement les observations des parties à la procédure et les conclusions des avocats généraux). Ce faisant, la Cour pouvait orienter la subsidiarité dans le sens le plus favorable à l'intégration, c'est-à-dire dans un sens systématiquement ascendant, quelle que fût la nature matérielle ou procédurale du contrôle opéré. Le fait que le principe de subsidiarité fasse l'objet d'un contrôle à la fois politique (contrôle *ex ante* des parlements nationaux) ainsi que le rappelle la jurisprudence la plus récente[2154], mais également un contrôle *ex post* de nature juridictionnelle, tend à lui conférer une certaine aura dont ne jouissent pas les autres principes. Pour autant, la circularité et l'automaticité qui caractérisent le raisonnement de la Cour de justice, mais aussi celui de la Commission, lorsqu'il est question de subsidiarité ne saurait leurrer l'observateur de la pratique et de la jurisprudence.

960. Principe fonctionnel et non fédéral, le principe de subsidiarité est bel et bien réduit à un instrument d'intégration. Aussi est-ce toujours en vain que les requérants l'invoquent au contentieux pour obtenir l'annulation d'un acte du législateur ou de quelque autre institution

---

[2154] La Cour rappelle dans ses arrêts les plus récents que « Le contrôle du respect du principe de subsidiarité est exercé, dans un premier temps, au niveau politique, par les parlements nationaux selon les procédures établies à cette fin par ce protocole. Dans un second temps, ce contrôle revient au juge de l'Union qui doit vérifier tant le respect des conditions de fond énoncées à l'article 5.3, TUE que le respect des garanties procédurales prévues audit protocole », pts 112 et 113 de l'arrêt *Pologne c/ Conseil et Parlement,* aff. C-358/14, précité.

de l'Union. Certains auteurs n'ont pas manqué de proposer des pistes de réflexion pour inciter la Cour de justice à faire évoluer les modalités et l'intensité de son contrôle en s'appuyant sur des exemples issus de la jurisprudence de certains juges fédéraux. Si le raisonnement de la Cour suprême des États-Unis est souvent présenté comme un modèle en raison de son rôle d'arbitre fédéral[2155], les auteurs privilégient toutefois le principe de proportionnalité plutôt que la subsidiarité lorsqu'ils invitent la Cour de justice à mieux protéger les compétences des États membres, à l'instar de la protection dont bénéficient les Etats fédérés[2156]. L. Dechatre avait pour sa part montré que la jurisprudence *Altenpflegegesetz* de la Cour constitutionnelle allemande aurait pu jouer un rôle de modèle pour la Cour de justice vers un contrôle plus strict de l'action du législateur européen sous l'angle du principe de subsidiarité, eu égard au parallélisme entre ce principe et la Clause de besoin de la Loi fondamentale (dont le juge allemand a progressivement accepté de renforcer le contrôle)[2157].

961. Plus récemment, C. Aguilon a tenté de proposer certaines pistes en ce sens en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, confrontée à des questions similaires à celles que posent le principe de subsidiarité. L'auteure relève que la Cour de justice se limite à un contrôle minimum de la subsidiarité alors même que la nature du principe nécessite une analyse approfondie de la nécessité de l'intervention de l'Union. À cet égard, elle estime que la Cour suprême du Canada qui avait émis des réticences similaires a pu les dépasser en « reconnaissant la subsidiarité comme principe d'interprétation du partage des compétences »[2158]. La Cour de justice pourrait, elle aussi, « préciser les liens entre la subsidiarité politique et la subsidiarité en tant que principe de régulation de l'exercice des compétences ». Le principal problème est que le juge de l'Union se contente de se référer abstraitement au texte de la norme pour y reconnaître la justification de l'intervention de l'Union sans une évaluation concrète de la capacité étatique. Le contrôle abstrait de la Cour suprême est, selon C. Aguilon, plus efficace que celui de la Cour de justice car la première a recours à une « argumentation approfondie » quand elle apprécie si l'abstention des provinces peut nuire à la poursuite efficace de l'objectif poursuivi et prend en compte des éléments extra-juridiques. Pour cette auteure, l'expérience canadienne montre que le temps pourrait permettre un approfondissement du contrôle juridictionnel dans l'Union[2159]. Il nous semble,

---

[2155] BERMANN G., "Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States," *Columbia Law Review* 94 (1994): 331, 391.

[2156] BERMANN G., Proportionality and Subsidiarity, in The law of the single european market: unpacking the premises 75, 75-76 (Catherine Barnard &Joanne Scott eds., 2002).

[2157] DECHATRE L., Le pacte fédératif, précité, p. 567.

[2158] AGUILON C., Justice constitutionnelle, précité, p. 255 et 390.

[2159] *Ibid*.

au contraire, que la Cour de justice n'est pas prête à s'engager dans cette voie en raison précisément de la teneur de la subsidiarité européenne qui reste, aux mains des institutions de l'Union, un principe fonctionnel que ces dernières tendent à orienter dans un sens ascendant.

962. Lorsqu'ils visent l'annulation d'un acte du législateur européen, les requérants devraient donc privilégier les autres principes prévus à l'article 5 TUE, à savoir la base juridique et le principe de proportionnalité, plutôt que le principe de subsidiarité. S'agissant du principe de proportionnalité, nous avons déjà relevé que ce dernier peut être intégré au principe de subsidiarité *lato sensu,* à condition toutefois de distinguer la proportionnalité fédérale (art. 5.4 TUE) de la proportionnalité libérale (PGD, Charte). En effet, seule la première a pour objet de protéger les compétences des États membres. Pour autant, même s'il semble faire l'objet d'un contrôle plus approfondi que le principe de subsidiarité, la Cour n'a encore jamais invalidé un acte du législateur pour non-respect du principe de proportionnalité prévu à l'article 5.4 TUE. L'arrêt *Allemagne c/ Parlement et Conseil* par lequel la Cour a annulé une directive relative à la publicité des produits du tabac offre néanmoins un bel exemple du traitement différencié dont font l'objet les principes d'attribution et de proportionnalité, d'une part, et le principe de subsidiarité, d'autre part. En l'espèce, la directive concernait le rapprochement des législations en matière de publicité des produits du tabac. L'harmonisation avait été effectuée sur le fondement de l'ex-article 100 A qui donnait compétence au Conseil pour arrêter les mesures ayant pour objet l'établissement du marché intérieur. La Cour a rappelé qu'un acte adopté sur cette base « doit avoir effectivement pour objet l'amélioration des conditions de l'établissement et du fonctionnement du marché intérieur »[2160]. Elle s'est donc attachée à vérifier si la directive contribuait à l'élimination d'entraves aux libertés de circulation ainsi qu'à la suppression de distorsions de concurrence. Si l'article 100 A permettait l'adoption d'une directive interdisant la publicité des produits du tabac, la Cour a cependant estimé que pour une grande partie des formes de publicité des produits du tabac, leur interdiction ne pouvait être justifiée par la nécessité d'éliminer des entraves à la libre circulation des supports publicitaires ou la libre prestation des services dans le domaine de la publicité. Le législateur ne pouvait donc se fonder sur la nécessité d'éliminer des entraves pour adopter la directive sur la base de l'article 100 A.

963. Il est intéressant de relever que l'Avocat général avait livré une analyse similaire en considérant que le législateur n'était pas compétent pour adopter la directive sur cette base tout en proposant subsidiairement d'annuler la directive pour violation du principe de proportionnalité. Ce dernier estimait que pour les mêmes raisons ayant conduit à constater

---

[2160] Pt 84 de l'arrêt *Allemagne c/ Parlement et Conseil*, aff. 376/98.

l'erreur manifeste dans le choix de la base juridique, il fallait considérer que « la directive ne constituait pas un moyen approprié d'atteindre les objectifs poursuivis, et ne remplissait pas, par conséquent, la première condition du contrôle de proportionnalité »[2161]. S'agissant du principe de subsidiarité, l'Avocat général avait estimé que le principe ne trouvait tout simplement pas à s'appliquer. Quant à la Cour de justice, elle n'a pas eu à se prononcer sur la subsidiarité car son examen s'est arrêté au stade du contrôle de la base juridique.

964. Cette affaire révèle le poids limité du contrôle de subsidiarité par rapport à l'examen de la base juridique ou même de la proportionnalité . Aussi, si la Cour devait être amenée à sanctionner le législateur, ce serait plutôt sur le terrain du choix erroné de la base juridique car dès lors que les conditions du recours à l'article 114 TFUE sont remplies, l'hypothèse d'une violation du principe de subsidiarité est hautement improbable. Quant à la proportionnalité, ce principe bien connu de la jurisprudence a déjà servi à annuler des actes de l'Union, non pas sur le fondement de l'article 5.4 TUE mais sur d'autres bases (article 52.1 de la charte)[2162]. Comme le relève l'Avocat général P. Cruz Villalón, si les contrôles opérés au titre des articles 5.4 TUE et 52.1 de la Charte, « peuvent suivre le même parcours, ils ne s'exercent pas, en revanche, avec les mêmes rigueurs »[2163]. En d'autres termes, l'exigence de proportionnalité revêt, dans le cadre de la Charte, une force qu'elle n'a pas dans le cadre de l'article 5 TUE, car « ce n'est pas la proportionnalité comme principe général de l'action de l'Union mais, bien plus spécifiquement, la proportionnalité en tant que condition constitutive de toute limitation des droits fondamentaux » qui est analysée[2164]. Ceci confirme, comme nous l'avons déjà relevé, que la subsidiarité-proportionnalité ne saurait s'inscrire dans la théorie des « *States' right* » (droits des États) au sens ou l'entend le fédéralisme constitutionnel américain en vertu duquel les États fédérés ont droit au respect d'une sphère d'action privilégiée, laquelle découle directement de la répartition constitutionnelle des compétences[2165]. Contrairement à la Cour suprême, la Cour de justice exerce un contrôle très limité lorsqu'est

---

[2161] § 142 des conclusions de l'Avocat général présentées le 15 juin 2000.

[2162] CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*, précité.

[2163] Conclusion de M. Cruz Villalon présentées le 12 décembre 2013, *Digital Rights Ireland*, § 89.

[2164] *Ibid*., § 103.

[2165] SULLIVAN K. M., « From States'rights blues to blue States'rights : federalism after the Rehnquist Court », *Fordham Law Review*, n° 75/2006, pp. 799-813.

en cause la nécessité de l'intervention de l'Union, qu'il s'agisse de la nécessité que l'on rattache au principe de subsidiarité ou celle qui relève du principe de proportionnalité[2166].

965. La question est de savoir si cette centralisation de nature législative, permise voire favorisée par la subsidiarité-efficacité, ne s'accompagne pas aussi, toujours sur un plan normatif, d'une centralisation de nature exécutive. Nous avons vu que l'article 291.2 TFUE peut être vu comme une dérogation à la compétence nationale d'exécution, c'est-à-dire au principe de l'administration indirecte puisque cet article permet au législateur de confier, à titre subsidiaire, la mise en oeuvre des actes législatifs à la Commission. Se pose dès lors la question du contrôle juridictionnel de ce ce que l'on peut qualifier de subsidiarité exécutive.

Section 2. Le critère de l'uniformité des conditions d'application au coeur de l'article 291.2 TFUE : le biais centralisateur de la subsidiarité exécutive

966. La plupart des auteurs présupposent l'existence d'une règle générale qui répartit la compétence d'exécution entre les États et l'Union et s'accordent à dire que la compétence d'exécution appartient, dans une logique de subsidiarité, aux États membres. Cette compétence de principe admet néanmoins l'hypothèse « exceptionnelle » où c'est l'Union qui détient la compétence d'exécution. Ainsi que le suggère M. A. Glaser, la recherche de cette règle générale, en l'absence de précision des traités sur ce point, « semble être motivée par le modèle de l'État fédéral »[2167]. En effet, le principe de subsidiarité, principe fédéral par excellence, est souvent mentionné par les auteurs qui cherchent à établir un lien entre le fédéralisme d'exécution, allemand ou suisse, d'une part, et le modèle administratif de l'Union d'autre part[2168]. D'ailleurs, ces derniers estiment que l'article 291 TFUE, issu du traité de Lisbonne, qui consacre implicitement le principe de subsidiarité conforte le modèle de l'administration indirecte et confirme la thèse d'un fédéralisme d'exécution européen[2169]. Pour autant, nous avons montré que la « subsidiarité exécutive » est envisagée par les institutions comme un principe « fonctionnel » et non « fédéral ». Les dérogations au principe de l'administration indirecte sont donc nombreuses puisque la décentralisation de l'exécution

---

[2166] Ainsi que le souligne B. Bertand, il y a deux types de nécessité « une nécessité de la compétence et de son déclenchement dans le cas de la subsidiarité, et une nécessité de l'acte et de l'intensité de l'exercice de la compétence dans le cas de la proportionnalité, une telle distinction apparaît fragile et ne permet pas de distinguer conceptuellement les exigences inhérentes à ces deux principes » : BERTRAND B., « Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne », *RTDE*, 2012, n° 2, pp. 329-354, sp. p. 343.

[2167] GLASER A. M., Les relations entre administrations pour l'exécution du droit de l'Union in Traité de droit administratif européen, précité, p. 439.

[2168] DUBEY B., Administration indirecte et fédéralisme d'exécution en Europe », précité.

[2169] SCHUTZE R., Le domaine des compétences d'exécution, p.75.

peut être, comme le souligne A. Bouveresse, « dangereuse au point de mettre en péril l'établissement d'un droit commun en rétablissant des disparités nationales »[2170]. Là encore, la notion de disparité est centrale car elle peut justifier une « centralisation exécutive »[2171]. De même qu'au niveau législatif, tout particulièrement dans le domaine du marché intérieur, la subsidiarité ascendante prend appui sur la disparité des législations nationales pour justifier une action du législateur européen, de même, en matière d'exécution, lorsque des conditions uniformes d'exécution des actes de l'Union sont nécessaires, ces actes confèrent des compétences d'exécution à la Commission ou, dans certains cas, au Conseil (art. 291.2 TFUE). Dans le cas inverse, c'est aux États membres que revient la mise en oeuvre du droit de l'Union (291.1 TFUE).

967. La doctrine majoritaire estime que l'article 291 TFUE concerne tous les actes d'exécution. Puisque le traité ne définit pas la nature des actes d'exécution qui peuvent être adoptés au niveau de l'Union, la plupart des auteurs considèrent que « la compétence d'exécution attribuée à la Commission et au Conseil peut recouvrir la faculté d'adopter tant des actes de portée générale que des actes individuels »[2172]. Afin de lever toute ambiguïté, précisons que les actes d'exécution de portée générale sont des normes qui concrétisent le contenu d'une disposition légale, à l'exclusion des actes délégués qui, en vertu de l'article 290 TFUE, complètent ou modifient certains éléments non essentiels de l'acte législatif[2173]. Certains auteurs restreignent toutefois le champ d'application de l'article 291 aux actes qui concrétisent les normes d'un acte de base en édictant des normes de portée générale pour diriger l'application des normes dans un cas concret[2174]. D'autres, pour finir, soutiennent que si l'article 291.1 TFUE concerne bien tous les actes d'exécution (actes de portée générale et actes de portée individuelle), l'article 291.2 TFUE doit se restreindre aux seuls actes de portée générale[2175]. Nous estimons, pour notre part, que si l'article 291.2 TFUE concerne surtout l'exécution normative, il est parfois difficile de distinguer pouvoir matériel de mise en œuvre

---

2170 BOUVERESSE A., Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2010, p. 162.

2171 SCHUTZE R., Le domaine des compétences d'exécution, précité, p. 71.

2172 ELKIND D. L'efficacité des décisions administratives étrangères dans l'Union européenne: Étude de droit administratif transnational, p. 185. Voir aussi DURAND C.-F., « Typologies des interventions » dans Traité de droit administratif européen, 2é éd., Bruylant 2014, p. 166 et s. Ces auteurs mentionnent la compétence de la Commission pour adopter des autorisations de mise sur le marché de médicaments innovants dans le cadre du règlement n°726/2004 et sa compétence pour se prononcer sur les mesures de sauvegarde des États membres dans le cadre de certaines directives d'harmonisation.

2173 Les actes délégués sont donc des actes de *législation* déléguée.

2174 MÖLLERS C., « Durchführung des Gemeinschaftsrechts : Vertragliche Durchführung und theoretische Implikationen », EuR 2002, pp. 483 et s.

2175 GLASER A. M., Les relations entre administrations pour l'exécution du droit de l'Union in Traité de droit administratif européen, précité, p. 439. L'auteur distingue les actes d'exécution des actes de mise en œuvre.

des actes de l'Union et pouvoir d'adopter des mesures normatives d'exécution[2176]. En effet, il ressort de la jurisprudence constante de la Cour que la notion d'exécution comprend à la fois l'élaboration de règles d'application et l'application de règles à des cas particuliers par le moyen d'actes à portée individuelle[2177]. Aussi peut-on considérer que cet article dépasse le cadre de l'exécution normative. Toujours est-il que la compétence d'exécution de l'Union doit être prévue par l'acte de base, dans la mesure où elle revient aux États membres, conformément au principe posé à l'article 291.1 TFUE.

968. Si l'article 291.2 TFUE ne pose pas de limites matérielles à la délégation de la compétence d'exécution aux institutions de l'Union, la dérogation à la règle de l'administration indirecte doit néanmoins « être justifiée au regard du principe de subsidiarité »[2178]. Il revient donc au législateur d'apprécier, au cas par cas, les risques que présente, pour le droit de l'Union, la mise en œuvre (décentralisée) des actes législatifs par les États membres. Dans cette optique, le législateur européen doit arbitrer entre le principe d'administration indirecte, qui comporte le risque d'une mise en oeuvre différenciée du droit de l'Union, et la nécessité d'assurer, au niveau de l'Union, l'exécution uniforme des actes qu'il adopte. Dès lors, le contrôle juridictionnel de la Cour de justice revêt une importance considérable pour la subsidiarité exécutive dans la mesure où le législateur est tenu de motiver son choix s'il choisit de recourir à des mesures d'exécution centralisée[2179].

969. A l'époque de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, l'article 291 TFUE a attiré l'attention de la doctrine dans la mesure où beaucoup d'auteurs ont vu dans ses dispositions un renforcement des fondements constitutionnels du droit administratif européen. R. Schütze a souligné que beaucoup dépendrait de « comment l'article 291 TFUE sera interprété dans le futur », renvoyant à « la mission constitutionnelle de la Cour de justice ». L'auteur invitait ainsi le juge de l'Union à consolider « les fondements constitutionnels du fédéralisme exécutif de l'Union » à la lumière du principe de subsidiarité[2180]. Plus de dix ans après, malgré une jurisprudence assez pauvre sur la question de l'article 291.2 TFUE, l'on peut affirmer que l'article 291 TFUE, loin de préserver les compétences nationales d'exécution dans le sens d'une réaffirmation du fédéralisme d'exécution/administration indirecte, tend, tout au contraire, à favoriser les compétences d'exécution des institutions dans une logique de

---

[2176] SAILLANT MARAGHNI E., La fonction exécutive, précité, p. 318.

[2177] CJCE, 24 octobre 1989, *Commission/Conseil,* 16/88, EU:C:1989:397, pt 11 ; CJUE, 1 mars 2016, *National Iranian Oil Company/Conseil,* C−440/14 P, EU:C:2016:128, pt 36.

[2178] ELKIND D., L'efficacité des décisions administratives, p. 186.

[2179] HOFMANN H. C. H., ROWE G. C., TURK A. H., Administrative Law and Policy of the European Union, op. cit., p. 120.

[2180] SCHUTZE R., Le domaine des compétences d'exécution, précité, p. 86.

centralisation-uniformisation, faute d'un contrôle juridictionnel complet et efficace. Après avoir montré que l'article 291.2 TFUE est, à l'instar de la subsidiarité législative, une expression de la subsidiarité-efficacité en raison de la notion d'uniformité qu'il contient (paragraphe 1) l'on s'attachera à mettre en lumière le contrôle juridictionnel lacunaire de la Cour de justice et le risque d'une centralisation excessive de l'exécution du droit de l'Union (paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'application uniforme du droit de l'Union : une expression de la subsidiarité-efficacité

970. L'unité, lorsqu'elle prend la forme de l'uniformité, ne saurait être imposée sans raison valable si les différences ne nuisent pas à l'Union[2181]. Or, pour l'Union, une mise en oeuvre décentralisée et donc potentiellement différenciée du droit de l'Union, présente nécessairement le risque d'une atteinte à l'effectivité de son droit. C'est pourquoi, s'il attribue, dans son premier paragraphe, une compétence de principe aux États, l'article 291 TFUE ajoute, dans son second paragraphe, que lorsque des conditions uniformes d'exécution sont nécessaires, la Commission ou le Conseil sont compétents. En indiquant que ceux-ci sont compétents si l'exécution étatique est de nature à remettre en cause l'uniformité du droit de l'Union, cette disposition fait de l'exigence d'uniformité du droit de l'Union une composante de son efficacité[2182]. Ainsi que le souligne O. Dubos, la Cour de justice a particulièrement bien développé le lien entre l'uniformité et l'efficacité du droit de l'Union, notamment dans sa jurisprudence relative au principe de primauté[2183]. Or, poursuit l'auteur, « dans le cadre de l'exécution des actes législatifs, cette notion d'uniformité est reprise comme critère de répartition des compétences d'exécution entre les États et la Commission. Elle apparaît ainsi comme une déclinaison de la subsidiarité, qui n'est elle-même pas étrangère à l'idée d'efficacité de l'action publique »[2184]. On retrouve ici la rationalité technico-économique qui investit, tout en le subvertissant, le principe de l'article 5.3 TUE dans la mesure où la subsidiarité ne vise qu'à assurer la réalisation de certains objectifs et poursuivre l'efficacité des actions entreprises. En cela, la notion d'uniformité, en tant que critère de répartition des compétences d'exécution, ne peut que favoriser la subsidiarité ascendante (A). À cet égard, l'article 291.1 TFUE apparait comme un réservoir quasi-illimité pour la compétence

---

[2181] ROBIN-OLIVIER S. et BARON C., « Fédéralisme et dialogue sur l'égalité : Une comparaison des droits des Etats-Unis et de l'Union européenne », *Droit et cultures*, 49 | 2005, 147-166.

[2182] DUBOS O., Objectif d'efficacité de l'exécution, précité, p. 296.

[2183] *Ibid*.

[2184] *Ibid*.

d'exécution des institutions de l'Union dès lors que la Cour de justice y voit une « procédure d'exécution plus efficace » que n'importe quel autre moyen de mise en oeuvre du droit de l'Union (B).

A. L'uniformité comme critère de répartition des compétences d'exécution : vecteur de la subsidiarité ascendante

971. Faire de l'uniformité un critère de répartition des compétences d'exécution entre l'Union européenne et les États membres n'est pas neutre dans la mesure où une application uniforme de la législation européenne est nécessaire à la réalisation du marché intérieur à travers tout l'espace de l'Union[2185]. Le principe d'application uniforme du droit de l'Union est reconnu depuis longtemps dans la jurisprudence comme une « exigence fondamentale de l'ordre juridique communautaire »[2186]. L'application ou la mise en oeuvre uniforme du droit de l'Union relève de l'objectif d'efficacité de l'exécution du droit de l'Union qui constitue un « objectif instrumental couvert par la notion d'effet utile et issu de l'objectif final d'intégration »[2187]. À cet égard, l'Union s'est montrée de plus en plus interventionniste, en termes d'exigences institutionnelles applicables aux administrations nationales, puisque l'encadrement de ces dernières est devenu « un aspect primordial de la réalisation du marché intérieur et de la mise en œuvre uniforme du droit de l'Union »[2188].

972. L'impératif d'uniformité qui sous-tend la majeure partie du droit de l'Union[2189] a conduit la Cour de justice, puis le législateur de l'Union, a imposé aux États membres toujours plus d'exigences dans la mise en oeuvre (décentralisée) du droit de l'Union. Il est vrai que le principe d'application uniforme du droit de l'Union s'accommode mal du maintien par les États membres d'une marge d'appréciation trop étendue au niveau de l'exécution dans la mesure où elle risque « d'aboutir à une certaine renationalisation des compétences attribuées à la communauté »[2190].

[2185] FINES F., « L'application uniforme du droit communautaire dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle, Études en l'honneur de J.-Cl. Gautron*, Paris, Pedone, 2004, p. 334.

[2186] CJCE, 21 septembre1983, *Deutsche Milchkontor GmbH*, aff. C-205 à 215/82, pt 17, ECLI:EU:C:1983:233; CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG*, aff. C-143/88 et C-92/89, pt 26, ECLI:EU:C: 1991:65.

[2187] NEFRAMI E., Le rapport entre objectifs et compétences, précité.

[2188] CHEVALIER E., Bonne administration et Union européenne, précité, p. 357.

[2189] POTVIN-SOLIS L., De la fonction du concept à la portée du principe d'autonomie locale et régionale dans l'ordre juridique de l'Union européenne, précité, p. 355.

[2190] BOSKOVITS K.,Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses Etats membres, Bruylant, 1999, p. 349.

973. D'ailleurs, depuis le traité de Rome, le juge de l'Union a pour mission de veiller à une interprétation et une application uniforme du droit de l'Union sur le territoire de tous les États membres[2191] et c'est en ce sens qu'il utilise l'article 267 TFUE. En effet, le renvoi préjudiciel vise principalement à assurer l'uniformité d'application du droit de l'Union et dans ce cadre privilégié, la Cour de justice peut activer la subsidiarité juridictionnelle ascendante[2192]. C'est par exemple eu égard à l'exigence fondamentale que constitue l'uniformité d'application du droit de l'Union, que la Cour a pu estimer que « l'obligation de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire ne saurait dépendre des règles internes de répartition des compétences entre les pouvoirs constitutionnels »[2193]. De la même façon, c'est pour ne pas compromettre le principe d'application uniforme des directives et pour ne pas porter atteinte à l'objectif d'harmonisation (et plus spécifiquement celui de fournir des moyens adaptés et efficaces pour faire cesser l'utilisation de clauses abusives) que la Cour a jugé que la protection qu'une directive assurait aux consommateurs s'opposait à une réglementation interdisant au juge national de relever le caractère abusif d'une clause insérée dans un contrat conclu entre un consommateur et un professionnel, à l'expiration d'un délai de forclusion[2194].

974. Comme le relève E. Neframi, l'objectif d'efficacité de l'exécution ne joue pas seulement un rôle d'encadrement car il peut aussi avoir un rôle structurel, notamment lorsqu'il est à la base de l'exclusivité de la compétence externe de l'Union comme dans la jurisprudence AETR. Dans l'avis 1/03[2195], le critère d'affectation des règles communes est ainsi dicté par la nécessité « d'assurer une application uniforme et cohérente des règles communautaires et un bon fonctionnement du système qu'elles instituent afin de préserver la pleine efficacité du droit communautaire »[2196].

[2191] Dans le préambule de la décision instituant un Tribunal de première instance des Communautés européennes, il est indiqué que « pour maintenir la qualité et l'efficacité du contrôle juridictionnel dans l'ordre juridique communautaire, il y a lieu de permettre à la Cour de justice de concentrer son activité sur sa tâche essentielle, qui est d'assurer une interprétation uniforme du droit communautaire » et que la tâche du Tribunal est « d'améliorer la protection juridictionnelle des justiciables ». Décision du Conseil, du 24 octobre 1988, instituant un Tribunal de première instance des Communautés européennes (JO L 319, p. 1).

[2192] II existe pour l'ordre juridique de l'Union, « un intérêt manifeste » à ce que, pour éviter des divergences d'interprétation futures, toute disposition « reçoive une interprétation uniforme, quelles que soient les conditions dans lesquelles elle est appelée à s'appliquer », pt 37 de l'arrêt Dzodzi, 18 octobre 1990, affaires jointes C-297/88 et C-197/89.

[2193]CJCE, Brasserie du pêcheur et Factortame, précité, point 33. Voir, également, arrêt du 21 février 1991, Zuckerfabrik Süderdithmarschen et Zuckerfabrik Soest (C-143/88 et C-92/89, Rec. p. I-415, pt 26).

[2194] CJCE, 21 novembre 2002, *Cofidis*, aff. C-473/00, Rec. I-10875.

[2195] Avis de la Cour (assemblée plénière) du 7 février 2006, *Nouvelle Convention de Lugano*, Rec. I-01145.

[2196] *Ibid*. Nous soulignons. D'ailleurs, pour la Commission, l'objectif de transposition pure et simple de règles communes « exclurait toute compétence des États membres, car ce serait incompatible avec l'unité du marché commun et l'application uniforme du droit communautaire ».

975. Il est loisible de considérer que l'article 291 TFUE, issu du traité de Lisbonne, ne fait que reprendre la jurisprudence lorsqu'il consacre le principe d'application uniforme afin de préciser la répartition des compétences d'exécution du droit de l'Union. Comme le souligne K. Abderemane, l'application uniforme est un principe « quasiment intangible » qui signifie que l'application des actes de l'Union doit leur garantir un contenu invariable, une signification identique et une force obligatoire égale[2197]. Aussi ne souffre-t-il presque aucune exception[2198]. En effet, la Cour interprète très largement le principe d'application uniforme en retenant « une lecture constructive et rigoureuse du champ et des conditions d'exercice des compétences des États membres et de l'Union »[2199]. Par conséquent, faire de l'uniformité un critère de répartition des compétences d'exécution ne peut que jouer en faveur de l'Union et conduire, une fois encore, à une forme d'instrumentalisation. En effet, outre son rapport étroit avec l'efficacité[2200], l'uniformité n'est pas sans lien avec l'effectivité dont elle peut être une condition[2201]. Nous rejoignons l'analyse de B. Bertrand qui voit dans l'effectivité un argument en « trompe-l'oeil » lorsqu'il est présenté comme une justification ou une condition du déclenchement de la compétence de l'Union[2202]. Loin de constituer un obstacle à l'exercice de sa compétence, l'effectivité tend au contraire à permettre et légitimer l'action de l'Union de sorte que cette notion est, tout comme le principe de subsidiarité[2203], parfaitement adaptée au processus d'intégration[2204]. Malgré son ambivalence, l'effectivité peut constituer un instrument de développement et de renforcement des compétences de l'Union et, partant, un vecteur de l'intégration. En prévoyant que la Commission ou le Conseil exercent des compétences d'exécution lorsque des conditions uniformes d'exécution des actes juridiques

---

2197 ABDEREMANE K., L'ancrage de l'engagement des États membres dans l'ordre constitutionnel de l'Union : les principes de loyauté et de solidarité in Le statut d'état membre de l'Union européenne: quatorzièmes journées Jean Monnet / Laurence Potvin-Solis (dir.), 2018, p. 232.

2198 En cas d'impossibilité absolue, l'État est tenu, en vertu du principe de coopération loyale, de collaborer avec la Commission afin de trouver une solution : CJCE, 6 décembre 2007, aff. C-280/05, *Commission c/ République italienne*, ECLI:EU:C:2007:753.

2199 ABDEREMANE K., L'ancrage, précité, p. 237.

2200 DUBOS O., Objectif d'efficacité de l'exécution du droit de l'Union, précité, p. 296.

2201 En effet, l'uniformité est nécessaire à l'effectivité du droit de l'Union. B. Bertrand cite l'arrêt Costa où la Cour de justice a affirmé que la réalisation des buts du traité serait mise en péril si la force exécutive des règles de l'Union devait varier d'un État à l'autre. Si une telle variation est normalement prévenue par les caractères de primauté et d'immédiateté de l'acte européen, ceux-ci ne sont pas toujours suffisants.CJCE, 15 juillet 1964, Flaminio Costa c/ E.N.E.L., aff. 6/64, Rec., p. 1141, spéc. p. 1159.

2202 BERTRAND B., « L'instrumentalisation de l'effectivité comme argument d'extension des compétences » in L'effectivité du droit de l'Union européenne, Bruylant, 2018, p.125.

2203 Le lien entre ces principes est d'autant plus fort que l'effectivité est implicitement présente dans le principe de subsidiarité en vertu duquel l'Union ne peut exercer sa compétence que si les objectifs de l'action ne peuvent être atteints de manière suffisante par les États mais peuvent l'être plus efficacement au niveau de l'Union.

2204 *Ibid.*, p. 126.

de l'Union sont nécessaires, l'article 291.2 TFUE fait de la recherche de l'uniformité/ effectivité un moyen « d'habiliter les institutions, sur la base du traité, à agir dans un domaine de compétence appartenant en principe aux États »[2205].

976. Le biais en faveur d'une compétence d'exécution de l'Union ne ressort pas seulement de la notion d'uniformité mais également de celle de « nécessité ». En effet, il est indiqué que ce n'est que lorsque des conditions uniformes d'exécution sont « nécessaires » que l'Union est habilitée à prendre des mesures d'exécution. Or, nous avons déjà indiqué que le contrôle de la Cour de justice sur la « nécessité » d'une intervention de l'Union, au regard de l'article 5 TUE, est toujours restreint, qu'il s'agisse de la nécessité relative au déclenchement d'une compétence (subsidiarité *stricto sensu*) ou de la nécessité de l'acte et de son intensité (subsidiarité *lato sensu,* proportionnalité). Le critère de l'uniformité est définitivement un argument en trompe l'oeil dans la mesure où il se présente comme une condition « objective » qui s'impose au législateur de l'Union. En effet, dans ses conclusions relatives à l'affaire Biocides, M. Pedro Cruz VillalÓn estimait que l'article 291.2 TFUE est une disposition habilitant l'Union à exercer (à travers la Commission) subsidiairement une compétence propre aux États et qu'à la différence de l'article 290 TFUE, « l'élément déclencheur de cette habilitation n'est pas la simple volonté du législateur, mais l'existence d'une cause objective: la nécessité que les actes juridiquement contraignants de l'Union soient exécutés dans des conditions uniformes »[2206]. C'est donc cette « nécessité » qui rend « possible, en termes de subsidiarité, l'adoption par les institutions des mesures d'exécution qui relèvent, en principe, des États membres »[2207]. En réalité, et de façon peu surprenante, la Cour de justice préfère s'en remettre au pouvoir d'appréciation du législateur de l'Union lorsqu'il décide d'attribuer un pouvoir d'exécution à la Commission (plutôt qu'aux États), comme nous aurons l'occasion de le voir. Avant d'examiner plus en détail la question du contrôle juridictionnel de la subsidiarité exécutive, il importe de préciser la façon dont la Cour de justice a pu interpréter l'article 291.2 TFUE. L'on décèle, là encore, l'influence de l'objectif d'efficacité qui conduit le juge de l'Union à voir dans la procédure de l'article 291.2 un véritable « réservoir » de la compétence d'exécution des institutions de l'Union en ce qu'il permet d'assurer une « application efficace » du droit de l'Union.

[2205] *Ibid.*, p. 127.

[2206] Conclusions présentées le 19 décembre 2013 dans l'affaire C−427/12, *Commission c/ Parlement et Conseil* (affaire Biocides), § 49 et 50. Nous soulignons.

[2207] *Ibid.*

B. L'article 291.2 TFUE comme réservoir de la compétence d'exécution des institutions de l'Union pour assurer une application efficace du droit de l'Union

977. Dans la foulée de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la doctrine a pu débattre de la question de savoir si l'article 291.2 TFUE pouvait être considéré comme une base légale de sorte à constituer un « réservoir » pour les compétences exécutives des institutions de l'Union, poursuivant ainsi la logique de transformation de la branche exécutive de « l'intergouvernementalisme vers le supranational »[2208]. En effet, l'on se souvient que l'ex-article 202 CE en vertu duquel le Conseil disposait d'un pouvoir de décision pour « assurer la réalisation des objets fixés par le présent traité » ne conférait pas à ce dernier une compétence générale pour adopter des décisions car il ne s'agissait pas d'une base légale. L'article 202 CE qui avait pour objet de régir les relations inter-institutionnelles ne constituait donc pas un réservoir de compétences d'exécution pour le Conseil et encore moins pour la Commission[2209]. La Cour de justice estimait que si l'ex-article 202, troisième tiret, CE régissait « la question de la mise en œuvre de façon uniforme des actes de base du Conseil ou de ce dernier et du Parlement européen et, ainsi, la répartition des compétences d'exécution entre le Conseil et la Commission », ladite disposition ne concernait pas « la répartition des compétences entre la Communauté et les États membres »[2210].

978. À la question de savoir si l'article 291 TFUE, issu de Lisbonne, peut constituer un fondement pour une compétence d'exécution générale de l'Union, la Cour semble répondre de façon positive. Dans une affaire récente *Espagne c/ Conseil*[2211], elle a précisé sa lecture « systémique » des dispositions de l'article 291, paragraphe 1 et 2, dans un sens favorable à la reconnaissance d'une compétence générale en matière d'exécution. Le juge de l'Union a relevé que si l'article 291. 2 TFUE ne constitue pas la seule disposition conférant au Conseil une compétence d'exécution[2212], il convient de prendre en considération cette disposition dans son ensemble, « le paragraphe 2 de cet article ne pouvant être lu en faisant abstraction de son paragraphe 1, lequel prévoit que les États membres prennent toutes les mesures de droit

---

[2208] SCHUTZE R., Le domaine des compétences d'exécution, précité, p. 85.

[2209] MOLLER C., *Durchführung des Gemeinschaftsrechts: Vertragliche Dogmatik und theoretische Implikationen, (2002) Europarecht,* p. 483-498

[2210] CJCE, 18 janvier 2005, *Commission c. Conseil,* aff. C-257/01, Rec. p. I-345, pt 66.

[2211] CJUE, 20 décembre 2017, *Espagne c. Conseil,* aff. C-521/15.

[2212] En effet, d'autres dispositions du traité peuvent lui conférer une telle compétence. Voir, en ce sens, CJUE, 26 novembre 2014, *Parlement et Commission/Conseil,* C−103/12 et C−165/12, EU:C:2014:2400, pt 50, ainsi que CJUE, 7 septembre 2016, *Allemagne/Parlement et Conseil,* C−113/14, EU:C:2016:635, pts 55 et 56. En outre, des actes de droit dérivé peuvent conférer des compétences d'exécution en dehors du régime prévu à l'article 291 TFUE. En ce sens : CJUE, 22 janvier 2014, *Royaume-Uni/Parlement et Conseil,* C−270/12, EU:C: 2014:18, pts 78 à 86 et 98).

interne nécessaires pour la mise en œuvre des actes juridiquement contraignants de l'Union »[2213]. Ainsi, le premier paragraphe « énonce le principe selon lequel c'est aux différents États membres qu'il incombe de prendre toutes les mesures de droit interne nécessaires pour la mise en œuvre des actes juridiquement contraignants de l'Union », tandis que le paragraphe 2 de cet article « prévoit que ces mêmes actes confèrent des compétences d'exécution à la Commission ou au Conseil dans tous les cas où leur exécution uniforme s'impose »[2214]. En effet, dans une telle situation, l'objectif d'exécution uniforme desdits actes exclut, selon la Cour, que ces derniers « puissent être mis en œuvre par les différents États membres au moyen de mesures prises en vertu de leur droit interne respectif, avec pour résultat évident un risque de disparité inhérent à la coexistence, au sein de l'ordre juridique de l'Union, de mesures d'exécution nationales potentiellement disparates »[2215].

979. Cette lecture prometteuse des dispositions de l'article 291.2 TFUE est confirmée par la jurisprudence relative aux actes d'exécution du Conseil intervenus sur ce fondement dans le domaine de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC). Dans l'affaire *National Iranian Oil Company*[2216], la Cour était amenée à se prononcer sur le point de savoir si le Conseil était en droit, en matière de mesures restrictives prévues sur la base de l'article 215 TFUE, de recourir aux dispositions de l'article 291.2 TFUE, ou s'il devait suivre la procédure instituée par l'article 215.1 TFUE aux fins de l'adoption de mesures restrictives individuelles. Dans l'hypothèse où le recours à l'article 291.2 TFUE était justifié, encore fallait-il examiner si l'attribution au Conseil de la compétence d'exécution en matière de gel des fonds répondait aux conditions énoncées par cet article. Le juge de l'Union a considéré que « l'article 215 TFUE ni aucune autre disposition du droit primaire ne s'opposent à ce qu'un règlement adopté sur le fondement de l'article 215 TFUE confère des compétences d'exécution à la Commission ou au Conseil dans les conditions définies à l'article 291, paragraphe 2, TFUE, lorsque des conditions uniformes d'exécution de certaines mesures restrictives prévues par ce règlement sont nécessaires »[2217]. Contrairement à ce que prétendaient les requérants, en l'absence de toute indication limitant la possibilité de conférer des compétences d'exécution, l'article 291.2 TFUE ne pouvait être écarté, en matière de

---

[2213] pt 45.

[2214] *Ibid.,* pt 47 de l'arrêt précité, nous soulignons.

[2215] *Ibid*. Nous soulignons.La Cour ajoute que l'article 291.2 vise uniquement les actes juridiquement contraignants qui se prêtent en principe à une mise en œuvre par les États membres, à l'instar de ceux auxquels se réfère l'article 291.1, TFUE, « mais qui, contrairement à ceux-ci, doivent, pour une raison donnée, être exécutés au moyen de mesures adoptées non pas par chaque État membre concerné, mais par la Commission ou le Conseil, aux fins d'en assurer l'application uniforme au sein de l'Union ». (pt 48).

[2216] TUE, 4 septembre 2015, *National Iranian Oil Company c/ Conseil,* aff. T-577/12.

[2217] Ibid., pt 55.

mesures restrictives fondées sur l'article 215, paragraphe 2, TFUE. La Cour de justice a estimé que la procédure prévue par l'article 215 pouvait se révéler « inadaptée aux fins de l'adoption de simples mesures d'exécution ». En revanche, l'article 291. 2, « en ouvrant une option entre l'attribution d'une compétence d'exécution à la Commission ou, sous certaines conditions particulières, au Conseil, permet de prévoir une procédure d'exécution plus efficace, adaptée au type de mesure à exécuter et à la capacité d'action de chaque institution. Ainsi les considérations ayant conduit les auteurs du traité FUE à autoriser, à l'article 291, paragraphe 2, TFUE, l'attribution de compétences d'exécution valent tant en ce qui concerne la mise en œuvre des actes fondés sur l'article 215, paragraphe 2, TFUE qu'en ce qui concerne la mise en œuvre d'autre actes juridiquement contraignants ». Aussi le Conseil pouvait-il échapper à la procédure prévue par l'article 215 TFUE pour adopter des mesures de gel des fonds au profit de la procédure de l'article 291.2 jugée plus « efficace ». Ici encore, la notion d'efficacité est au centre de l'analyse car le juge affirme qu'en prévoyant une procédure d'exécution efficace, les auteurs du traité ont entendu autoriser les institutions de l'Union à recourir à l'article 291.2 TFUE chaque fois que cette disposition se révélait plus adaptée.

980. Cette jurisprudence particulièrement favorable au pouvoir d'appréciation du Conseil, en ce qui concerne l'adoption des mesures restrictives sur le fondement de l'article 291.2 TFUE et la réserve de la compétence d'exécution au détriment de la Commission[2218], a été confirmée dans des arrêts postérieurs en matière de PESC[2219]. Le caractère restreint du contrôle de la Cour s'explique par l'existence de considérations d'opportunité guidant le Conseil dans l'adoption de ces mesures restrictives. Au regard de la subsidiarité exécutive, la question qui nous intéresse ne concerne pas tant la répartition (horizontale) des compétences d'exécution entre la Commission et le Conseil que la répartition (verticale) des compétences entre l'Union (à travers la Commission) et les États. En ce domaine, le contrôle juridictionnel devrait s'exercer avec plus de rigueur car ce ne sont plus des enjeux inter-institutionnels qui sous-tendent les conflits de compétences mais des questions d'ordre « fédéral ». Or, comme toujours lorsqu'il est question de subsidiarité, la jurisprudence se révèle décevante dans la mesure où le contrôle juridictionnel ne permet pas d'apporter, en termes d'autonomie ou de respect des compétences nationales, des garanties suffisantes aux États membres.

[2218] La Cour a toutefois souligné que la règle générale selon laquelle le Conseil est l'autorité compétente dans le domaine de la PESC ne s'oppose pas en tant que telle à ce que des compétences d'exécution en matière de mesures restrictives soient conférées à la Commission.

[2219] T-578/12; T-9/13; T-10/13; T-63/14; T-68/14; C-440/14 P.

Paragraphe 2. Un contrôle juridictionnel lacunaire de la subsidiarité exécutive : vers une centralisation accrue de l'exécution du droit de l'Union

981. Conçu comme un instrument au service de l'intégration, le principe de subsidiarité tend à favoriser la centralisation normative dans l'Union, tout particulièrement dans le domaine du marché intérieur. Ce phénomène concerne aussi bien le niveau législatif — en ce que l'activation de la subsidiarité ascendante, conformément à l'article 5.3 TUE, conduit à rapprocher les législations nationales — que le niveau exécutif puisque l'article 291.2 TFUE permet d'opérer une centralisation de l'exécution dès lors que des conditions uniformes d'exécution sont nécessaires. Afin que cette tendance naturelle à la centralisation voire à l'uniformisation ne devienne excessive et n'atteigne des proportions trop grandes, il importe d'apporter aux États membres certaines garanties. D'où l'importance d'un contrôle juridictionnel rigoureux de l'action de l'Union pour s'assurer que sur le plan de l'exécution normative, le principe de l'administration indirecte ou de l'exécution décentralisée reste la règle, et l'exécution centralisé, l'exception.

982. Si en apparence la condition relative à l'uniformité des conditions d'exécution semble neutre, le contrôle juridictionnel de celle-ci ne sautait occulter l'instrumentalisation opérée par les institutions de l'Union, qu'il s'agisse du législateur ou de la Cour de justice. La jurisprudence montre qu'en pratique les institutions jouissent d'un large pouvoir d'appréciation dans la détermination de la condition d'uniformité de l'exécution du droit de l'Union. S'agissant du législateur, à qui il appartient de confier au cas par cas soit à la Commission, soit aux États membres, la compétence d'exécution des actes législatifs qu'il adopte, le contrôle juridictionnel se révèle particulièrement restreint de sorte que l'examen opéré par le juge de l'Union n'offre aucune garantie à la préservation du modèle de l'administration indirecte/fédéralisme d'exécution. Tout au contraire, la souplesse avec laquelle ce dernier contrôle l'exigence de l'uniformité des conditions d'application tend à favoriser la centralisation de l'exécution du droit de l'Union.

983. Il importe toutefois de distinguer le contrôle de la légalité du choix exercé par le législateur lorsqu'il confère à la Commission un pouvoir d'exécution au sens de l'article 291.2 TFUE du contrôle de la légalité de l'acte d'exécution de la Commission elle-même lorsque celle-ci est soupçonnée d'outrepasser le pouvoir d'exécution que lui confère l'article 291.2 TFUE. En effet, le pouvoir de la Commission est doublement délimité par l'article 291.2 TFUE et par les dispositions du droit dérivé. Ainsi, même si l'on peut considérer,

depuis le traité de Lisbonne, que la fonction d'exécution est attribuée à la Commission, ce pouvoir reste subsidiaire par rapport à la compétence de principe des États. C'est pourquoi, la compétence d'exécution de la Commission fait l'objet d'une surveillance étatique dans le cadre des procédures de comitologie. Il ressort de l'examen de la jurisprudence récente que la « défaillance » du contrôle juridictionnel du législateur de l'Union (A) peut être relativisée par l'exigence avec laquelle la Cour contrôle l'action de la Commission lorsque celle-ci se voit confier des compétences d'exécution, au titre de l'article 291.2 TFUE, s'érigeant ainsi en garante du contrôle des États sur les actes d'exécution (B).

A. La défaillance du contrôle juridictionnel du législateur de l'Union

984. Au regard de l'article 291.2 TFUE, le contrôle juridictionnel du législateur de l'Union est doublement limité. À l'instar de la subsidiarité législative qui fait l'objet d'un contrôle restreint, tant sur le plan de la compatibilité matérielle de l'acte législatif avec les conditions de fond posées par l'article 5.3 TUE (subsidiarité matérielle) que sur le plan de la motivation dudit acte au regard du principe de subsidiarité (subsidiarité procédurale), la subsidiarité exécutive fait l'objet d'un contrôle limité, tant sur le plan matériel de l'appréciation de la condition d'uniformité de l'exécution posé par l'article 291.2 TFUE (1) que sur le plan formel de la motivation de ce choix par le législateur de l'Union (2). À l'instar de la subsidiarité de l'article 5.3 TUE, la retenue de la Cour dans l'examen des conditions de fond de l'article 291.2 TFUE n'est donc pas compensée par une exigence accrue sur le plan des conditions de forme, ce qui est critiquable.

1. Le contrôle restreint de la condition d'exercice de la compétence d'exécution : la retenue de la Cour dans l'appréciation de l'uniformité des conditions d'exécution

985. L'affaire *Biocides* constitue un point de départ pertinent de la réflexion au sujet du contrôle juridictionnel du législateur lorsque celui-ci décide de confier à la Commission un pouvoir d'exécution au titre de l'article 291.2 TFUE. Les développements de l'avocat général se révèlent particulièrement éclairants puisque M. P. Cruz VillalÓn a pu affirmer, dans ses conclusions présentées le 19 décembre 2013[2220], que l'article 291.2 TFUE constitue une disposition qui habilite l'Union à exercer une compétence d'exécution qui appartient, en principe, aux États membres. Selon lui, contrairement à ce qui se passe dans le cadre des actes délégués de l'article 290 TFUE , l'élément déclencheur de l'habilitation n'est pas la

[2220] Conclusions présentées le 19 décembre 2013 dans l'affaire C−427/12, *Commission contre Parlement et Conseil,* affaire dite « Biocides ».

« volonté du législateur », mais bien « l'existence d'une cause objective : la nécessité que les actes juridiquement contraignants de l'Union soient exécutés dans des conditions uniformes ». Cette nécessité rendrait ainsi « possible, en termes de subsidiarité, l'adoption par les institutions des mesures d'exécution qui relèvent, en principe, des États membres »[2221].

986. Telle n'a manifestement pas été la lecture de la Cour de justice qui s'est contentée de relever que lorsque le législateur confère un pouvoir d'exécution à la Commission sur la base de l'article 291.2 TFUE, cette dernière est appelée à préciser le contenu d'un acte législatif, afin d'assurer sa mise en œuvre dans des conditions uniformes dans tous les États membres. Quant au législateur, le juge de l'Union a tenu à souligner que ce dernier « dispose d'un pouvoir d'appréciation lorsqu'il décide d'attribuer à la Commission un pouvoir délégué en vertu de l'article 290, paragraphe 1, TFUE ou un pouvoir d'exécution en vertu de l'article 291, paragraphe 2, TFUE. Dès lors, le contrôle juridictionnel se limite aux erreurs manifestes d'appréciation quant à la question de savoir si le législateur a pu raisonnablement considérer, (…) que les dispositions du règlement n° 528/2012 relatives à ce régime exigent des conditions uniformes d'exécution »[2222]. La position de la Cour semblait donc claire, qu'il s'agisse de délégation législative ou de compétence d'exécution, le législateur européen dispose d'une large marge d'appréciation sur laquelle le juge n'a pas vocation à empiéter. À peine un an après ce premier arrêt, le juge réaffirmait que le législateur de l'Union dispose d'un pouvoir d'appréciation lorsqu'il décide d'attribuer à la Commission un pouvoir délégué en vertu de l'article 290. 1 TFUE ou un pouvoir d'exécution en vertu de l'article 291.2 TFUE tout en se bornant à ajouter que « ce pouvoir d'appréciation doit être exercé dans le respect des conditions prévues aux articles 290 TFUE et 291 TFUE »[2223].

987. La jurisprudence ultérieure n'a pas véritablement donné l'occasion à la Cour de préciser sa position dans la mesure où elle n'a pas pu être interrogée, en dehors des conflits inter-institutionnels entre la Commission et le Parlement et Conseil, sur la question de savoir si les actes d'exécution des institutions de l'Union étaient entachés d'illégalité au motif qu'ils méconnaissent l'article 291 TFUE. La quasi-totalité des arrêts sur l'interprétation et l'application des dispositions de l'article 291.2 TFUE concernent la PESC et il ressort clairement de leur lecture que ni le Tribunal, ni la Cour ne sont prêts à remettre en cause l'opportunité pour le Conseil de recourir à l'article 291.2 TFUE[2224]. L'arrêt *Philip Morris*

[2221] *Ibid.*, § 50.

[2222] pt 40 de l'arrêt du 18 mars 2014, aff. C−427/12, *Biocides*.

[2223] CJUE, 16 juillet 2015, *Commission/Parlement et Conseil*, C−88/14, EU:C:2015:499, pt 28.

[2224] TUE, *National Iranian Oil Company,* aff. T-578/12, précité, pt. 54; CJUE, 1er mars 2016, *National Iranian Oil Company c. Conseil,* aff. C-440/14 P, EU:C:2016:128, pt 41.

Brands[2225] relatif au domaine du marché intérieur aurait pu offrir une belle illustration du raisonnement de la Cour sur cette question dans la mesure où la juridiction de renvoi mettait en cause la validité d'une directive d'harmonisation des produits du tabac au regard des possibilités de déléguer des pouvoirs d'exécution à la Commission, dans le cadre de l'article 291 TFUE. Le juge de l'Union n'a toutefois pas saisi l'occasion dans la mesure où la question a été déclarée irrecevable. Cette position de la Cour de justice est clairement un indice de sa déférence à l'égard du législateur sur cette question. Néanmoins, l'Avocat général n'a pas hésité à se saisir de ces griefs en livrant son analyse de la question de la validité des dispositions habilitant la Commission à adopter des actes d'exécution au sens de l'article 291.

988. En l'espèce, il était reproché au législateur de n'avoir pas défini les conditions d'adoption des actes d'exécution et d'avoir, par ailleurs, prévu l'édiction de tels actes dans des domaines où des conditions uniformes d'exécution n'étaient pas requises. À la lumière des enseignements de l'arrêt *Biocides*, J. Kokott a rappelé le pouvoir discrétionnaire du législateur « pour décider si et dans quels domaines d'un acte législatif de l'Union il est nécessaire, aux fins de sa mise en œuvre uniforme, d'habiliter la Commission à adopter des actes d'exécution au sens de l'article 291 TFUE ». Le contrôle juridictionnel doit donc se limiter aux erreurs manifestes d'appréciation. L'avocat général a ensuite relevé l'absence d'élément objectif susceptible de révéler les raisons pour lesquelles les domaines de la directive n'appelleraient pas l'adoption de mesures d'exécution. Madame J. Kokott en a conclu qu'une analyse subjective ne suffisait pas à invalider les dispositions de la directive. S'agissant, ensuite, des conditions juridiques ayant présidé à l'adoption des actes d'exécution, l'avocat général a rappelé la jurisprudence de la Cour selon laquelle l'acte législatif de base doit établir un cadre juridique complet afin que la Commission puisse adopter toutes les mesures d'application nécessaires ou utiles à la mise en œuvre dudit acte, dans la mesure où elles ne sont pas contraires à celui-ci, étant précisé que la Commission ne peut pas modifier ni compléter l'acte législatif lorsqu'elle exerce un pouvoir d'exécution. L'avocat général affirmait que les dispositions litigieuses ne contrevenaient pas à cette jurisprudence dans la mesure où, conformément à l'article 291 TFUE, la Commission s'était vu confier « la seule tâche d'adopter des dispositions apportant des précisions sur certains détails techniques de la mise en œuvre ».

989. Il ressort de l'analyse de la jurisprudence, aussi pauvre soit-elle, que l'hypothèse d'une remise en cause juridictionnelle de l'appréciation, par le législateur de l'Union, de la détermination de l'exigence d'uniformité de l'exécution du droit de l'Union est hautement

---

[2225] CJUE, 4 mai 2016, *Philip Morris Brands e.a,* aff. C-547/14.

improbable dans la mesure où la subsidiarité exécutive ne constitue pas, aux yeux du juge européen, un véritable enjeu en termes de répartition verticale des compétences. Le *self restraint* de la Cour dans l'appréciation des conditions de fond à l'exercice par l'Union d'une compétence d'exécution « subsidiaire » aurait pu néanmoins être « compensé » par un contrôle juridictionnel plus rigoureux en ce qui concerne les conditions de forme. Mais là encore, le contrôle se révèle plus que limité.

2. Le contrôle superficiel de la motivation du législateur à la lumière de l'article 291.2 TFUE

990. Dans la mesure où la formulation de l'article 291 codifie l'idée selon laquelle l'administration indirecte est le droit commun de l'exécution du droit de l'Union, cette disposition implique « pour la Commission l'obligation de démontrer la nécessité de conditions uniformes d'exécution et, partant, de démontrer que ses propositions d'actes d'exécution respectent bien les principes de subsidiarité et de proportionnalité »[2226]. Il en découle, sur le plan procédural, une obligation de motivation. À l'instar de sa position « laxiste » en matière de subsidiarité législative (article 5.3 TUE), le juge de l'Union fait preuve de la même souplesse vis-à-vis de la motivation du législateur lorsque ce dernier fait le choix de recourir à l'article 291.2 TFUE. L'analyse des considérants des directives et règlements révèle que le législateur de l'Union se borne à insérer une formule standardisée libellé en ces termes : « afin d'assurer des conditions uniformes d'exécution du présent règlement, il convient de conférer des compétences d'exécution à la Commission »[2227].

991. Il importe de préciser que l'article 291. 4 TFUE indique que « le mot "d'exécution" est inséré dans l'intitulé des actes d'exécution ». Aussi la question s'est-elle rapidement posée de savoir si le Conseil violait l'obligation de motivation dans l'hypothèse où il omettait de mentionner l'article 291. 2 TFUE dans les visas des règlement qu'il adoptait. Une fois encore, la rareté des arrêts en ce domaine nous contraint de tirer nos exemples de la jurisprudence relative à la PESC. La question de la motivation qui concerne une formalité substantielle est, comme le rappelle le juge, « distincte de celle du bien-fondé de cette motivation »[2228]. Dans le cadre de la PESC, la question de savoir si le Conseil pouvait s'attribuer des compétences

---

[2226] ZILLER J., Le principe de subsidiarité, précité, p. 538.

[2227] Règlement (UE) n ° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, JO L 201 du 27.7.2012, p. 107–134; Directive (UE) 2016/1148 du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2016 concernant des mesures destinées à assurer un niveau élevé commun de sécurité des réseaux et des systèmes d'information dans l'Union, JO L 194 du 19.7.2016, p. 1–30.

[2228] CJUE, 16 novembre 2011, *Bank Melli Iran/Conseil,* C−548/09 P, Rec, EU:C:2011:735, pt 88.

d'exécution ne concerne donc pas la motivation du règlement, mais relève de l'appréciation de la légalité des motifs invoqués. Le Tribunal comme la Cour de justice considèrent que « dans la mesure où les circonstances spécifiques requises par l'article 291.2 TFUE pour l'attribution d'une compétence d'exécution au Conseil ressortent de façon suffisamment compréhensible dudit règlement, ce dernier ne saurait être considéré comme entaché d'une violation de l'obligation de motivation »[2229]. Aussi, malgré l'absence de mention de l'article 291.2 TFUE, les dispositions d'un règlement « placées dans le contexte de l'articulation des compétences attribuées respectivement par le traité UE et le traité FUE » permettent de comprendre que le Conseil se réserve la compétence d'exécuter les dispositions dudit règlement, conformément aux conditions énoncées par l'article 291, paragraphe 2, TFUE, qui régit l'attribution de compétences d'exécution aux institutions de l'Union.

992. Ainsi que le souligne B. Bertrand en matière de motivation du choix des institutions de recourir à l'article 291.2 TFUE, le juge de l'Union se borne à un contrôle superficiel dans la mesure où il se contente d'exiger une motivation purement formelle. L'on retrouve, dans le cadre de l'article 291.2 TFUE, la même retenue qui caractérise le raisonnement de la Cour de justice dans le cadre du test de subsidiarité de l'article 5.3 TUE. Si le contrôle juridictionnel est limité, c'est « sans doute en raison du lien entre effectivité et opportunité » de sorte que « loin d'empêcher l'exercice de la compétence, l'argument d'effectivité semble en définitive conforter et légitimer l'usage de la compétence européenne, celle-ci se parant implicitement d'une efficacité par sa seule mise en œuvre »[2230]. En effet, l'exigence d'uniformité du droit de l'Union est une composante de son efficacité et la notion d'uniformité entretient des liens étroits avec celle d'effectivité. Entendue comme un critère de répartition des compétences d'exécution, l'uniformité est bien une déclinaison de la subsidiarité-efficacité de l'article 5.3 TUE. Selon O. Dubos lorsque le législateur décide si son acte doit faire l'objet d'une exécution par la Commission, il devrait, « dans chacun de ses actes, justifier du caractère nécessaire d'une exécution centralisée » et la Cour de justice devrait, si elle est saisie de contentieux, « déterminer les critères qui permettent d'apprécier dans quelles hypothèses l'uniformité du droit de l'Union peut être mise en danger par une exécution étatique »[2231]. Le Professeur souligne qu'à l'instar du contrôle du respect du principe de subsidiarité, le contrôle de la motivation devrait, dans le cadre de l'article 291.2 TFUE, revêtir une grande importance

---

[2229] TUE, 4 septembre 2015, *National Iranian Oil Company*, aff. T-577/12, pt 86. Confirmé par : CJUE, 1 mars 2016, *National Iranian Oil Company,* aff. C-440/14 P, EU:C:2016:128.

[2230] BERTRAND B., L'instrumentalisation de l'effectivité comme argument d'extension des compétences, précité, p. 129.

[2231] DUBOS O., L'objectif d'efficacité, précité, p. 297.

et évoluer à l'avenir. Pour autant, il est à craindre que ni la pratique ni la jurisprudence n'évoluent sur ce point. Il nous semble que le législateur n'est pas prêt à faire apparaître « en quoi une exécution confiée uniquement aux États pourrait porter atteinte à l'uniformité de l'exécution »[2232] dans la mesure où la Cour de justice n'est pas décidée à faire évoluer sa jurisprudence, en termes d'exigences accrues, afin de ne pas interférer dans les appréciations de la Commission, du Conseil et du Parlement.

993. Il n'en demeure pas moins que même dans l'hypothèse d'une exécution centralisée, la fonction d'exécution attribuée à la Commission reste placée sous le contrôle des États membres dans le cadre procédural de la Comitologie. Il importe donc d'apporter à ces derniers certaines garanties, même si ce mécanisme de contrôle n'a pas pour objet de conférer un pouvoir de veto à chaque État dans la mesure où il est peu probable que le législateur autorise un droit de veto national[2233]. À cet égard, la jurisprudence récente se révèle plus satisfaisante dans la mesure où la Cour distingue clairement la question de la légalité du choix exercé par le législateur de l'Union lorsqu'il confère un pouvoir d'exécution à la Commission au sens de l'article 291.2 TFUE de la question de la légalité de l'acte d'exécution, à savoir la décision de la Commission lorsque celle-ci exerce un pouvoir d'exécution qui lui est conféré par l'article 291 TFUE .

B. L'existence de certains garanties dans le contrôle de la Commission : la Cour garante du contrôle des États membres sur les actes d'exécution

994. Après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la Cour de justice a pu rappeler à quelques reprises à la Commission que le pouvoir d'exécution qui lui est conféré par l'article 291 TFUE doit s'exercer dans les limites clairement établies par le droit primaire et le droit dérivé.

995. À l'occasion d'un conflit horizontal ayant opposé le Parlement européen à la Commission, la Cour a été amenée à se prononcer sur la question d'un prétendu détournement du pouvoir d'exécution par la Commission[2234]. Le Parlement faisait notamment valoir que le législateur, en attribuant à la Commission le pouvoir d'adopter les mesures d'exécution nécessaires à la mise en application du règlement n° 492/2011, avait entendu limiter le pouvoir d'exécution de celle-ci « au strict minimum ». Aussi la Commission n'était-elle pas autorisée à chercher à parfaire ou compléter, par cette voie, le cadre établi par le règlement. La Cour de justice a rappelé, à cette occasion, que le pouvoir d'exécution conféré à la

---

[2232] *Ibid*.

[2233] SCHUTZE R., Le domaine des compétences d'exécution, précité, p. 83.

[2234] CJUE, 15 octobre 2014, *Parlement c/ Commission*, aff. C−65/13.

Commission est à la fois délimité par l'article 291.2 TFUE et par les dispositions du règlement. En outre, il résulte de la combinaison des articles 290 et 291.2 TFUE que la Commission ne peut modifier ni compléter l'acte législatif, même dans ses éléments non essentiels. Dans le cadre de son pouvoir d'exécution, dont les limites s'apprécient en fonction des objectifs généraux de l'acte législatif en cause, la Commission est, selon le juge, « autorisée à adopter toutes les mesures d'application nécessaires ou utiles pour la mise en œuvre dudit acte, pour autant qu'elles ne soient pas contraires à celui-ci »[2235]. Ainsi, l'argumentation du Parlement selon laquelle le pouvoir d'exécution de la Commission doit se borner « au strict minimum » doit être rejetée car dès lors que l'utilité des dispositions attaquées pour la mise en œuvre du règlement nº 492/2011 n'est pas mise en cause, il suffit, aux fins d'apprécier si celles-ci respectent les limites du pouvoir d'exécution, d'examiner si elles complètent ou modifient ledit acte législatif. En effet, selon la Cour, l'article 291 TFUE prévoit la nécessité d'assurer la mise en œuvre des directives et règlement dans des conditions uniformes dans tous les États membres sans pour autant affecter l'étendue du pouvoir d'exécution dont dispose la Commission en vertu du cadre établi par ledit règlement. Le contrôle de la Cour consiste à rechercher si les dispositions attaquées sont nécessaires ou utiles pour la mise en œuvre du règlement sans qu'elles le complètent ni le modifient. Le juge s'attache à examiner, en tenant compte du cadre général établi par le règlement, si la Commission, en adoptant la décision attaquée, a outrepassé son pouvoir d'exécution lors de la mise en œuvre de ce règlement[2236].

996. Au-delà des conflits inter-institutionnels, la Cour de justice a eu l'occasion récemment de rappeler à la Commission les règles qui s'imposent à elle dans le cadre de la comitologie. Dans un arrêt du 20 septembre 2017[2237], le juge de l'Union a insisté sur le fait qu'en vertu de l'article 291.1 TFUE les mesures d'exécution sont, en principe, adoptées par les États mais que le paragraphe 2 du même article envisage néanmoins la possibilité d'adopter des actes d'exécution au niveau de l'Union « lorsque des conditions uniformes d'exécution des actes juridiquement contraignants de l'Union sont nécessaires ». Si la compétence pour adopter ces actes revient, dans l'Union, principalement à la Commission (le Conseil ne pouvant intervenir que dans des cas spécifiques comme la PESC), cette dernière doit cependant se soumettre à la

---

[2235] Arrêts de la CJUE, *Pays-Bas/Commission*, C−478/93, EU:C:1995:324, pts 30 et 31; *Portugal/Commission,* C−159/96, EU:C:1998:550, pts 40 et 41; *Parlement/Commission*, C−403/05, EU:C:2007:624, pt 51, ainsi que *Parlement et Danemark/Commission,* C−14/06 et C−295/06, EU:C:2008:176, pt 52

[2236] *Ibid*., pt 64.

[2237] CJUE, 20 septembre 2017, *Tilly-Sabco SAS c/ Commission*, aff. C-183/16 P.

procédure de la comitologie[2238], à l'occasion de laquelle les actes d'exécution font l'objet d'un contrôle par des comités composés de représentants des États. Cette procédure permet aux États membres de conserver un certain contrôle sur la Commission lorsqu'elle exerce une compétence d'exécution perçue comme subsidiaire. En l'espèce, il était reproché à la Commission de ne pas avoir respecté les délais fixés par le règlement n°182/2011 en soumettant au comité son projet de règlement d'exécution (qui fixait à zéro le montant des restitutions à l'exportation des poulets congelés) dans le cadre de la procédure d'examen, le jour même de la réunion. En effet, dans la mesure où le règlement n°182/2011 fixe deux délais distincts[2239], il incombe à la Commission de les respecter. Or, celle-ci avait méconnu le premier délai (fixé à 14 jours) dans la mesure où elle avait agi en tenant compte de la règlementation précédemment en vigueur. L'ancienne procédure comitologie ne prévoyait pas de délai entre la soumission du projet de règlement et la réunion du comité. La Cour de justice a, par conséquent, annulé l'acte d'exécution de la Commission pour violation des formes substantielles. Ce faisant, le juge de l'Union s'érige en garant du contrôle des États membres sur les actes d'exécution car il rappelle l'importance des délais fixés par le règlement qui a pour objet de garantir un contrôle effectif des États sur la Commission[2240]. Le respect des deux délais est important dans la mesure où le premier permet « un examen serein du projet d'acte avant toute réunion et l'information des gouvernements » tandis que le second « donne la possibilité aux membres du comité d'exprimer leur opinion sur ce projet »[2241].

997. Du fait de leur caractère limité, ces garanties restent cependant insuffisantes pour dépasser l'approche fonctionnaliste qui caractérise la jurisprudence de la Cour de justice.

[2238] La procédure de comitologie est l'objet du règlement (UE) n° 182/2011 du 16 février 2011 qui distingue la « procédure d'examen » de la « procédure de consultation » dans laquelle la Commission est libre d'adopter l'acte proposé. Voir aussi : Règlement (UE) no 182/2011 du Parlement Européen et du Conseil du 16 février 2011 établissant les règles et principes généraux relatifs aux modalités de contrôle par les États membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission. Ce règlement établit les principes généraux relatifs aux modalités de contrôle par les États membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission.

[2239] Un délai de 14 jours entre la soumission du projet au comité et la réunion du comité et un délai pendant lequel le comité émet son avis sur le projet que le président peut fixer en fonction de l'urgence de la question.

[2240] DERO-BUGNY D., Chronique par E. Claudel, D. Dero-Bugny et C. Nourissat, Journal du droit international (Clunet) n° 2, Avril 2018, chron. 4.

[2241] *Ibid*.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

998. Envisagé comme un instrument d'intégration, sur le plan normatif, le principe de subsidiarité favorise la centralisation tant au niveau législatif qu'au niveau de l'exécution. La subsidiarité-efficacité qui irrigue les dispositions de l'article 5.3 TUE — en raison des tests d'effectivité et d'efficience qui sous-tendent la subsidiarité législative — et celles de l'article 291.2 TFUE — en raison du critère de l'uniformité qui sous-tend la subsidiarité exécutive — tend à renverser la présomption selon laquelle la décision doit être prise le plus près possible des citoyen (subsidiarité-proximité). Dans la mesure où la « décentralisation » implique une diversité/disparité des réglementations, celle-ci constitue fatalement une insuffisance voire une menace au regard des objectifs (transnationaux) de l'Union européenne, qu'il s'agisse de l'objectif de réalisation du marché intérieur ou de l'objectif instrumental de l'efficacité de l'exécution du droit de l'Union. Dans les deux cas, c'est un raisonnement quasi-tautologique qui s'impose à la Cour de justice puisque seule l'Union semble en mesure d'assurer l'uniformité que réclame le processus d'intégration. La subsidiarité-efficacité n'est pas sans receler un certain paradoxe au regard de la faiblesse du contrôle juridictionnel exercé par la Cour qui conduit beaucoup d'auteurs à dénoncer le caractère ineffectif, inopérant et inefficace du principe de subsidiarité lorsqu'il est invoqué par les requérants dans le but d'obtenir l'annulation d'un acte de l'Union. En réalité, la subsidiarité-efficacité ne doit pas être envisagée comme un instrument permettant de réguler efficacement l'exercice des compétences normatives de l'Union et des États mais comme un moyen habile de légitimer l'action de l'Union, tant sur le plan législatif qu'exécutif, au prix d'une instrumentalisation de la part des institutions de l'Union. Comprise ainsi la subsidiarité devient alors un principe à sens unique (ascendant) ayant pour seul objet de justifier l'intervention de l'Union.

Chapitre II. La centralisation au niveau procédural

999. Si pour la doctrine, l'autonomie procédurale des États membres est une illustration du principe d'administration indirecte et du principe de subsidiarité[2242], le fait d'avoir montré que le premier principe était remis en cause précisément parce que le second faisait l'objet d'une interprétation fonctionnelle emporte nécessairement des conséquences sur le concept même d'autonomie procédurale[2243]. En effet, une relecture du principe — plus doctrinal que jurisprudentiel — de l'autonomie institutionnelle et procédurale s'impose, à la lumière des développements relatifs à un principe comme la subsidiarité dans l'ordre juridique de l'Union. L'interprétation fonctionnelle du principe de subsidiarité par les institutions européennes aboutit à réduire ce dernier à un instrument d'intégration, non seulement normative, mais également procédurale. En tant qu'instrument mis au service de l'intégration, le principe de subsidiarité tend à favoriser, de façon tout à fait paradoxale eu égard à ses connotations fédérales décentralisatrices, un phénomène de « centralisation »[2244], y compris en ce qui concerne les droits procéduraux des États membres traditionnellement à l'abri des ingérences du droit de l'Union dans la sphère nationale. Une telle affirmation, pour le moins surprenante, mérite d'être étayée : ce sera l'objet de ce dernier chapitre. Mais avant, des rappels et des précisions d'ordre terminologique s'imposent afin d'éviter des confusions.

1000. Contrairement à une compréhension fédérale de la construction européenne mettant l'accent sur la nécessité de préserver les autonomies et la diversité dans l'Union, la vision fonctionnelle inhérente à l'intégration ne se soucie guère de ces exigences et se borne à poursuivre la réalisation des objectifs de l'Union européenne. Parmi ces derniers, figure un objectif final qui, par nature, ne correspond pas à une compétence sectorielle spécifique, celui de l'efficacité de l'exécution du droit de l'Union[2245]. En tant qu' « objectif instrumental couvert par la notion d'effet utile et issu de l'objectif final d'intégration », l'objectif d'efficacité, duquel est issu le principe d'effectivité, induit l'encadrement de la compétence

---

[2242] COURONNE V., La compétence procédurale des Etats membres, p 43.

[2243] Voir le Chapitre II du Titre I et le Chapitre I du Titre II de la seconde partie de cette thèse.

[2244] Le terme centralisation est certes contestable car l'exécution juridictionnelle, contrairement à l'exécution normative ou même matérielle, reste largement décentralisée dans la mesure où les juridictions nationales sont les juges européens de droit commun. Néanmoins, par le biais du renvoi préjudiciel, la Cour de justice peut empiéter sur la compétence procédurale de ces derniers et opérer ainsi une forme de centralisation. En outre, par l'effet combiné des principes d'effectivité et de subsidiarité juridictionnelle, le droit procédural des Etats membres n'échappe pas à l'intégration, contrairement à ce qu'un principe comme l'autonomie procédurale, issu du caractère décentralisé de l'exécution du droit de l'Union, laisse à penser.

[2245] NEFRAMI E., «Le rapport entre objectifs et compétences, de la structuration et de l'identité de l'Union européenne», *in* Neframi E., (dir), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne,* Bruylant, 2012, pp. 5–26., spéc.p. 21.

d'exécution des États membres[2246]. Il est généralement admis que dans le cadre de l'administration indirecte, les autorités nationales disposent d'une autonomie institutionnelle et/ou procédurale afin de prendre les mesures d'exécution du droit de l'Union qui s'imposent et assurer l'exécution juridictionnelle[2247]. Dans ce schéma, la Cour de justice aurait consacré le principe d'effectivité « en tant qu'efficacité minimale » pour encadrer et limiter ladite autonomie[2248]. Il nous semble toutefois qu'une telle représentation, sans être totalement erronée, est de nos jours dépassée en raison de la fragilité du postulat de départ voulant voir dans la jurisprudence de la Cour de justice la consécration d'un principe d'autonomie procédurale. Il ressort de l'analyse des premiers arrêts de la Cour que la prétendue autonomie procédurale s'avère être davantage une notion doctrinale obsolète qu'un véritable principe — fût-il non écrit — de l'ordre juridique de l'Union. En effet, même si la théorie de l'autonomie procédurale s'est rapidement imposée dans la doctrine, notamment française, cette dernière s'est construite sur un « malentendu » dans la mesure où le droit procédural n'a jamais constitué un « domaine réservé des États dans les traités »[2249]. Ce constat n'est pas remis en cause par le fait que le juge de l'Union mentionne, de plus en plus, l'autonomie procédurale des États membre dans ses arrêts, ce qu'il ne faisait pas jusqu'à une date récente[2250]. En effet, ce principe n'a qu'une portée limitée.

1001. À l'inverse, l'idée plus récente d'une subsidiarité juridictionnelle que des recherches doctrinales, de plus en plus nombreuses, tendent à mettre en lumière, nous semble plus appropriée pour rendre compte de la jurisprudence en raison du caractère fonctionnel du principe de subsidiarité et de sa dynamique potentiellement ascendante. En effet, l'analyse de la jurisprudence révèle que le juge de l'Union n'hésite pas, lorsque les objectifs du traité et les circonstances d'une affaire l'exigent, à s'immiscer dans les compétences procédurales des États, ce qui a progressivement pour effet d'harmoniser le droit procédural interne. Par le biais d'une application rigoureuse du principe d'effectivité s'opère ainsi une véritable « harmonisation positive » dans la mesure où les juges nationaux sont, conformément à une jurisprudence constante, tenus de respecter ce principe lorsqu'ils examinent la compatibilité du droit national avec le droit de l'Union et assurent la protection des justiciables. Comment, dès lors, expliquer ce phénomène si l'on postule l'existence d'une autonomie procédurale ?

2246 *Ibid*.

2247 *Ibid*.

2248 *Ibid*.

2249 COURONNE V., précité, p. 43.

2250 L'analyse de la jurisprudence nous permet de situer la mention *expressis verbis* de ce principe à partir de 2006.

1002. En raison de son caractère figé et statique, la notion d'autonomie se heurte, à mesure que le processus d'intégration se poursuit et s'approfondit, à des limites auxquelles la notion de subsidiarité, du fait de sa dynamique intrinsèque, échappe. La subsidiarité juridictionnelle, contrairement à l'autonomie procédurale, permet non seulement d'expliquer, sur un plan théorique, l'intrusion croissante du droit de l'Union dans les compétences procédurales des États membres (Section I) mais aussi de les favoriser du fait du caractère fonctionnel et instrumental des principes de subsidiarité et d'effectivité (Section II). En effet, l'activation par la Cour de justice de la subsidiarité juridictionnelle ascendante trouve sa justification dans l'application du principe d'effectivité dont nous avons montré les rapports avec la subsidiarité substantielle.

Section 1. De l'autonomie procédurale à la subsidiarité juridictionnelle

1003. Malgré des références de plus en plus appuyées au principe de l'autonomie procédurale, la jurisprudence de la Cour de justice parvient difficilement à dissimuler le constat, presque unanimement partagé par la doctrine, de l'effacement progressif voire de la totale disparition, dans certains domaines, de l'autonomie procédurale des États membres. Les exigences accrues du juge de l'Union à l'adresse des juridictions nationales ont inexorablement conduit à réduire celle-ci à une « peau de chagrin »[2251]. Un certain nombre d'auteurs semblent s'étonner de ce phénomène qui n'est pourtant que la suite naturelle du processus d'intégration et de la logique fonctionnelle dans laquelle il s'inscrit. Les limites inhérentes au principe d'autonomie procédurale (Paragraphe 1) devraient conduire la doctrine à envisager une nouvelle grille d'analyse de la jurisprudence dans la mesure où, en dépit des allégations « récentes » de la Cour, il n'y a pas de réelle « autonomie procédurale ». La subsidiarité juridictionnelle semble, en revanche, offrir une clé de lecture plus appropriée dans la mesure où ce principe, bien que non écrit et jamais mentionné par le juge de l'Union, permet de dépasser les limites attachées au principe d'autonomie procédurale (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les limites du principe d'autonomie procédurale

1004. À peine est-il mentionné, que ce soit dans un article de doctrine ou dans un arrêt de la Cour, que le principe d'autonomie procédurale se voit aussitôt relativisé par la mention consécutive des principes d'effectivité et d'équivalence. En effet, l'autonomie procédurale n'est, faut-il le rappeler, pas un principe absolu car il est doublement limité par ces deux

[2251] CHEYNEL B., L'autonomie procédurale des juridictions nationales entrain de se réduire comme peau de chagrin?, Revue Lamy de la Concurrence 2007, n°13.

principes d'encadrement[2252]. Les principes d'effectivité et d'équivalence sont toutefois trop connus pour qu'il soit utile de les exposer ici. En réalité, le manque d'effectivité du principe d'autonomie procédurale tient davantage à la notion même d'autonomie. Aussi les limites inhérentes à ce principe, d'ordre juridique (A) mais aussi conceptuel (B), sont-elles si fortes qu'elles interrogent l'existence même d'un tel principe dans l'ordre juridique de l'Union.

A. Les limites juridiques

1005. En l'absence d'une consécration formelle dans les traités, le principe d'autonomie procédurale semble, dans une large mesure, reposer sur un malentendu à l'origine duquel se trouvent un certain nombre de commentateurs de la pratique et de la jurisprudence des premières années de la construction européenne. En effet, l'autonomie procédurale se présente davantage comme un concept doctrinal qu'un principe prétorien car les auteurs à l'origine de sa conceptualisation se sont fondés, à l'époque, sur l'absence d'infrastructure administrative des Communautés et la jurisprudence des années 1960-1970 pour en conclure un principe général d'autonomie de l'État dans l'organisation de ses pouvoirs publics. La reconnaissance d'un tel principe pouvait donc sembler hâtive dans la mesure où le processus d'intégration n'en était qu'à ses débuts. D'autant plus que la Cour de justice s'était toujours gardée d'évoquer une quelconque « autonomie », même dans ses célèbres arrêts *Rewe* et *Comet* du 16 décembre 1976 considérés aujourd'hui comme des arrêts fondateurs en matière d'autonomie institutionnelle et procédurale. Les années 2000 ont toutefois vu succéder au malentendu doctrinal (1) un paradoxe jurisprudentiel (2) dans la mesure où la Cour de justice est venue, semble-t-il, consacrer l'autonomie procédurale, en daignant, pour la première fois, mentionner l'expression expressis verbis dans sa jurisprudence, au moment même où la doctrine commençait à remettre en cause un tel principe en raison des empiétements croissants du droit de l'Union dans le droit procédural des États membres.

1. Un malentendu doctrinal : la théorisation hâtive d'un principe longtemps absent de la jurisprudence

1006. Il est généralement admis que c'est d'un concept générique dit d'autonomie institutionnelle et procédurale que serait issu, non sans quelques errements doctrinaux, un principe, plus spécifique, d'autonomie « procédurale », encadré, conformément à la jurisprudence constante de la Cour depuis les arrêt *Rewe et Comet* par les principes

[2252] Voir Chapitre II du Titre I de la première partie de cette thèse.

d'effectivité et d'équivalence[2253]. L'analyse doctrinale traditionnelle de ces deux arrêts, et de quelques autres plus anciens encore[2254], qualifiant d' « autonomie procédurale » ce qui n'est, en réalité, qu'une compétence procédurale des États membres a été dénoncée par un certain nombre d'auteurs. En effet, comment un principe, jamais formellement consacré, ni par les traités ni par la Cour, aurait-il pu être doté d'une quelconque effectivité juridique.

1007. La critique la plus virulente a sans doute été celle du juge Kakouris qui, en 1997, a soutenu que la notion d'autonomie procédurale ne pouvait pas être issue de la jurisprudence de la Cour de justice mais était, tout au contraire, une création de la doctrine dans la mesure où les juges du Plateau de Kirchberg n'ont jamais expressément utilisé cette expression[2255]. Selon lui, toute réglementation nationale adoptée sur la base du droit de l'Union constitue elle-même du droit de l'Union et doit donc être entendue et interprétée dans le contexte du droit de l'Union et de ses finalités[2256]. L'auteur estime qu'il n'existe tout simplement pas d'autonomie procédurale dans la mesure où la primauté du droit de l'Union ne saurait être écartée pour des raisons procédurales. S'il est vrai que le droit procédural des États membres s'applique lorsque ces derniers mettent en oeuvre le droit de l'Union ce n'est que dans la mesure où il contribue à l'objectif de pleine efficacité du droit de l'Union. Surtout, l'absence d'une règlementation procédurale de l'Union dans un domaine doit être interprétée comme provisoire de sorte que les États membres ne sauraient y voir une quelconque autonomie.

1008. L'inexistence d'un principe juridique d'autonomie procédurale pouvait être soutenue aussi longtemps que ni le droit primaire, ni la jurisprudence n'avait expressément reconnu un tel principe. La plupart des auteurs se contentaient de faire découler ce principe des arrêts *Rewe* et *Comet* de 1976 en le rattachant au principe (non écrit) de l'administration indirecte puis, après l'entrée en vigueur du traité de Maasstricht, au principe de subsidiarité[2257].

[2253] CJCE, 16 décembre 1976, Rewe, aff. 33/76, Rec., p. 1989, et CJCE, 16 décembre 1976, Comet, aff. 45/76, Rec., p. 2043 : « en l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire. Toutefois, ces modalités ne peuvent être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne ni rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire ». Les principes d'effectivité et d'équivalence, tout comme celui d'autonomie procédurale, n'apparaitront explicitement que dans la jurisprudence ultérieure.

[2254] CJCE, 13 février 1969, Walt Wilhelm, aff. 14/68, Rec., p. 15. ; CJCE, 4 avril 1968, Lück, aff. 34/67, Rec., p. 359; CJCE, 11 février 1971, Fleischkontor, aff. 39/70, Rec., p. 49 .

[2255] KAKOURIS C.-N., « Do the Member States possess judicial procedural autonomy?», Common Market Law Review, 1997, pp. 1390-1391, p. 175.

[2256] KAKOURIS C.N, «Existe-t-il une 'autonomie' procédurale judiciaire des Etats membres?», Etat-Loi - Administration, Mélanges en l'honneur d'E. Spiliotopoulos, A. Sakkoulas-Bruylant, 1998, p. 161.

[2257] SIMON D., «La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire?» Rev. aff. eur., 1998, p. 84.

Certains analysaient l'autonomie procédurale comme une « contrepartie » accordée aux États par la Cour de justice qui, après avoir posé les principes de l'effet direct et de la primauté du droit de l'Union, a déclaré que « dans les cas où la mise en œuvre d'un règlement communautaire incombe aux autorités nationales, il convient d'admettre qu'en principe cette application se fasse dans le respect des formes et procédures du droit national »[2258].

1009. En 2012, un auteur écrivait encore que la notion d'autonomie procédurale, bien qu'anachronique et inadaptée à l'heure actuelle, est « un exemple intéressant du rôle spécifique et très important que la doctrine tient dans la structuration des concepts juridiques au niveau de l'Union européenne » dans la mesure où celle-ci « est restée pendant très longtemps une notion purement doctrinale »[2259]. F. Caulet relevait très justement qu' « au moment de sa conceptualisation, qui précède les arrêts Rewe et Comet, le niveau d'intrusion du droit de l'Union européenne dans les modalités nationales de mise en oeuvre de ce droit était très faible »[2260]. Ce qui était valable dans les années 1970, pouvait-il encore l'être des décennies plus tard, à une époque où l'emprise du droit de l'Union tendait à s'étendre à des domaines longtemps restés à l'abri de l'intégration ? Si les années 1990 furent marquées par l'utilisation croissante de l'expression « autonomie procédurale » par les Avocats généraux, à l'instar de M. Darmon ou de M. Léger[2261], la Cour de justice resta longtemps sourde aux invitations, parfois très clairement formulées, à se prononcer sur ladite notion. Dès lors, comment expliquer qu'à partir de 2006, le juge de l'union consente à nommer expressément ledit principe, sans toutefois le faire de façon systématique, préférant, la plupart du temps, recourir aux périphrases habituelles du type « en l'absence de réglementation de l'Union en la matière » ou « en l'absence d'harmonisation » les modalités procédurales relèvent des États ?

2. Un paradoxe jurisprudentiel : une reconnaissance expressis verbis tardive de l'autonomie procédurale

1010. À partir de 2006, par une décision du 19 septembre rendue dans le domaine des licences dans le secteur des services de télécommunications[2262], la Cour de justice s'est saisie, en des termes plus clairs, du principe d'autonomie procédurale en le nommant explicitement

---

[2258] COURONNE V., L'autonomie procédurale des États membres de l'Union européenne *à l'épreuve du temps*, Cahiers Droit européen, 2010, n° 3-4, pp. 273-310.

[2259] CAULET F., Le principe d'effectivité comme pivot de répartition des compétences procédurales entre les Etats membres et l'Union européenne, RTD Eur. 2012 p.594-29.

[2260] *Ibid*.

[2261] Conclusions présentées par l'avocat général Darmon le 31 mars 1993 dans l'affaire Steenhorst-Neerings, aff. C-338/91, pts 19-21 ; Conclusions présentées par l'avocat général Leger le 20 juin 1995 dans l'affaire Hedley Lomas, aff. C-5/94.

[2262] CJCE, 19 septembre 2006, *i-2i Germany*, aff. jointes C-392/04 et C-422/04, Rec., pp. I-8559

et, ce faisant, en le consacrant formellement. Sur le fond, cette révolution « terminologique » ne change pas grand chose puisque le juge de l'Union continue à affirmer que « selon une jurisprudence constante, en l'absence de réglementation communautaire en la matière, les modalités procédurales visant à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire relèvent de l'ordre juridique interne de chaque État membre en vertu du principe de l'autonomie procédurale des États membres, à condition toutefois qu'elles ne soient pas moins favorables que celles régissant des situations similaires de nature interne (principe d'équivalence) et qu'elles ne rendent pas impossible en pratique ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire (principe d'effectivité) »[2263]. Il importe de relever que les principes d'effectivité et d'équivalence, eux-même restés longtemps sous une forme implicite, ont été explicitement reconnus la première fois dans un arrêt de 2006[2264], quelques mois avant celui qui reconnut formellement l'autonomie procédurale.

1011. Si la formule ne modifie pas le fond du droit, il est toutefois intéressant de s'interroger sur un tel changement d'attitude vis-à-vis de ladite « autonomie procédurale » des États membres. En effet, pourquoi attendre 2006 pour nommer le principe alors que la doctrine, elle, l'avait identifié depuis le début des années 1970 ? Pourquoi tant tarder « à nommer un principe qu'elle appliquait depuis les débuts de la Communauté? »[2265] La doctrine n'a certes pas manqué de relever que « parler d'autonomie des États n'est pas chose facile, pour un droit supranational qui tend à s'immiscer dans les situations les plus purement internes »[2266]. Cette position prétorienne revêt toutefois un caractère paradoxal dans la mesure où la Cour tend à confirmer l'existence d'une autonomie sur le plan procédural au moment même où de nombreux auteurs commencent à critiquer la notion voire à nier, purement et simplement, l'existence d'un principe juridique d'autonomie[2267]. F. Berrod n'admettait-elle pas, au début des années 2000, que l'expression « autonomie institutionnelle et procédurale » est « un peu fausse »[2268]. Cette reconnaissance expresse tardive, si elle conforte les tenants de la doctrine de l'autonomie procédurale — nombreux, il est vrai — et

---

[2263] *Ibid*., pt 57. Nous soulignons

[2264] CJCE, 16 mars 2006, *Kapferer*, C-234/04, Rec. 2006 p. I-2585, pt 22 .

[2265] COURONNE V., L'autonomie procédurale des États membres de l'Union européenne à l'épreuve du temps, Cahiers Droit européen, 2010, n° 3-4, pp. 273-310.

[2266] *Ibid*.

[2267] PERRIN A., «Que reste-t-il de l'autono- mie procédurale des Etats membres? (à propos de la décision de la CJCE du 18juillet 2007, Commission c/ Allemagne)», Revue du Droit Public, n. 6-2008, pp. 1661 à 1688.

[2268] BERROD F., La systématique des voies de droit communautaire, Dalloz, 2003, p. 797.

rend hommage aux travaux de J. Rideau (auxquels revient la paternité de l'expression[2269]) n'est pas sans agacer certains commentateurs qui jugent le recours à un tel principe « très regrettable »[2270]. Ce recours est d'autant plus surprenant (et suspect) que la Cour de justice ne semble pas assumer la portée de cette prétendue autonomie tant elle s'attache à l'encadrer rigoureusement. En effet, comme le relève F. Caulet, la Cour de justice cède à l'emploi de la formule face à un mouvement doctrinal qui remet en cause, de façon récurrente, l'idée d'autonomie[2271]. Mais ces références ponctuelles à l'autonomie procédurale, dépourvues de réelles garanties pour les États membres, ne conduisent qu'à opérer une forme de banalisation de ce principe.

1012. Sur le plan juridique, le principe d'autonomie procédurale n'en est pas moins limité puisque généralement la Cour se contente de réciter, tel un mantra, la formule classique selon laquelle « il appartient à chaque État membre, en vertu du principe d'autonomie procédurale, de régler les modalités procédurales (…) »[2272] tout en y joignant un chapelet de principes visant à restreindre ladite autonomie. Le dogme de l'autonomie procédurale en ressort quelque peu ébranlé dans la mesure où la Cour précise que les modalités procédurales doivent, par exemple, « respecter le principe de coopération loyale, les principes d'équivalence et d'effectivité, ainsi que le principe de sécurité juridique »[2273]. D'autres fois, c'est le principe de proportionnalité[2274] ou le principe de protection juridictionnelle effective[2275] qui viennent encadrer, et donc restreindre, l'autonomie procédurale. Ainsi que le relève V. Couronne, combinée aux deux autres critères régulateurs, la protection juridictionnelle effective, « a enclenché un mouvement de fond qui atteint l'exercice des pouvoirs juridictionnels du juge interne »[2276]. La portée limitée du principe d'autonomie procédurale au contentieux est un fait. Dans une affaire récente, la Cour de justice a ainsi déclaré que « ce principe ne saurait, en tout état de cause, justifier des dispositions de droit

---

[2269] RIDEAU J., « Le rôle des Etats membres dans l'application du communautaire», Annuaire Français de Droit International, 1972, p. 884.

[2270] CAULET F., Le principe d'effectivité, précité.

[2271] *Ibid*.

[2272] CJUE, 11 septembre 2019, *Oana Mădălina Călin,* aff. 676/17, pt 19.

[2273] *Ibid*.

[2274] CJUE, 17 janvier 2019, *Dzivev*, aff. C-310/16, pt 30.

[2275] CJUE, 22 décembre 2010,, DEB , aff. C-279/09.

[2276] COURONNE V., *La compétence procédurale des Etats membres*, précité, p. 21. L'auteur estime que « conditionner le respect du droit de l'Union à la garantie de son effectivité n'est pas la même chose que d'exiger de la procédure judiciaire interne qu'elle respect en sus le droit au juge dû au justiciable », ce dernier droit bénéficiant d'un statut constitutionnel.

interne qui rendent pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union »[2277].

1013. À ces limites juridiques bien connues s'ajoutent des limites d'ordre conceptuel qu'il nous reste à mettre en lumière.

B. Les limites conceptuelles

1014. Malgré les affirmations de la Cour de justice dans le sens de l'existence d'une autonomie procédurale, les limites conceptuelles inhérentes à la notion d'autonomie ne cessent d'interroger une doctrine de plus en plus sceptique quant à l'utilité d'un tel principe. En premier lieu, il n'est pas sûr que lorsque le juge de l'Union fait référence au principe d'autonomie procédurale, il n'entend pas plutôt une autonomie de nature institutionnelle (1). Au-delà de cette confusion, appréhender la jurisprudence de la Cour sous le prisme d'une prétendue autonomie procédurale ne peut que mener à une impasse : comment expliquer, en effet, l'empiètement croissant du droit de l'Union sur le droit procédural des États membres si ces derniers jouissent, en ce domaine, d'une « autonomie » (2). Ces limites invitent l'observateur à renouveler les termes du débat.

1. La confusion fréquente entre autonomie institutionnelle et procédurale

1015. À l'origine, avant que le principe selon lequel l'exécution concrète du droit de l'Union revient aux États membres n'apparaisse comme une « autonomie », la dimension « procédurale » était absente puisque la Cour de justice se contentait de renvoyer la mise en œuvre d'une disposition à la charge des États membres. Ensuite, une fois que la doctrine a identifié dans cette jurisprudence une « autonomie », celle-ci a été qualifiée par les auteurs d' « institutionnelle »[2278]. Cette dernière signifie que les États membres jouissent d'une compétence exclusive pour déterminer les organes chargés d'exécuter le droit de l'Union[2279].

1016. Pour V. Couronne, si les auteurs visaient, au départ, une obligation générale de l'État quant au choix des modalités d'application du droit de l'Union, l'évolution de la jurisprudence a montré qu'il s'agissait en fait d'une responsabilité particulière quant à la détermination des modalités relatives aux recours juridictionnels[2280]. En 1981, dans son

---

[2277]CJUE, 5 septembre 2019, *Lombardi Srl contre Commune di Auletta*, aff. C-333/18 ; CJUE, 11 avril 2019, *PORR Építési Kft*., C−691/17, EU:C:2019:327, pt 3.

[2278] RIDEAU J., « Le rôle des Etats membres dans l'application du communautaire», Annuaire Français de Droit International, 1972, p. 884. L'auteur n'utilise que l'expression « autonomie institutionnelle ».

[2279] SIMON D., Le système juridique communautaire, Presses Universitaires de France, 2001, p. 156. Voir l'arrêt CJCE, 15 décembre 1971, I*nternational Fruit Company*, aff. jointes 51/71 à 54/71, Rec., p. 1107.

[2280] COURONNE V., L'autonomie procédurale des États membres de l'Union européenne à l'épreuve du temps, Cahiers Droit européen, 2010, n° 3-4, pp. 274.

célèbre arrêt « Croisières du beurre », la Cour a ainsi affirmé que le droit de l'Union n'oblige pas les États à créer de nouvelles voies de droit[2281]. L'autonomie est donc progressivement devenue procédurale[2282]. Dès lors, les limites croissantes attachées à ladite autonomie concernent essentiellement l'office du juge national.

1017. L'autonomie dite institutionnelle, développée par J. Rideau au début des années 1970, à la suite de l'arrêt *International Fruit Company*[2283], implique que les organes compétents sont déterminés par les prescriptions constitutionnelles étatiques[2284]. L'autonomie institutionnelle en vertu de laquelle les États désignent librement les institutions qui, dans l'ordre interne, ont compétence pour exécuter le droit de l'Union trouve d'ailleurs une expression plus précise en matière juridictionnelle dans les arrêts *Salgiol*[2285] et *Bozzetti*[2286]. En vertu de cette jurisprudence, il appartient à l'ordre juridique national de déterminer la juridiction compétente pour sauvegarder les intérêts des justiciables affectés par une méconnaissance du droit de l'Union. Certains auteurs qualifient cet aspect spécifique d'« autonomie d'organisation juridictionnelle »[2287]. L'autonomie procédurale au sens strict peut être identifiée dans l'arrêt Fleischkontor de 1971 à l'occasion duquel le juge communautaire a affirmé que « dans les cas où la mise en œuvre d'un règlement communautaire incombe aux autorités nationales, il convient d'admettre qu'en principe cette application se fasse dans le respect des formes et procédures du droit national » tout en ajoutant que « l'application uniforme des dispositions communautaires ne permet le recours aux règles nationales que dans la mesure nécessaire à l'exécution des règlements »[2288].

1018. Si l'autonomie institutionnelle désigne l'autonomie des États dans la désignation des services et organes chargés d'exécuter le droit de l'Union, l'autonomie procédurale signifie que ces derniers sont compétents pour déterminer les formes et procédures par lesquelles lesdits organes mettent en œuvre le droit de l'Union[2289]. Il est clair que les deux branches de l'autonomie sont soumises à un régime différent car si l'autonomie institutionnelle semble

---

2281 CJCE, 7 juillet 1981, *Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH et Rewe-Markt Steffen c/ Hauptzollamt Kiel*, aff. 158/80, Rec., p. 1805.

2282 COURONNE V., précité.

2283 CJCE 15 décembre 1971, *International Fruit Company,* aff. jtes C-51 à 54-71, pts 3 et 4.

2284 RIDEAU J., *Le rôle des Etats membres*, précité.

2285 CJCE, 19 décembre 1968, *Salgoil,* 13/68, Rec. p. 661.

2286 CJCE, 9 juillet 1985, Piercarlo *Bozzetti* C-179/84, Rec. 1985 02301.

2287 MONTAGNIER G., Droit et procédure civile, Rép. pr. civ. Dalloz, févr. 2003.

2288 CJCE, 11 février 1971, *Norddeutsches Vieh und Fleischkontor,* 39/70, Rec., 49., point 4. Nous soulignons.

2289 PLATON S. « L'autonomie institutionnelle des Etats membres de l'Union européenne : parent pauvre ou branche forte du principe d'autonomie institutionnelle et procédurale ? », in Potvin-Solis L. (dir.), Le statut d'État membre de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2018.

quasi-complète, l'autonomie procédurale est quant à elle limitée par les principes traditionnels de primauté, d'effet direct, de coopération loyale, d'équivalence et d'effectivité. Dès les arrêt *Rewe* et *Comet,* le juge de l'Union a d'ailleurs précisé qu'« il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire, étant entendu que ces modalités ne peuvent pas être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne »[2290]. Par cette formule, il est évident que ce sont les modalités procédurales qui font l'objet d'une limitation.

1019. Ainsi que le relève S. Platon, la limite formée par les principes d'équivalence ou d'effectivité s'impose surtout à l'autonomie procédurale mais guère à la branche institutionnelle de l'autonomie car « pour qu'il en soit autrement, il faudrait que l'État confie le soin d'exécuter le droit de l'Union à un organe qui, par sa nature même, et indépendamment des procédures qu'il utilise, serait inapte à procéder à une mise en œuvre correcte du droit de l'UE »[2291].

1020. L'analyse des arrêts confirme, en effet, que la Cour utilise essentiellement l'expression « autonomie procédurale » et néglige celle d' « autonomie institutionnelle », la première formule étant même devenue, depuis 2006, un mot-clé récurent de sa jurisprudence. Pour autant, l'appellation traduit-elle toujours la notion exacte ? Dans un arrêt récent, la Cour a par exemple déclaré que c'est, conformément au principe d'autonomie procédurale, que les États membres peuvent désigner, selon leur droit national, l'autorité judiciaire ayant compétence pour émettre un mandat d'arrêt européen[2292]. Même s'il mentionne l'autonomie procédurale, le juge de l'Union semble davantage faire allusion à l'autonomie institutionnelle puisqu'il fait référence à la désignation de l'autorité compétente pour émettre un mandat d'arrêt européen. Parfois, sous l'influence du droit dérivé, la Cour revient à une distinction plus stricte entre les branches procédurale et institutionnelle de l'autonomie. Ainsi en est-il du onzième considérant de la directive 2002/21/CE relative au cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques en vertu duquel l'exigence d'indépendance des autorités réglementaires nationales « ne porte pas atteinte à l'autonomie

---

[2290] CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe*, aff. 33-76, ECLI:EU:C:1976:188, attendu n° 5 ; CJCE, 16 décembre 1976, *Comet*, aff. 45-76, ECLI:EU:C:1976:191, attendu n° 13. Nous soulignons.

[2291] PLATON S. « L'autonomie institutionnelle des Etats membres de l'Union européenne, précité, p. 465.

[2292] CJUE, 12 décembre 2019, *Parquet général du Grand-Duché de Luxembourg et Openbaar Ministerie (Procureurs de Lyon et de Tours)*, C−566/19 PPU et C−626/19 PPU, EU:C:2019:1077, pt 51

institutionnelle »[2293]. S'agissant de la directive 2009/72[2294], la Cour en conclut que les États membres jouissent d'une autonomie institutionnelle dans l'organisation et la structuration de leurs autorités de régulation[2295].

1021. Si, mis à part certains domaines comme le système européen de banques centrales, le droit européen de la concurrence ou encore la régulation des services en réseaux, l'autonomie institutionnelle des États membres n'est pas contestable, l'existence d'une autonomie procédurale peut être remise en question dans la mesure où la notion même nous mène à une impasse : comment justifier l'ingérence croissante du droit de l'Union dans ce qui semble relever d'une compétence exclusive des États membres ? En effet, qu'il s'agisse de l'action de la Cour de justice ou du législateur de l'Union, le droit procédural interne est soumis à des pressions de plus en plus lourdes.

2. L'impasse de l'autonomie procédurale : l'empiètement croissant sur le droit procédural des États membres

1022. Pour certains auteurs, même après 2006, c'est toujours improprement que l'on qualifie l'autonomie étatique de « procédurale ». Selon F. Caulet, le principe d'autonomie procédurale est « une notion anachronique très inadapté pour décrire et comprendre l'action de la Cour en la matière » dans la mesure où cette formule suggère « l'idée d'une dialectique offensive entre un système national fermé et auto-organisateur et l'action ponctuelle des juges de Luxembourg en la matière »[2296]. Il semble, en effet, difficile d'examiner la jurisprudence en se fondant sur le seul constat d'un contrôle ponctuel de la Cour de justice analysé comme un encadrement ou un désencadrement d'une prétendue autonomie. Aussi l'analyse de la présence éventuelle d'un renforcement basée sur l'intensité du contrôle ne permet-elle pas d'arriver à une solution satisfaisante puisque le raisonnement casuistique du juge varie au gré des espèces[2297]. En effet, la notion d'autonomie parait peu adaptée pour rendre compte du contexte propre à l'intégration européenne, ce dernier ayant largement évolué depuis les

---

[2293] Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »).OJ L 108, 24.4.2002, p. 33–50

[2294] Directive 2009/72/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13 juillet 2009 sur des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, OJ L 211, 14.8.2009, p. 55–93

[2295] CJUE, 11 juin 2020, *Prezident Slovenskej republiky*, aff. C-378/19.

[2296] CAULET F., Le principe d'effectivité, précité.

[2297] *Ibid*. Voir aussi : SKOURIS V., *The Principle of Procedural Autonomy and the Duty of Loyal Cooperation of National Judges under Article 10 EC, in Tom Bingham and the Transformation of the Law*, Oxford, OUP, 2009, p. 507 ; GALETTA D.-U., *Procedural Autonomy of EU Member States : Paradise Lost* ?, Berlin, Heidelberg, Springer-Verlag 2010, p. 3 ; J. Molinier et J. Lotarski, Droit du contentieux de l'Union européenne, LGDJ, 2010, p. 93.

années 1970. Non seulement l'affirmation traditionnelle, issue de la jurisprudence « Croisière du beurre », selon laquelle l'Union n'entend pas créer de nouvelles voies de droit n'est pas toujours valable mais, en plus, on assiste de nos jours à des incursions répétées dans le droit processuel des États membres dues à l'approfondissement du processus d'intégration. Ce dernier ne peut qu'opérer une pression croissante sur la structure institutionnelle et les compétences procédurales des États membres[2298].

1023. Il nous semble que la logique fonctionnelle de l'intégration de l'Union est clairement incompatible avec un principe d'autonomie procédurale en faveur des États membres. En effet, il ne faut pas oublier que le système de répartition des compétences dans l'Union repose sur une conception fonctionnelle en vertu de laquelle l'Union dispose d'une compétence nécessaire à l'accomplissement de ses missions pour atteindre les objectifs prévus dans les traités[2299]. Il y a donc une contradiction à reconnaitre aux États membres une autonomie procédurale alors même que les traités n'établissent aucune distinction entre un droit matériel et un droit procédural qui serait à l'abri de l'intégration.

1024. Certes, la répartition des compétences se fait, surtout depuis Lisbonne, en fonction des domaines et des matières. Pour autant, l'on ne saurait opposer matière et procédure. Nous rejoignons l'analyse de V. Couronne qui souligne « l'absence dans les traités d'une distinction entre droit substantiel et droit procédural et *a fortiori* l'absence de justification de cette autonomie »[2300]. En effet, les questions substantielles sont indissociables des questions procédurales puisque le terme « matière » ne doit pas être compris comme s'opposant à la « procédure » selon une distinction assez répandue en doctrine dans la mesure où le droit matériel de l'Union inclut aussi bien le fond que la forme. Le droit matériel peut concerner aussi bien les règles de fond dites substantielles (au sens anglais « substantive) que des règles de procédure, en d'autres termes les modalités de mise en oeuvre du droit de l'Union par les organes administratifs[2301]. Le caractère plénier des compétences de l'Union découle d'un constat simple : une compétence sans pouvoir procédural permettant d'établir un droit procédural à disposition des individus désireux de faire valoir leurs droits n'aurait pas été une véritable compétence. En effet, « le droit substantiel ne doit son effectivité qu'au droit procédural et ce dernier ne doit sa raison d'être qu'au premier »[2302].

[2298] MONNIER S., Droit constitutionnel et droit communautaire - La répartition des compétences et la hiérarchie des normes nationales à l'épreuve de l'application du droit communautaire, RFDC, 2006. 849 s.
[2299] ROSAS A. et ARMATI L., Eu Constitutional Law, an introduction, précité, p. 20.
[2300] COURONNE V., La compétence procédurale des Etats membres, précité, p. 22.
[2301] *Ibid*., p. 43.
[2302] *Ibid*., p.45.

1025. Ainsi que le souligne J. Delicostopoulos, dans la mesure où la primauté matérielle dépend de la procédure, la primauté du droit de l'Union matériel conduit à la primauté procédurale de l'Union[2303]. Cette affirmation forte va à contre-courant de la pensée majoritaire d'une doctrine habituée, depuis l'invention doctrinale du concept d'autonomie, à concevoir la primauté du droit de l'Union du seul point de vue du droit matériel, accordant peu d'attention à son impact sur les procédurales nationale[2304]. Certains auteurs ont ainsi dénoncé le caractère figé et statique de la notion d'autonomie procédurale qui ne permet pas, même avec le recours au concept d'encadrement ou de « désencadrement »[2305], de rendre compte des régulations évolutives de la jurisprudence[2306].

1026. Si autonomie procédurale il y a, comment expliquer les intrusions croissantes du droit de l'Union dans l'exercice par les États membres de leurs compétences procédurales ? Qu'est-ce qui peut justifier l'immixtion, plus ou moins régulière, plus ou moins intense, de la Cour de justice dans les modalités procédurales du droit national si la même Cour reconnait une autonomie des États membres en ce domaine ? De deux choses l'une : si l'autonomie procédurale des Etats membre constitue véritablement un principe juridique, alors l'ingérence de l'Union dans le droit procédural interne doit s'analyser comme une extension illégitime de ses compétences ; si, à l'inverse, ces ingérences, de plus en plus nombreuses, sont permises et justifiées c'est donc que le concept d'autonomie pose problème. Aussi concluons-nous que l'autonomie procédurale, malgré les allégations de la doctrine et les affirmations de la Cour en ce sens, n'existe pas vraiment. Il faut, par conséquent, donner raison au juge Kakouris qui, en 1997, affirmait avec force que l'autonomie procédurale des États membres n'existe pas, à contre-courant de la doctrine majoritaire et, à partir de 2006, de la Cour de Luxembourg elle-même. Dès lors, un principe comme la subsidiarité se présente comme un candidat beaucoup plus séduisant pour rendre compte de la dialectique subtile entre l'exécution décentralisée du droit de l'Union et la nécessité d'assurer l'application effective et uniforme du droit de l'Union.

Paragraphe 2. Le dépassement des limites : la subsidiarité juridictionnelle

1027. Les limites évidentes du principe d'autonomie procédurale, aussi bien juridiques que conceptuelles, nous invitent à renouveler la grille de lecture classique alors même que la

---

[2303] DELICOSTOPOULOS, « Towards European Procedural Primacy in National legal Systems », précité, p. 609.

[2304] KOVAR R., « Droit communautaire et droit procédural », précité, p. 235.

[2305] GIRERD P., « Les principes d'équivalence et d'effectivité : encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale », *RTDE,* 2002, p. 75

[2306] FINES F., Subsidiarité et responsabilité, Rev.aff.eur., 1998, p. 95.

doctrine de l'autonomie institutionnelle et procédurale constitue, à l'heure actuelle, le paradigme dominant. Cette situation est aggravée par le fait que le juge de l'Union se réfère désormais audit principe tout en se gardant de pousser la logique de l'autonomie à son terme. Aussi, l'autonomie procédurale se présente-t-elle comme un dogme vidé de son contenu, psalmodié, de façon rituelle, par le juge et repris, en un choeur discordant, par une doctrine gagnée par un scepticisme croissant tant la jurisprudence de la Cour peine à convaincre. Dans la mesure où les outils conceptuels fournis par la notion d'autonomie procédurale ne permettent pas d'apporter une compréhension satisfaisante de la jurisprudence actuelle, il est loisible de rechercher un nouveau paradigme, plus apte à rendre compte de la nouvelle physionomie de l'intégration européenne.

1028. En tant que principe fonctionnel et instrument d'intégration, la subsidiarité se présente comme un principe plus à même d'expliquer et de justifier les ingérences du droit de l'Union dans les modalités procédurales du droit interne. La subsidiarité juridictionnelle nous offre donc ce nouveau paradigme (A). Si la notion d'autonomie procédurale est « statique » et implique, de façon erronée, une répartition figée des compétences, en raison d'une dichotomie illusoire entre droit matériel et procédural, la subsidiarité se présente comme un principe « dynamique » (B) permettant de rendre compte de l'exercice partagée des compétences procédurales, entre l'Union et les Etats membres.

A. Un nouveau paradigme

1029. Si l'autonomie procédurale n'existe pas véritablement, la compétence procédurale des États membre ne saurait, pour autant, leur être déniée puisque les autorités nationales mettent concrètement en oeuvre le droit de l'Union (1). Cette compétence procédurale n'est toutefois pas exclusive dans la mesure où, en cas de défaillance au regard des exigences du droit de l'Union, la Cour de justice n'hésite pas à s'immiscer dans les modalités du droit processuel. C'est donc tout naturellement que le principe de subsidiarité juridictionnelle vient se substituer au principe d'autonomie procédurale (2).

1. De l'autonomie à la compétence procédurale d'exécution

1030. Il y a deux décennies de cela, W. Van Gerven proposait d'abandonner l'expression « autonomie procédurale » et d'opter pour celle de « compétence procédurale ». En effet, si la compétence en matière de procédure reste la responsabilité première des États membres, ce n'est que dans la mesure où aucune règle de l'Union n'a été édictée[2307]. Dans cette optique,

[2307] VAN GERVEN W., 'Of Rights, Remedies and Procedures', CML Rev., vol. 37, 2000, pp. 501-536, spec. p. 502;

l'intervention du juge de l'Union doit s'analyser non pas comme la « pénétration d'une autonomie » mais la « recommunautarisation » d'une compétence procédurale d'exécution[2308].

1031. Parler d'autonomie procédurale n'a guère de sens à une époque où le processus d'intégration s'est considérablement affermi sur le plan normatif. Il serait absurde que les droits découlant de l'approfondissement de l'intégration de l'Union ne puissent pas être correctement mis en oeuvre du fait de la disparité des modalités procédurales des États membres ou de la défaillance du droit processuel interne. Afin de ne pas priver la norme européenne de son effectivité, le juge de l'Union est donc amené à intervenir de plus en plus fréquemment afin de garantir aux justiciables que les droits qu'ils tirent du droit de l'Union ne seront pas rendus excessivement difficile à mettre en oeuvre.

1032. Il est, en effet, préférable de raisonner en termes de compétences procédurales d'exécution plutôt que d'autonomie dans la mesure où cette dernière notion incite à concevoir les rapports du droit procédural interne avec les principes de contrôle de mise en oeuvre du droit de l'Union en termes antagonistes. L'autonomie repose sur un paradigme conflictuel, celui d'une dialectique récurrente et déséquilibrée entre l'autonomie étatique, d'une part, et une jurisprudence hégémonique de la Cour de justice, d'autre part. Dès lors, l'on est amené à interpréter le renforcement de l'encadrement opéré par la Cour comme une atteinte, toujours plus grande, à l'autonomie nationale.

1033. Nous rejoignons ainsi l'analyse de F. Caulet qui considère que la Cour de justice « n'encadre pas une liberté surveillée laissée au juge. Elle répartit les niveaux pertinents d'exercice d'une compétence 'partagée' de mise en oeuvre du droit de l'Union tout en définissant ponctuellement et inlassablement ses contours »[2309]. C'est en partant du cadre restreint fourni par les principes d'effectivité et d'équivalence, que la Cour de justice a, peu à peu, étendu l'encadrement des modalités procédurales d'exécution de sorte à délimiter, de façon progressive, une véritable compétence procédurale de mise en oeuvre du droit de l'Union. Selon F. Caulet, ces deux principes d'encadrement ont délimité, en creux, les contours d'une compétence procédurale d'exécution du droit de l'Union que le juge de l'Union partage avec les juges nationaux[2310]. C'est surtout, comme le note l'auteur, sur la base de l'exigence transversale et fondamentale de l'effectivité que la Cour a pu opérer un renforcement de son contrôle. En effet, le principe d'effectivité, du fait de sa portée

---

[2308] CAULET F., Le principe d'effectivité, précité.

[2309] *Ibid*.

[2310] *Ibid*.

existentielle pour l'ordre juridique de l'Union permet à la Cour, « par l'intermédiaire d'un mouvement ascendant de subsidiarité » de se saisir d'une compétence qui, si elle reste entre les mains du juge interne, risque de porter atteinte à l'intégrité du droit de l'Union[2311].

1034. Par le biais du principe d'effectivité, la Cour de justice s'est donc découpée, de façon pragmatique et non hégémonique, une compétence procédurale chaque fois que son intervention était nécessaire. Aussi le principe d'effectivité agit-il comme « un pivot de répartition des compétences procédurales au regard du principe de subsidiarité » dans la mesure où il régule, au cas par cas, la répartition des compétences procédurales d'exécution du droit de l'Union par les Etats membres[2312]. À cet égard, l'on peut déceler dans l'arrêt *Rewe* une logique de subsidiarité dans la mesure où ce n'est qu'en l'absence d'harmonisation de l'Union, que le droit procédural interne trouve provisoirement à s'appliquer[2313]. Cette exécution nationale n'est donc pas exclusive de toute intervention de l'Union puisque, selon F. Caulet, la Cour de justice combine le principe de subsidiarité avec celui d'effectivité de sorte que « le dernier permet de déterminer le niveau de déclenchement du premier en constituant un seuil d'insuffisance primaire de la mise en oeuvre du droit de l'Union par les Etats membres. Il existe alors un mouvement ascendant de subsidiarité au profit de la Cour de justice qui exerce, dans cette hypothèse, une compétence procédurale de mise en oeuvre du droit de l'Union »[2314]. Depuis la proposition de l'ancien avocat général W. Van Gerven de remplacer le terme d'autonomie procédurale par celui de compétence procédurale[2315], de plus en plus d'auteurs se sont inscrits dans cette approche. J. Delicostopoulos évoque ainsi la « compétence procédurale nationale »[2316] tandis que D.-U. Galetta affirme l'existence d'une « compétence procédurale fonctionnelle »[2317]. L'on peut également mentionner les travaux de M. Bobek pour qui il n'existe pas de principe d'autonomie procédurale[2318]. Plus récemment, V. Couronne est arrivé à la même conclusion en mettant en avant « une compétence plutôt qu'une autonomie »[2319].

2311 *Ibid*.

2312 *Ibid*.

2313 SKOURIS V., The Principle of Procedural Autonomy and the Duty of Loyal Cooperation of National Judges under Article 10 EC, in Tom Bingham and the Transformation of the Law, Oxford, OUP, 2009, p. 491 s., p. 494.

2314 CAULET F., Le principe d'effectivité, précité.

2315 VAN GERVEN W., Of rights remedies and procedures, CLMRev. 2000. 503 s.

2316 DELICOSTOPOULOS J., « Towards European procedural primacy in national legal systems », précité, p. 601-606.

2317 GALETTA D.-U., Procedural autonomy of EU Member States: Paradise Lost ? A study, précité, p. 123. Même si l'auteure ne s'oppose pas à la notion d'autonomie procédurale.

2318 BOBEK M., « Why there is no principle of procedural autonomy of the Member State ? », précité, p. 320.

2319 COURONNE V., La compétence procédurale, précité, p.53.

1035. L'existence d'une compétence procédurale (partagée) semble d'ailleurs confirmée par le développement assez récent du droit dérivé qui impose des règles uniformes dans des domaines de plus en plus nombreux[2320]. L'on peut donc affirmer que l'Union a harmonisé des pans entiers du droit procédural des États membres, qu'il s'agisse du droit de la concurrence, des marchés publics, de l'immigration ou encore de la régulation des secteurs de télécommunications. À mesure que le processus d'intégration progresse et s'approfondit, il devient de plus en plus difficile de nier la réalité d'une compétence procédurale d'exécution de l'Union européenne, et, parallèlement, de maintenir l'idée d'une autonomie nationale en la matière.

1036. Le fait de substituer la notion de « compétence procédurale » à celle d' « autonomie procédurale » conduit, bien souvent, les auteurs à envisager celle de subsidiarité. En effet, le principe s'applique aux compétences partagées. Or, dès lors que l'on admet, à l'instar de l'auteur que nous venons de citer, que les compétences procédurales d'exécution sont des compétences « partagées » entre l'Union et les États membres, l'on est amené à leur appliquer le principe de subsidiarité. D. Simon n'affirmait-il pas, dans les années 1990, que « le contrôle juridictionnel de la mise en oeuvre du droit communautaire est en effet pétri de subsidiarité »?[2321] Dans cette optique, l'Union européenne, à travers son juge, intervient chaque fois que son action est jugée « nécessaire »… ou « plus efficace ».

2. Du principe d'autonomie procédurale au principe de subsidiarité

1037. L'approfondissement du processus d'intégration a incité les auteurs à concevoir le principe subsidiarité au-delà du prisme des compétences législatives. À cet égard, le principe de subsidiarité juridictionnelle, cher à D. Simon[2322], a offert une piste de réflexion intéressante car ce concept permet de faire reposer l'architecture européenne non plus sur la seule répartition des compétences normatives, mais d'étendre celle-ci « à l'exécutif et au judiciaire »[2323]. C'est ainsi que pour O. Dubos, la subsidiarité apparait, dans les mains de la Cour de justice, « comme un curseur qui lui permet de répartir les compétences entre les États et la Communauté et ainsi de procéder à un arbitrage entre le principe de l'autonomie procédurale et la nécessité d'imposer des standards procéduraux communautaires aux

---

[2320] ACCETTO M., et ZLEPTNIG S., « The principle of effectiveness: Rethinking its role in Community law », précité, p. 399.

[2321] SIMON D., La subsidiarité juridictionnelle : notion gadget ou concept opératoire ?, Rev. aff. eur. 1998. 84 s., 85.

[2322] *Ibid*.

[2323] CAULET F., Le principe d'effectivité, précité.

juridictions nationales »[2324]. Dans cette optique, la subsidiarité juridictionnelle se différencie du simple encadrement de l'autonomie procédurale.

1038. F. Fines a, pour sa part, insisté sur le fait que la subsidiarité juridictionnelle était un concept plus pertinent que la notion d'autonomie institutionnelle et procédurale dans la mesure où le premier apparait plus apte à rendre compte des régulations évolutives et traduit « la recherche d'un équilibre (certes mouvant, mobile) entre d'un coté l'autonomie procédurale et de l'autre l'efficacité du droit communautaire » : si l'autonomie procédurale peut faire l'objet d'un encadrement, la subsidiarité « parait mieux traduire la richesse et la variété des incidences du droit communautaire sur les recours nationaux » car elle « renvoie à une palette où toutes les nuances et tous les degrés de l'harmonisation sont représentés. (...) Mais de cette palette, c'est la CJCE qui tient le pinceau »[2325].

1039. À mesure que le processus d'intégration se poursuit, le contrôle des modalités d'exécution du droit de l'Union se renforce. Ce renforcement est permis par la subsidiarité juridictionnelle, elle-même centrée sur l'exigence d'effectivité. En effet, si l'architecture juridictionnelle de l'Union ne permet pas directement à la Cour de contrôler l'application correcte du droit de l'Union par les États, l'instrument de la subsidiarité juridictionnelle a permis, par sa dynamique ascendante, de s'assurer que les juridictions nationales garantissent l'efficacité des règles de l'Union. Lorsque l'effectivité est à l'origine d'un effacement de l'autonomie procédurale, notamment dans le domaine de la protection juridictionnelle des justiciables, c'est bien le mécanisme de la subsidiarité qui est à l'oeuvre.

1040. La subsidiarité juridictionnelle apparaît donc comme un « concept régulateur » qui, en dépit de sa fonction première qui est, rappelons-le, le respect de l'office du juge national, « peut aussi avoir un effet inverse »[2326]. Au moyen de l'effectivité, la Cour pose une exigence de « pleine efficacité » du droit de l'Union. La subsidiarité qui se manifeste dans le cadre du renvoi préjudiciel permet, lorsque l'effectivité d'une norme européenne est en cause, de combler les lacunes du droit procédural afin de garantir les exigences européennes. À défaut d'une harmonisation législative, l'activation de la subsidiarité juridictionnelle ascendante permet à la Cour d'assurer l'application uniforme du droit de l'Union dans une logique de « subsidiarité substantielle »[2327].

[2324] DUBOS O., Les juridictions nationales, précité, p. 328.

[2325] FINES F., Subsidiarité et responsabilité, Rev.aff.eur., 1998, p. 95.

[2326] AKOUMIANAKI D., Les rapports entre l'ordre juridique constitutionnel et les ordres juridiques européens, Analyse à partir du droit constitutionnel grec, L'Harmattan, 2016., p. 466.

[2327] SIMON D., précité, p.90.

1041. En résumé, la jurisprudence relative à l'autonomie procédurale des États touche à la répartition des compétences entre le droit (procédural) national et le droit de l'Union. Il semble donc logique d'appréhender l'effacement de l'autonomie procédurale à la lumière du principe de subsidiarité qui, comme on le sait, peut justifier une intervention de l'Union. Comme l'a relevé O. Dubos, lorsque la Cour impose aux juges nationaux un standard procédural, il y a « communautarisation d'une compétence nationale par le jeu de la subsidiarité ascendante »[2328]. De même, lorsque le juge renvoie l'exécution du droit de l'Union au droit processuel des États membres, il y a mise en oeuvre de la subsidiarité descendante. Encore faut-il préciser la nature de cette subsidiarité.

1042. S'agit-il d'une expression tacite du principe de subsidiarité tel qu'il est consacré dans le droit primaire depuis Maastricht ou du principe de subsidiarité juridictionnelle tel que la Cour le met en oeuvre depuis toujours ? Si certains auteurs, comme F. Caulet, appréhendent la matière sous l'angle d'une application implicite de l'article 5.3 TUE — ce qui conduit à opérer une articulation des principes d'effectivité et de subsidiarité et à procéder une distinction assez subtile entre compétences exclusives et partagées au stade de l'exécution — d'autres se réfèrent au principe de subsidiarité juridictionnelle.

1043. La première approche de la subsidiarité conduit à considérer que conformément à l'article 5.3 TUE, la jurisprudence relative à l'effectivité épouse les termes de cette disposition dans la mesure où la Cour de justice justifie la plus value de son action en se basant sur l'identité du contrôle d'effectivité et l'aspect suffisant des mesures prises par l'État. La justification d'un retour de compétence de l'Union repose ici sur la plus value d'une intervention de l'Union face à un droit procédural national jugé défaillant. Inversement, lorsque la Cour laisse intacte l'autonomie procédurale, l'on peut y voir une expression de la subsidiarité descendante, conformément à l'article 5.3 TUE[2329]. Cette approche est intéressante car elle montre bien les rapports entre les principes de subsidiarité et d'effectivité mais elle se révèle assez complexe car elle suppose de distinguer, au stade de l'exécution, entre compétences partagées et compétences exclusives.

1044. La seconde approche se fonde sur l'analyse de D. Simon qui a démontré l'existence d'une « logique de subsidiarité ascendante » à l'oeuvre dans la jurisprudence relative au «

[2328] DUBOS O., *Les juridictions nationales, juge communautaire*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris, Dalloz, 2001, p. 5. p. 327.

[2329] SKOURIS V., The Principle of Procedural Autonomy and the Duty of Loyal Cooperation of National Judges under Article 10 EC, in Tom Bingham and the Transformation of the Law, Oxford, OUP, 2009, p. 491 s., p. 494. « this institutional and procedural autonomy is somehow a specific expression of Article 5 EC and the fundamental principle of subsidiarity pursuant to which each specific competence must be exercised at the most appropriate level ».

droit au juge ». Certes, comme l'auteur l'admet lui-même « il ne s'agit pas d'une subsidiarité organique, qui imposerait, chaque fois que cela s'avérerait nécessaire, la substitution du juge communautaire au juge national, mais il s'agit bien d'une subsidiarité substantielle, qui impose la prééminence des exigences imposées par le droit communautaire en matière de protection juridictionnelle pour pallier les insuffisances du droit procédural national »[2330]. On retrouve cette logique dans la protection au provisoire des droits issus du droit de l'Union. Si le droit interne prévoit des mécanismes suffisants, c'est aux États d'assurer la suspension de l'application des règles nationales. Comme le relève D. Simon « en l'absence de tels mécanismes dans le droit processuel national, le droit communautaire est appelé à intervenir pour contraindre le juge interne à écarter le droit interne de nature à priver le justiciable de son droit à une protection provisoire ». Si la Cour peut laisser aux juges internes le soin de définir les conditions de suspension de l'application du droit national, « dès que l'uniformité du droit communautaire l'impose (subsidiarité ascendante) le juge communautaire estime que c'est au droit communautaire lui-même de poser les conditions de la suspension »[2331]. C'est dans cette seconde approche que nous nous inscrivons.

1045. Il importe d'insister, dans un second temps, sur la dynamique inhérente à la subsidiarité juridictionnelle.

B. La dynamique du principe de subsidiarité juridictionnelle

1046. Nous avons déjà relevé que la subsidiarité, tant substantielle que juridictionnelle, est un principe dynamique. En matière de contrôle juridictionnel de l'exécution du droit de l'Union, on retrouve cette dynamique dans l'intensité plus ou moins élevée de l'encadrement de la prétendue « autonomie procédurale » des États membres. En ce sens, le principe de subsidiarité revêt bien un caractère réversible et bidirectionnel (1). Il nous semble toutefois important de préciser que la subsidiarité juridictionnelle que la Cour de justice met en oeuvre, qu'elle soit descendante ou ascendante, est toujours l'expression de la « subsidiarité-efficacité » et non la manifestation d'une « subsidiarité-proximité » (2).

1. Le caractère réversible et bidirectionnel du principe de subsidiarité

1047. Comme le relève V. Couronne, « l'exercice de la compétence procédurale est régulé par la subsidiarité juridictionnelle, au même titre que l'exercice de la compétence en général est régulé par le principe de subsidiarité. Expression donc particulière de cette subsidiarité

[2330] SIMON D.,« La subsidiarité juridictionnelle : notion gadget ou concept opératoire », in Revue des affaires européennes, 1998, p. 88.
[2331] *Ibid.*

annoncée dans le droit primaire, la subsidiarité juridictionnelle permet à la Cour de justice de déterminer, dans chaque cas, le meilleur niveau d'exercice de la compétence procédurale entre elle-même et le juge national »[2332]. Il en résulte un encadrement « protéiforme » de la compétence procédurale des États membres[2333].

1048. En tant que principe de régulation de l'exercice des compétences partagées, la subsidiarité ne préjuge pas, du moins en apparence, de l'orientation ascendante ou descendante que prendra la répartition desdites compétences. En effet, ce principe peut tout aussi bien induire « une attitude défensive des États membres à l'encontre de nouvelles actions communautaires qu'une concentration d'actions au niveau communautaire »[2334]. Son application implique donc une dynamique constante dans les rapports entre la Cour de justice et les juridictions nationales.

1049. En fonction des affaires, des domaines et des enjeux, la Cour de justice pourra imprimer une centralisation plus ou moins forte de la compétence procédurale de mise en oeuvre. L'on relèvera, à cet égard, qu'il n'y a pas nécessairement un rapport étroit entre l'existence d'une compétence normative « exclusive » de l'Union, comme l'Union douanière[2335], et l'activation, par la Cour, de la subsidiarité juridictionnelle ascendante. En effet, dans une décision du 9 novembre 2017, la Cour de justice a déclaré qu' « il appartient aux États membres de régler, dans le cadre de l'exercice de leur autonomie procédurale, les conséquences d'une violation de l'obligation de motivation par les autorités douanières et de prévoir si et dans quelle mesure une régularisation est possible dans le cadre d'une procédure juridictionnelle, sous réserve du respect des principes d'équivalence et d'effectivité[2336].

1050. La subsidiarité juridictionnelle descendante peut tout aussi bien intervenir dans un domaine de compétence exclusive que dans un domaine de compétence partagée. Ainsi, récemment, dans une affaire relative à la politique des transports (qui relève, sur un plan normatif, d'une compétence partagée) la Cour a relevé que dans la mesure où le règlement n° 2027/97 relatif au transport aérien de passagers et de leurs bagages, ne prévoyait pas de dispositions spécifiques concernant la preuve de certains dommages, il y avait lieu, « conformément au principe d'autonomie procédurale, de faire application des règles pertinentes du droit national, ainsi qu'en témoigne d'ailleurs le considérant 18 du règlement

---

[2332] COURONNE V., La compétence procédurale, précité, p. 87.

[2333] *Ibid*., p. 88.

[2334] TRIANTAFYLLOU D., Des compétences d'attribution au domaine de la loi, Brxelles, Bruylant, 1997, p. 37.

[2335] En vertu de l'article 3 TFUE l'Union dispose d'une compétence exclusive dans le domaine de l'Union douanière.

[2336] CJUE, 9 novembre 2017, *Valsts ieņēmumu dienests,* aff. C-46/16., pt 46.

nº 889/2002, aux termes duquel il incombe aux États membres de prévoir les dispositions supplémentaires éventuellement nécessaires » sur des points qui ne sont pas couverts par ledit règlement[2337]. Il est intéressant de relever que le considérant 6 du règlement n°2027/97[2338] indiquait que « conformément au principe de subsidiarité, une action de la Communauté est souhaitable afin de parvenir à harmoniser le domaine de la responsabilité des transporteurs aériens » tandis que le considérant 9 du règlement n°889/2002[2339] indiquait que « conformément au principe de subsidiarité, une action au niveau communautaire est souhaitable afin de créer un ensemble unique de règles pour tous les transporteurs aériens communautaires ». Si, fréquemment, il s'agit bien d'une orientation descendante de la subsidiarité juridictionnelle, c'est que les modalités procédurales de mise oeuvre du droit de l'Union sont jugées satisfaisantes pour assurer l'existence de ce droit au sein de l'ordre juridique interne. Pour autant, dans de nombreuses affaires, la Cour de justice a estimé que l'effectivité ou l'effet utile du droit de l'Union était menacée de sorte qu'elle a pu enclencher la subsidiarité juridictionnelle ascendante et fixer certaines limites à l'exercice des compétences nationales de mise en oeuvre du droit de l'Union.

1051. Par exemple, dans l'arrêt du 27 juin 2018 *Ibrahima Diallo*[2340], rendu dans le domaine de la citoyenneté de l'Union, la Cour était amenée à se prononcer sur la question de savoir si la directive 2004/38 s'opposait à une réglementation nationale qui imposait aux autorités compétentes de délivrer d'office une carte de séjour de membre de la famille d'un citoyen, lorsque le délai de six mois, visé à l'article 10 de la directive, était dépassé, sans vérifier, préalablement, si l'intéressé remplissait les conditions pour séjourner dans l'État d'accueil conformément au droit de l'Union. Constatant que la directive 2004/38 ne contient aucune disposition régissant les conséquences qui découlent du dépassement dudit délai, la Cour a jugé que cette question relève, en principe, de l'autonomie procédurale des États sous réserve du respect des principes d'effectivité et d'équivalence. La Cour a ajouté que « si le droit de l'Union ne s'oppose nullement à ce que les États membres établissent des régimes d'acceptation ou d'autorisation implicite, encore faut-il que de tels régimes ne portent pas atteinte à l'effet utile du droit de l'Union »[2341]. Après un bref rappel de sa jurisprudence en la

---

[2337] CJUE, 9 juillet 2020, *SL c Vueling Airlines SA*, aff. C-86/19, pt 38.

[2338] Règlement (CE) nº 2027/97 du Conseil du 9 octobre 1997 relatif à la responsabilité des transporteurs aériens en cas d'accident, OJ L 285, 17.10.1997, p. 1–3

[2339] Règlement (CE) n° 889/2002 du Parlement européen et du Conseil du 13 mai 2002 modifiant le règlement (CE) n° 2027/97 du Conseil relatif à la responsabilité des transporteurs aériens en cas d'accident. OJ L 140, 30.5.2002, p. 2–5

[2340] CJUE, 27 juin 2018, *Ibrahima Diallo,* aff. C−246/17.

[2341] pt 46 de l'arrêt précité.

matière, la Cour a estimé que « la directive 2004/38 s'oppose à ce que la carte de séjour de membre de la famille d'un citoyen de l'Union soit délivrée à un ressortissant d'un État tiers qui ne remplirait pas les conditions fixées par celle-ci pour son attribution ». En effet, un système qui permet la délivrance de la carte de séjour à une personne qui ne remplit pas les conditions du droit de l'Union pour l'obtenir « est contraire aux objectifs de la directive 2004/38 ». La Cour a dû, ensuite, répondre à la question de savoir si le droit de l'Union s'opposait à une jurisprudence nationale en vertu de laquelle, à la suite de l'annulation juridictionnelle d'une décision refusant la délivrance d'une carte de séjour, l'autorité nationale compétente retrouvait automatiquement l'entièreté du délai de six mois visé à l'article 10 de la directive 2004/38. Là encore, la directive 2004/38 ne contenait aucune précision sur la question de savoir de quel délai disposent les autorités nationales pour adopter une nouvelle décision à la suite d'une telle annulation. La Cour a, une fois de plus, rappelé qu' « en l'absence de règles de l'Union en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de les établir, en vertu du principe de l'autonomie procédurale, à condition, toutefois, qu'elles ne soient pas moins favorables que celles régissant des situations similaires soumises au droit interne (principe d'équivalence) et qu'elles ne rendent pas impossible en pratique ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par le droit de l'Union (principe d'effectivité) ». En l'espèce, seule l'effectivité était en cause. Au terme d'un rapide examen, la Cour en a conclu que « le principe d'effectivité ainsi que l'objectif de célérité inhérent à la directive 2004/38 s'opposent à ce que les autorités nationales retrouvent automatiquement un nouveau délai de six mois à la suite de l'annulation juridictionnelle d'une première décision refusant la délivrance d'une carte de séjour »[2342].

1052. Dans cette affaire, les principes d'effet utile et d'effectivité qui ont guidé l'appréciation de la Cour de justice ont justifié la remise en cause de l'autonomie procédurale. Force est de constater que la décision de la Cour s'écarte, sur le dernier point, des conclusions de l'avocat général. En effet, M. Y. Bot a considéré qu'en vertu du principe d'autonomie procédurale, il appartenait « à la juridiction de renvoi de vérifier que le principe d'équivalence est respecté »[2343]. Or, précisément sur la même question[2344], le juge de l'Union a considéré que « dans l'affaire au principal, seule se pose la question du respect du principe d'effectivité ». En outre, contrairement à la Cour, l'avocat général a pu estimer que l'autorité

[2342] Ibid., pt 69 de l'arrêt précité.

[2343] Conclusions présentées le 7 mars 2018 dans l'affaire C-246/17.

[2344] Il s'agissait des troisième et quatrième questions traitées différemment par la Cour et l'Avocat général, bien que les deux mentionnaient le principe d'autonomie procédurale.

nationale retrouvait, à la suite de l'annulation d'une décision de refus de délivrance d'une carte de séjour, l'entièreté du délai de six mois visé à l'article 10 de la directive 2004/38.

1053. Le fait que la Cour de justice mette l'accent sur l'effet utile et l'effectivité dans le cadre de l'encadrement procédural des autorités nationales n'est pas anodin puisque ces principes permettent d'assurer la pleine efficacité du droit de l'Union. Dans cette optique, le juge de l'Union considère que la mesure nationale doit être écartée dès lors qu'elle fait obstacle à l'obligation pour le juge national d'assurer la pleine efficacité du droit de l'Union. Le fait que le principe d'équivalence soit occulté n'est pas surprenant au regard de la jurisprudence de la Cour qui se caractérise depuis toujours par la prééminence du principe d'effectivité. En effet, le principe d'effectivité « s'impose naturellement dans la mesure où le contenu que va lui donner la Cour traduit l'essence même de l'encadrement procédural » tandis que l'application du principe d'équivalence s'avère complexe et malaisée, ne laissant que peu d'opportunité au juge de l'Union[2345]. L'effectivité offre ainsi un contrôle sur les modalités procédurales plus efficace que l'équivalence du fait de sa portée plus large. La jurisprudence en matière de contrôle de la mise en oeuvre du droit de l'Union peut, par conséquent, être appréhendée sous l'angle d'une « répartition des compétences procédurales d'exécution autour du principe d'effectivité dans les hypothèses où le recours au droit national ne permet pas d'assurer un niveau minimal suffisant de réalisation du droit de l'Union »[2346]. Aussi retrouve-t-on, dans le cadre de la procédure préjudicielle, le test de l'efficacité comparative inhérent au principe de subsidiarité de l'article 5.3 TUE, lequel « permet de déterminer si les États membres ont atteint l'objectif minimal et existentiel de mise en oeuvre du droit de l'Union »[2347]. Là encore, il s'agit d'une manifestation de la subsidiarité-efficacité.

2. Une expression de la subsidiarité-efficacité

1054. Selon B. Bertrand, l'effectivité, dans son acception négative[2348], revêt la forme d'un principe normatif susceptible de limiter l'autonomie procédurale nationale. Lorsqu'elle est mobilisée par le juge de l'Union dans le cadre du renvoi préjudiciel, l'effectivité vise alors à préserver « l'intégrité de la compétence européenne des interférences nationales en assurant la garantie de l'efficacité des règles adoptées sur sa base »[2349]. En effet, la Cour de justice a

---

[2345] CAULET F., Le principe d'effectivité, précité.

[2346] *Ibid*.

[2347] *Ibid*.

[2348] Dans sa dimension négative, l'effectivité ne concourt pas à l'extension des compétences européennes mais seulement à la protection de leur exercice.

[2349] BERTRAND B., L'instrumentalisation de l'effectivité, précité, p. 123.

affirmé à plusieurs reprises que la portée et l'efficacité du droit de l'Union seraient atteintes en cas de non respect du principe d'effectivité[2350].

1055. La subsidiarité juridictionnelle, telle qu'elle est utilisée par la Cour en matière de contrôle de l'exécution du droit de l'Union par les États, s'inscrit toujours dans le cadre de la subsidiarité-efficacité, même lorsque le juge de l'Union s'en remet aux juridictions nationales dans la mesure où cet instrument permet, dans chaque affaire, de « déterminer efficacement le niveau adéquat pour l'exercice de la compétence juridictionnelle »[2351]. En tant que « principe d'organisation juridictionnelle », la subsidiarité juridictionnelle peut constituer, ainsi que l'affirme J. Dupont-Lassalle, un véritable « moteur de l'intégration » dans la mesure où cet instrument rend « le juge interne acteur de l'intégration » tout en permettant à la Cour d'encadrer ce dernier au nom, le plus souvent, de l'effectivité du droit de l'Union[2352].

1056. C'est, plus précisément, l'impératif d'efficacité qui pousse le juge de l'Union à « enserrer le juge national dans certaines contraintes » lorsque ce dernier « n'est pas en mesure d'appliquer le droit communautaire de manière effective, ou qu'il ne tire pas toutes les conséquences des exigences affirmées par l'ordre juridique de la Communauté »[2353]. Aussi la délimitation de l'office du juge national a-t-elle permis d'acquérir une efficacité supplémentaire et de perfectionner l'application du droit de l'Union. Dans la mesure où la garantie de l'efficacité renvoie au principe de subsidiarité, « il va de soi que les juridictions internes deviennent compétentes pour garantir la spécificité de leur ordre juridique de rattachement » étant entendu que « la prépondérance des règles internes sera toujours accordée à l'objectif de pleine efficacité du droit de l'Union »[2354].

1057. Pour D. Akoumianaki, la garantie de l'efficacité du droit de l'Union, source et raison d'être de la primauté, devient synonyme d'une priorité d'application du droit de l'Union. Dans cette optique, la subsidiarité juridictionnelle implique que les compétences de la Cour de justice seraient mieux garanties par la vigilance des juridictions nationales. La subsidiarité juridictionnelle s'inscrit ici dans la subsidiarité-efficacité et non la subsidiarité-proximité dans la mesure où la Cour n'hésite pas à bafouer ce que d'aucuns considèrent comme la « fonction première de respect de l'office du juge national », dès lors que l'objectif d'efficacité de

---

[2350] CJCE 11 septembre 1997, *Margorrian,* C-246/96.

[2351] DUPONT-LASSALLE J., « La subsidiarité juridictionnelle, instrument de l'intégration communautaire ? », Droit et société, n° 80, 2012/1, p. 47-71.

[2352] *Ibid*.

[2353] *Ibid*.

[2354] AKOUMIANAKI D., Les rapports entre l'ordre juridique constitutionnel et les ordres juridiques européens, précité, p. 149.

l'exécution l'exige. En effet, dans ses appréciations et son interprétation des dispositions du droit de l'Union, la Cour penche très largement du coté de la « pleine efficacité »[2355].

1058. Pas davantage que la prétendue « autonomie procédurale » des États membres, le principe de subsidiarité juridictionnelle ne devrait être interprété comme la marque d'une autonomie en faveur des autorités nationales ou d'un quelconque pluralisme du système européen. La rigidité de l'encadrement procédural conduit nécessairement à remettre en question la réalité d'un « pluralisme juridictionnel »[2356]. Précisément parce qu'il n'existe pas de véritable autonomie procédurale en faveur des États membres. Dès lors, ni le principe de subsidiarité, ni celui de l'autonomie procédurale, ne permettent de protéger les compétences procédurales des autorités nationales ou de préserver le droit procédural interne des ingérences du droit de l'Union. Tout au contraire, le principe de subsidiarité doit se concevoir comme un instrument d'intégration, y compris sur le plan procédural. Son caractère fonctionnel conduit d'ailleurs le juge de l'Union à l'instrumentaliser, aux seules fins de l'intégration, à l'instar de l'instrumentalisation des juridictions nationales et des justiciables.

1059. Une autre caractéristique de la subsidiarité-efficacité est, comme nous l'avons maintes fois souligné, la présomption selon laquelle l'action de l'Union est jugée plus efficace que l'action étatique. Dans le cadre de l'exécution du droit de l'Union et du contrôle des modalités procédurales de mise en oeuvre, cette présomption se traduit par une orientation tendanciellement ascendante de la subsidiarité juridictionnelle. Le déclenchement de la subsidiarité juridictionnelle ascendante s'opère ainsi à la lumière de l'objectif d'efficacité de l'exécution du droit de l'Union et à la faveur de l'application du principe d'effectivité. Il en résulte une forme de centralisation des compétences procédurales d'exécution aux mains de la Cour de justice.

Section 2. L'activation de la subsidiarité juridictionnelle ascendante à la faveur du principe d'effectivité

1060. Si, à l'origine, le droit communautaire était largement indifférent aux questions relatives à l'exécution des réglementations de l'Union — au point que la doctrine s'était crue autorisée à théoriser un principe général d'autonomie institutionnelle et procédurale — cette époque est désormais révolue. Aujourd'hui, l'Union se préoccupe des voies juridiques, y

---

[2355] *Ibid.*, p. 466.

[2356] LAURENT A., Plurijuridismes, juges suprêmes et droits fondamentaux : étude comparée entre l'Union européenne et le Canada thèse, 2015, p. 526 ; TINIÈRE, R., « Pluralisme juridictionnel et protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne » dans LÉVINET, M., dir., Pluralisme et juges européens des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 357-376., spéc.p. 366.

compris de droit administratif, par le biais desquelles les autorités nationales assurent la mise en œuvre de son droit et l'autonomie procédurale n'est plus ce paravent à l'abri duquel les droits administratifs nationaux pouvaient se réfugier. Ainsi que le relevaient J. Dutheil de la Rochère et J.-B. Auby dans leur propos introductif à l'ouvrage *Droit administratif européen*, « il est bien vite apparu qu'en dépit de ce beau principe décentralisateur qu'était l'autonomie institutionnelle et procédurale des États, il n'était pas possible pour le droit communautaire de se désintéresser totalement de la façon dont les droits administratifs nationaux organisaient sa mise en œuvre : ils pouvaient, dans certains cas, être de piètres relais, par exemple en n'atteignant pas un niveau suffisant d'efficacité dans leur manière de plier l'administration à son respect; (…) et ce, d'autant plus, (…) que l'uniformité d'application du droit communautaire dans tout l'espace communautaire est en effet nécessaire à la réalisation du marché intérieur dans un contexte d'égalité et de non-discrimination »[2357].

1061. Frappé d'obsolescence, le principe d'autonomie procédurale ne cesse pourtant pas d'être réaffirmé par la Cour, aujourd'hui plus que jamais, ce qui signifie sans doute que l'on peut avoir de sérieuses raisons de douter de son respect, et donc, de son existence-même. Si l'autonomie procédurale apparaissait, à l'époque, comme « une manifestation inéluctable du mécanisme de subsidiarité juridictionnelle inhérent aux techniques d'application du droit communautaire par les juridictions nationales, et plus largement du principe d'exécution décentralisée du droit de l'Union »[2358], il nous semble que c'est précisément la subsidiarité juridictionnelle qui permet, de nos jours, de dépasser ledit principe d'autonomie. Ce paradoxe n'est qu'apparent dans la mesure où la subsidiarité est un principe fonctionnel qui s'adapte aux exigences du processus d'intégration. S'il est vrai que « l'intégration est, en dernier lieu, affaire des juges »[2359], un instrument comme la subsidiarité juridictionnelle ne pouvait que déboucher sur le phénomène « centralisateur » auquel nous assistons aujourd'hui.

1062. Déjà dans son célèbre arrêt *Simmenthal,* la Cour de justice portait « l'efficacité et même la pleine efficacité des normes au rang d'exigence inhérente à la nature même du droit de l'Union »[2360]. Ainsi que le souligne A. Bouveresse, dans une approche fonctionnelle, l'effectivité est cardinale car la théorie fonctionnaliste légitime par nature le choix de

---

[2357] AUBY J.-B., et DUTHEIL DE LA ROCHERE J.. « À propos de la notion de droit administratif européen introduction à l'ouvrage droit administratif européen», *Revue française d'administration publique*, vol. 123, no. 3, 2007, pp. 373-385.

[2358] SIMON D., « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? »,précité, p. 84

[2359] KARAGIANNIS, S., « La multiplication des juridictions internationales : un système anarchique? », *in La juridictionnalisation du droit international*, Colloque de Lille, SFDI, Paris, Pedone, 2003, p. 71.

[2360] CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, EU:C:1978:49, pt 22.

l'argument d'effectivité au soutien de l'autorité du droit de l'Union[2361]. C'est pourquoi, le principe d'effectivité constitue un levier central dans l'activation, par la Cour de justice, de la subsidiarité juridictionnelle ascendante. Le principe d'effectivité réclame, en outre, une attention toute particulière du fait que son appréciation comporte une part de subjectivité.

1063. S'agissant de l'objectif de réalisation du marché intérieur, cher à la Cour, il ne fait aucun doute, qu'un principe comme l'autonomie procédurale, induisant une certaine disparité des procédures nationales, est susceptible de nuire à la jouissance effective des libertés fondamentales du marché, cette dernière réclamant une application uniforme du droit de l'Union sur l'ensemble du territoire de l'Union. Le principe de non-discrimination ne saurait donc suffire à préserver l'intégration dans la mesure où la diversité des procédures porte en soi atteinte à l'uniformité de l'application du droit de l'Union. C'est pourquoi, « l'application uniforme du droit communautaire permet au juge de Luxembourg de procéder à une sorte d'harmonisation spontanée, lorsque le droit de l'Union n'y a pas pourvu »[2362]. Si l'on doit admettre que l'encadrement de l'autonomie procédurale par le principe d'effectivité n'a pas eu pour conséquence d'uniformiser les procédures nationales, l'on ne saurait nier l'emprise croissante de la Cour, *via* l'instrument de la subsidiarité juridictionnelle, sur les modalités procédurales de l'exécution du droit de l'Union par les États membres (paragraphe 1). Ce mouvement ascendant n'est, semble-t-il, pas prêt de s'arrêter en raison de la préemption de la compétence procédurale qui s'opère à la faveur d'un effet d'engrenage (« spill over effect ») de plus en plus visible (paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'emprise croissante de la Cour sur les modalités procédurales

1064. L'emprise croissante du droit de l'Union sur les procédures nationales s'inscrit naturellement dans la logique fonctionnelle de l'intégration européenne et du principe de subsidiarité. Aussi, à l'instar des compétences partagées de l'article 5.3 TUE, les États membres conservent leurs compétences procédurales lorsque et pour autant que l'Union n'a pas (encore) investi la matière. Si, au début des années 1970, lorsqu'elle renvoyait aux droits nationaux le soin de mettre en oeuvre le droit communautaire « dans le respect des formes et procédures du droit national »[2363], la Cour laissait entendre qu'une telle « autonomie » n'était que provisoire, comme « en sursis », il s'agissait en réalité d'un défaut d'intervention

---

[2361] BOUVERESSE A., L'effectivité comme argument d'autorité de la norme, in L'effectivité du droit de l'Union européenne, précité, p. 69.

[2362] COURONNE V., L'autonomie procédurale, précité, p. 307.

[2363] CJCE, 11 février 1971, *Norddeutsches Vieh und Fleischkontor, 39*/70, Rec., 49.

législative. La question était, en effet, de savoir si, et le cas échéant quand, le législateur interviendrait en la matière[2364]. Toutefois, en l'absence d'harmonisation, et face à la menace que représentait l'exécution décentralisée du droit de l'Union, c'est la jurisprudence de la Cour de justice qui est progressivement venue combler les lacunes, au prix souvent d'une remise en cause de certains de ses postulats de départ comme l'existence de voies de droit nationales suffisantes ou le respect de l'autorité de la chose jugée (B). Mais avant d'examiner plus en détails ces questions, il importe de préciser la manière dont le juge de l'Union s'y est pris pour renforcer son influence sur les juridictions nationales (A). Notons que ses interventions croissantes dans les modalités d'exécution du droit de l'Union ne doivent pas s'interpréter comme des limitations d'une autonomie procédurale (inexistante) mais la délimitation des contours d'une compétence procédurale des États membres.

A. Un encadrement renforcé

1065. L'évolution du contrôle des modalités procédurales d'exécution du droit de l'Union par les États membres s'est traduite par sa généralisation (1) et son intensification (2). En effet, non seulement aucun domaine n'échappe aujourd'hui à l'emprise de la Cour de justice, mais en outre, dans certains secteurs, l'autonomie procédurale a, quoi qu'en disent les juges de Luxembourg ou la doctrine, bel et bien disparu.

1. La généralisation

1066. La Cour de justice est progressivement parvenue à réguler l'ensemble des aspects du droit procédural des États membres à l'occasion des nombreux renvois préjudiciels opérés par les juridictions nationales. Les règles de procédure nationales se situent dans la sphère du droit de l'Union parce qu'elles sont « un instrument en vue de la réalisation des objectifs fixés par le traité »[2365]. Si la Cour a pu développer l'encadrement des procédurales nationales c'est parce que l'ex-article 10[2366] (principe de coopération loyale) confère une compétence aux juridictions nationales pour assurer la protection des justiciables tout en légitimant un droit de regard du juge de l'Union[2367]. Cet article a en effet permis le passage d'une conception stricte (et erronée, nous semble-t-il) de la répartition des compétences, selon laquelle l'Union ne peut avoir d'emprise sur le droit processuel (à défaut d'une compétence), à une conception fondée sur la nécessaire collaboration entre ordre juridiques nationaux et européen[2368].

[2364] ROCCATI M.,Quelle place pour l'autonomie procédurale des États membres, précité, p. 431.
[2365] § 8 des Concluions de M. La Pergola dans l'affaire *Hayes,* aff. C-323/95.
[2366] Actuel article 4.3 TUE.
[2367] BERROD F., La systématique des voies de droit, précité, p. 798.
[2368] DUBOS O., précité, p. 261.

1067. Au nom de l'effectivité de la protection que le droit de l'Union assure aux particuliers, la Cour a pu instrumentaliser le droit national pour garantir la pleine réalisation du droit de l'Union. Instrument de protection de la validité de la norme européenne, l'effectivité est aussi, nous l'avons vu[2369], un outil permettant d'assurer la protection juridictionnelle des justiciables. L'effectivité étant conceptuellement proche de la protection juridictionnelle effective, ces des deux principes entraînent une plus grande pénétration de la Cour de justice dans le droit procédural des États membres[2370]. Dès lors, la Cour a pu généraliser le recours à l'encadrement en se référant aux principes d'effectivité et de protection juridictionnelle effective et en s'appuyant sur le principe de coopération loyale en vertu duquel il incombe aux juridictions des États membres d'assurer la protection juridictionnelle des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union[2371]. Si cette jurisprudence est née dans le domaine de l'Union douanière et de la libre circulation des marchandises, plus précisément dans le contentieux dit de « deuxième génération » en matière de répétition de l'indu, elle s'est étendue, au fil des ans, à tous les domaines touchant l'application du droit de l'Union. Dès lors que le juge a à connaître des modalités d'exécution d'un régime issu du droit de l'Union, il a essentiellement recours aux principes d'effectivité et de protection des justiciables.

1068. De cette façon, la Cour a généralisé son contrôle au domaine de la fiscalité[2372], de la politique sociale[2373], de la sécurité sociale[2374], de la concurrence[2375], des aides d'Etat (contentieux de la récupération)[2376], de la politique agricole (régime des restitutions à

[2369] Voir le chapitre II du Titre I de la deuxième partie de cette thèse.

[2370] CAULET F., précité.

[2371] Pour un exemple récent en matière d'environnement :CJUE, 26 juin 2019,*Craeynest e.a.,* aff. C−723/17.

[2372] CJCE, 29 juin 1988, *Deville*, aff. 240/87, pt 12. La Cour a jugé qu'un Etat ne peut adopter, postérieurement à un arrêt dont il résulte qu'une législation est incompatible avec le traité, de règle procédurale réduisant les possibilités d'agir en répétition des taxes indûment perçues en vertu de cette législation.

[2373] CJCE, 25 juillet 1991, *Emmott,* aff. C-208/90 où la Cour a déclaré qu'un Etat défaillant ne peut exciper de la tardiveté d'une action introduite à son encontre par un particulier en vue de la protection des droits que reconnait cette directive et qu'un délai de recours de droit national ne peut commencer à courir qu'à partir de ce moment.

[2374] CJCE, 23 novembre 1995, *Pérez,* aff. C-394/93. La Cour a estimé que le règlement 3427/89 ne s'opposait pas à l'application, à une demande d'allocations familiales, d'une disposition nationale limitant à six mois l'effet rétroactif des demandes d'allocations familiales.

[2375] CJCE, 14 décembre 1995, *Schijndel*, aff.jointesaffaires jointes C-430/93 et C-431/93. La Cour a estimé que le droit communautaire n'impose pas aux juges internes de soulever d'office un moyen tiré de la violation du droit communautaire, lorsque l'examen du moyen les oblige à renoncer à la passivité qui leur incombe, en sortant des limites du litige tel qu'il a été circonscrit par les parties et en se fondant sur d'autres faits que ceux sur lesquels la partie qui a intérêt à l'application desdites dispositions a fondé sa demande. Pour le domaine des ententes : aff. C-453/99.

[2376] CJCE, 20 septembre 2001, *Banks,* aff. C-390/98.

l'exportation pour les produits agricoles)[2377], de la coopération judiciaire en matière civile[2378], de l'assurance[2379], de l'environnement[2380], des transports[2381], des marchés publics[2382] ou encore de la protection des consommateurs[2383]. Il convient, par ailleurs, de retenir une conception large des modalités procédurales puisque la Cour précise qu'à défaut de règles communes, « les autorités nationales procèdent, lors de l'exécution de ces réglementations, en suivant les règles de forme et de fond de leur droit national, étant entendu que ces règles nationales doivent se concilier avec l'exigence d'une application uniforme du droit communautaire, nécessaire pour éviter un traitement inégal des opérateurs économiques. En outre, ces règles ne peuvent pas aboutir à rendre pratiquement impossible la mise en oeuvre de la réglementation communautaire »[2384].

2. *L'intensification*

1069. La Cour de justice ne s'est pas contentée d'étendre l'encadrement des compétences procédurales d'exécution des États à tous les aspects du droit processuel en se bornant au cadre conceptuel des années 1970, issu des arrêts *Rewe* et *Comet*. Bien au contraire. Tout en généralisant son contrôle des modalités procédurales, elle a renforcé l'intensité de l'examen en n'hésitant pas à condamner certaines règles procédurales. Cela s'est traduit par des arrêts mettant en cause, sous l'angle de l'effectivité, des règles relatives aux délais de recours, preuves, sanctions, modalités de paiement et au soulevé d'office[2385].

[2377]CJCE, 19 juin 2003, *Eribrand,* C-467/01.

[2378] CJCE, 8 novembre 2005, Leffler. Dans cet arrêt, la Cour a jugé que « le principe d'effectivité doit conduire le juge national à n'appliquer les modalités procédurales prévues par son ordre juridique interne que dans la mesure où elles ne mettent pas en cause la raison d'être et la finalité du règlement. Il s'ensuit que, lorsque le règlement ne prévoit pas les conséquences de certains faits, il appartient au juge national d'appliquer, en principe, son droit national tout en veillant à assurer la pleine efficacité du droit communautaire, ce qui peut le conduire à écarter, si besoin est, une règle nationale y faisant obstacle ou à interpréter une règle nationale qui a été élaborée en ayant uniquement en vue une situation purement interne afin de l'appliquer à la situation transfrontalière en cause ».

[2379] CJCE, 4 décembre 2003, *Evans,* aff. C-63/01.

[2380] CJUE, 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK,* aff.−240/09. En l'espèce, la Cour a exigé du juge national qu'il interprète, « le droit procédural relatif aux conditions devant être réunies pour exercer un recours administratif ou juridictionnel conformément tant aux objectifs de l'article 9 de la convention d'Aarhus qu'à celui de protection juridictionnelle effective des droits conférés par le droit de l'Union, afin de permettre à une organisation de défense de l'environnement, telle que le zoskupenie, de contester devant une juridiction une décision prise à l'issue d'une procédure administrative susceptible d'être contraire au droit de l'Union de l'environnement ».

[2381] CJUE, 22 novembre 2012, *Joan Moré,* aff. C−139/11.

[2382] CJUE, 28 janvier 2010, *Uniplex,* aff. C-406/08.

[2383] CJCE, 6 octobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones SL,* aff. C-40/08.

[2384] CJCE, 21 septembre 1983, *Deutsche Milchkontor*, aff.215/82 ; 23 novembre 1995, *Dominikanerinnen* aff.C-285/93.

[2385] GIRERD P., « Les principes d'équivalence et d'effectivité : encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale », *RTDE,* 2002, p. 75.

1070. Cet approfondissement était déjà perceptible dans l'arrêt *Johnston* où, en reconnaissant un droit à un recours juridictionnel effectif, la Cour est allée au-delà du simple encadrement[2386]. Certains auteurs y ont vu un « effacement » de l'autonomie procédurale « au nom de l'effectivité du droit de l'Union »[2387]. En l'espèce, la Cour a déclaré que toute personne a droit à un recours devant une juridiction compétente contre les actes dont elle estime qu'ils portent atteinte à ses droit (en l'espèce, il s'agissait de l'égalité de traitement entre hommes et femmes prévu par la directive 76/207) et qu'il appartient aux États « d'assurer un contrôle juridictionnel effectif sur le respect des dispositions applicables du droit communautaire et de la législation nationale destinée à mettre en œuvre les droits prévus par la directive ». En faisant de la protection juridictionnelle un principe général, la Cour a précisé l'office des juges nationaux. Leurs fonctions ont été affinées à mesure qu'elle leur imposait de nouvelles modalités, comme l'adoption des mesures provisoires[2388], de sanctions[2389], de modalités de paiements[2390] ou des délais de prescription[2391].

1071. Dès les années 1980, le juge de l'Union s'est immiscé dans les modalités de preuve. Dans l'arrêt *San Giorgio*[2392], il a déclaré « incompatibles avec le droit communautaire toutes modalités de preuve dont l'effet est de rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'obtention du remboursement de taxes perçues en violation du droit communautaire ». Tel était le cas de « présomptions ou de règles de preuve qui visent à rejeter sur le contribuable la charge d'établir que les taxes indûment payées n'ont pas été répercutées sur d'autre sujets »[2393]. Dans les années 1990, la Cour s'est prononcé sur le soulevé d'office. Dans l'affaire *Peterbroeck,* elle s'est ainsi opposée à l'application d'une règle interdisant au juge « d'apprécier d'office la compatibilité d'un acte de droit interne avec une disposition communautaire, lorsque cette dernière n'a pas été invoquée dans un certain délai par le justiciable »[2394]. En matière de délais, la Cour a opéré, notamment dans *Grundig Italiana,* de véritables incursions dans les compétences procédurales des États membres, en imposant que

---

[2386] CJCE, 15 mai 1986, *Johnston c/ Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, aff. 222/84, Rec. p. 1651.

[2387] DUBOS O., Objectif d'efficacité, précité, p. 310.

[2388] CJCE, 19 juin 1990, *Factortame, C-213/89* ; 21 février 1991, *Zückerfabrick* ; 13 mars 2007, *Unibet,* C-432/05.

[2389] CJCE 9 septembre 2004, *Meiland,* C-292/02 ; CJCE 16 mars 2006, *Emsland-Stärke*, C-94/05.

[2390] CJCE 21 juin 2007, *Jonkman,* aff. jtes C-231/06 à C-233/06.

[2391] CJCE 11 juillet 2002, *Marks et Spencer,* C-62/00 ; CJCE 24 septembre 2002, *Grundig Italiana*, C-255/00.

[2392] CJCE, 9 novembre 1983, *San Giorgio,* aff. 199/82. Voir aussi : 9 février 1999, *Dilexport Srl,* aff. C-343/96, Rec., I-579.

[2393] *Ibid,* pt 14.

[2394] CJCE 14 décembre 1995, *Peterbroeck,* C-312/93, Voir aussi 14 décembre 1995, *Van Schijndel,* C-430/93 et C-431/93.

la modification rétroactive d'un délais de prescription soit accompagnée d'un régime transitoire permettant aux justiciables de faire valoir leurs droits[2395].

1072. Peut-on parler d'autonomie lorsque la Cour indique précisément les modalités des recours que les États doivent instaurer pour assurer aux particuliers une protection effective ? Ne s'agit-il pas plutôt d'une appropriation, par le juge de l'Union, d'une compétence procédurale ? Lorsque ce dernier vient directement définir le cadre procédural d'un litige national, il sort de la technique classique de l'encadrement (*via* les principes d'équivalence et d'effectivité). Jusqu'à une période relativement récente, la Cour « s'était toujours gardée de proposer des modalités procédurales » et le fait d'imposer la mise en place d'une période de transition « amène le contrôle à un niveau jamais atteint ». Comme le relève F. Caulet « même s'il ne s'agit pas de remplacer une modalité procédurale à proprement parler, la Cour sort de sa neutralité pour venir pénétrer directement l'ordre juridique national »[2396].

1073. Dans certains domaines, comme le droit européen de la concurrence, il est admis que « le principe d'effectivité du droit de l'Union fait de l'ombre à l'autonomie procédurale des États membres »[2397]. De plus en plus d'auteurs constatent que le principe est en voie de disparition en raison d'une « érosion des règles internes au profit d'une uniformisation dictée par l'Union »[2398]. En réalité, comme nous l'avons déjà relevé, il ne s'agit pas tant d'une remise en question de l'autonomie procédurale des États membres, ce principe n'ayant jamais existé, qu'une délimitation, de plus en plus fine, des contours de la compétence de mise en oeuvre du droit de l'Union que la Cour de justice partage avec les juridictions nationales. En effet, en matière de pratiques anti-concurrentielles, la jurisprudence a eu pour effet de modifier peu à peu les droits nationaux relatifs au statut et au fonctionnement des autorités de concurrence. Dans l'arrêt *VEBIC*[2399] de 2010, le juge de l'Union a, par exemple, exigé que l'autorité de concurrence national soit, en cas de recours, partie devant une Cour d'appel. L'année suivante, dans l'arrêt *Tele 2 Polska*[2400], la Cour a défendu aux autorités nationales d'adopter, sous peine d'entraver l'objectif d'application cohérente du droit de l'Union, des décisions en constat d'application de l'article 10 du Règlement n°1/2003, ces décisions étant de la compétence exclusive de la Commission. Aussi les autorités nationales ne sont-elles pas

---

[2395] CJCE, 24 septembre 2002, *Grundig Italiana*, aff. C-255/00.

[2396] CAULET F., Le principe d'effectivité, précité.

[2397] MARECHAL C., « "Ombrelle sur les prix" : quand le principe d'effectivité du droit de l'Union fait de l'ombre à l'autonomie procédurale des Etats membres ». Semaine juridique. Entreprise et affaires. 2014. n°30 p. 35-39.

[2398] CIOLFI A., L'autonomie procédurale : un principe en voie de disparition ?, RJSP, n°13, Mars 2017; act.2.

[2399] CJUE, 7 décembre2010, *VEBIC,* aff. C-439/08.

[2400] CJUE, 3 mai 2011, *Tele2 Polska*, aff. C-375/09.

habilitées à prendre des décisions constatant une absence de violation de l' article 102 TFUE. Dans l'arrêt Kone de 2014[2401], la Cour s'est immiscée dans les conditions substantielles de la responsabilité civile, en imposant au juge interne de reconnaître un lien de causalité dans certaines circonstances[2402].

1074. La jurisprudence dicte « le sens de la marche au niveau de la répression et des sanctions », ce qui tend à opérer une véritable « convergence des procédures nationales européennes »[2403]. Si, pour certains auteurs, « l'harmonisation procédurale »[2404] ou la « convergence des procédures nationales»[2405] est souhaitable pour lutter efficacement contre les pratiques anticoncurrentielles », d'autres déplorent, au contraire, le fait que le principe d'effectivité ait « terriblement grignoté les marges laissées aux États membres »[2406]. A. Ciolfi y voit une intrusion de la Cour de justice « dans une compétence normalement réservée aux États membres »[2407]. L'auteur affirme que la disparition de toute autonomie procédurale « reviendrait à ne plus respecter la souveraineté des membres de l'Union ». Aussi estime-t-il qu' « il conviendrait d'avoir une réflexion d'ensemble sur l'harmonisation des procédures internes plutôt que de laisser la CJUE porter un coup d'arrêt définitif au principe d'autonomie procédurale »[2408]. On notera que le juge de l'Union continue à mentionner l'autonomie procédurale, alors même que les avocats généraux sont de plus en plus réticents à invoquer ce principe. C'était notamment le cas de l'arrêt *Eturas UAB* du 21 janvier 2016[2409] dans lequel la Cour a précisé sa jurisprudence sur le niveau de preuve de la participation à des pratiques concertées. A l'instar de L. Idot, on peut douter de la nécessité de se placer sur ce terrain dans la mesure où la Cour va si loin dans les précisions données au juge interne que la part laissée au droit national est nécessairement très réduite. En effet, puisque la preuve de l'adhésion à une pratique concertée et l'établissement de cette dernière sont des questions consubstantielles

---

2401 CJUE, 5 juin 2014, *Kone AG*, aff. C-557/12.

2402 En l'espèce, le juge a affirmé que l'article 101 TFUE s'oppose à une réglementation nationale qui exclut que des entreprises participant à une entente répondent sur le plan civil de dommages résultant de prix qu'une entreprise ne participant pas à l'entente a fixés, en considération des agissements de cette entente, à un niveau plus élevé que celui appliqué en son absence.

2403 CIOLFI A, L'autonomie procédurale, précité.

2404 LASSERRE B.,Dix ans après: quel avenir pour le Réseau européen de concurrence?, Revue Concurrences N° 4-2014, Doctrines pp.74-82.

2405 CHEYNEL B., L'autonomie procédurale des juridictions nationales en train de se réduire comme peau de chagrin?,Revue Lamy de la Concurrence 2007, n°13.

2406 CIOLFI A., L'autonomie procédurale, précité.

2407 *Ibid*.

2408 *Ibid*.

2409 CJUE, 21 janvier 2016, *Eturas UAB,* aff. C-74/14.

à l' article 101 TFUE, « il serait plus logique de considérer que tout relève du droit de l'Union »[2410].

B. La remise en cause de certains postulats de départ

1075. Ces dernières années, la Cour de justice est progressivement revenue sur des postulats, sur lesquels reposaient en grande partie le dogme, ou le mythe, de l'autonomie procédurale. Que l'on pense à l'ébranlement de l'existence des voies de droit nationales suffisantes (1) ou, plus grave encore, l'atteinte portée à l'autorité de la chose jugée (2) force est d'admettre la fragilité d'un raisonnement fondé sur un principe d'autonomie procédurale.

1. L'existence de voies de droit nationales suffisantes

1076. Si le droit de l'Union n'avait pas vocation à créer, devant les juridictions nationales, des voies de droit autres que celles établies par le droit national, la création, par la Cour, de voies de droit (a) ainsi que de standard de protection (b) a montré, dans les années 1990, les limites du postulat de l'autonomie procédurale.

a. La création par la Cour d'une voie de droit européenne

1077. Peu de temps après les arrêts *Rewe* et *Comet* de 1976[2411], la Cour de justice a déclaré, dans un arrêt autre arrêt *Rewe* de 1981 plus connu sous le nom de « Croisières du beurre », que « si le traité a créé un certain nombre d'actions directes qui peuvent être exercées le cas échéant par des personnes privées devant la Cour de justice, il n'a pas entendu créer devant les juridictions nationales, en vue du maintien du droit communautaire, des voies de droit autres que celles établies par le droit national »[2412]. En l'espèce, le litige opposait un opérateur à un État membre, le premier, économiquement lésé par une inobservation du droit communautaire, exigeait du second qu'il impose à des tiers le respect d'obligations résultant du droit de l'Union. La Cour a semblé, dans cet arrêt, confirmer et renforcer la prétendue autonomie procédurale issue de la jurisprudence *Rewe* et *Comet*, en posant la présomption selon laquelle les droits nationaux garantissent les voies de droit permettant d'assurer une protection effective des individus. En partant de ce présupposé, la Cour a ajouté que « le système de protection juridique mis en œuvre par le traité implique que tout type d'action prévu par le droit national doit pouvoir être utilisé pour assurer le respect des règles communautaires d'effet direct dans les mêmes conditions de recevabilité et de procédure que

---

[2410] IDOT L, Autonomie procédurale et appréciation des preuves, Europe n° 3, Mars 2016, comm. 104.

[2411] CJCE 16 décembre 1976, *Rewe,* aff. C- 33/76 et *Comet BV c/ produktschapt voor siegerwassen*, aff. C-45/76.

[2412] CJCE, 7 juillet 1981, *Rewe-Handelsgesellschaft Nord*, aff. C-158/80. Nous soulignons.

s'il s'agissait d'assurer le respect du droit national ». Selon F. Berrod, la technique du renvoi à l'autonomie institutionnelle et procédurale évite à la Cour, et plus encore au législateur européen, « de construire un code de procédure des actions communautaires, à la disposition des juges nationaux »[2413].

1078. Dans cette optique, il revient aux juges internes d'utiliser les règles issues de leur ordre juridique et de les étendre aux situations impliquant le droit de l'Union. Quant à la Cour de justice, son rôle devrait se borner à aménager ou ajuster, via les principes d'équivalence, et surtout d'effectivité, les voies de droit si celles-ci s'avèrent insuffisantes, inadaptées ou défaillantes. Dans ces hypothèses, le *« substrat »* national existe et les modifications apportées par la Cour ne font que « lui imprimer une orientation communautaire »[2414]. Cette approche montre toutefois ses limites car elle part du postulat selon lequel le droit national comporte une voie de droit pré-établie et assure déjà une protection adéquate qu'il suffirait d'étendre aux hypothèses impliquant le droit de l'Union. La présomption de l'arrêt *Croisières du beurre* a donc rapidement montré ses limites.

1079. La première affaire à avoir mis en lumière la faiblesse de la technique du renvoi aux modalités procédurales nationales est l'arrêt *Factortame*[2415] où était en cause une loi anglaise. Dans cette affaire relative aux mesures provisoires ordonnées par le juge de l'urgence, la Cour a élaboré une véritable obligation procédurale en admettant la compétence du juge national à ordonner des mesures provisoires, créant ainsi, sans l'assumer[2416], une voie de droit. Ces mesures provisoires ont permis de garantir l'effectivité de l'arrêt relatif à des droits invoqués sur la base du droit de l'Union. À partir de cet arrêt, la jurisprudence *Croisières du beurre* apparaissait comme « dépassée »[2417]. Selon A. Barav, la formule selon laquelle le traité n'a pas entendu créer de voies de droit autres que celles établies par le droit national doit, en pratique, être considérée comme « périmée »[2418]. O. Dubos notait, à l'époque, que la formule n'était d'ailleurs pas reprise par la Cour, à la différence de ses Avocats généraux qui continuaient à faire appel à cette jurisprudence dans leurs conclusions[2419]. Le même auteur

---

[2413] BERROD F., La systématique des voies de droit, précité, p. 810.

[2414] *Ibid*.

[2415] CJCE, 19 juin 1990, *Factortame*, C-213/89.

[2416] La Cour se montre prudente puisqu'elle ne se prononce pas directement sur l'investiture du juge en lui reconnaissant la possibilité de créer de nouvelles voies de droit mais exige qu'il écarte la règle nationale. La nuance est certes faible.

[2417] DUBOS O., Les juridictions nationales, précité, p. 327.

[2418] BARAV A., Omnipotent Courts, in Institutional Dynamics of European Integration, Essays in Honor of H. G SCHERMERS, ed. CURTIN and HEUKELS, vol.II, 1994, p.269.

[2419] DUBOS O., Les juridictions…p. 327. Depuis, la Cour de justice l'a repris dans l'arrêt *Unibet du 13 mars 2007, aff.C-432/05*.

considère que la jurisprudence de la Cour constitue désormais une source essentielle du droit processuel européen[2420]. L'arrêt *Factortame* peut être considéré comme créant un « standard communautaire de recours » puisque la Cour de justice est à l'origine de la création d'une nouvelle voie de doit permettant la protection provisoire du justiciable.

b. La création par la Cour d'un standard de protection communautaire

1080. Un an après l'arrêt *Factortame*, l'affaire *Francovich*[2421], relative à la responsabilité de l'État pour des dommages causés aux particuliers par des violations du droit de l'Union, a confirmé l'abandon de la jurisprudence *Croisières du beurre*. Dans cet arrêt de 1991, la Cour a rompu avec le principe selon lequel le droit de l'Union n'entendait pas créer de nouvelles voies de droit en plaçant la protection juridictionnelle des individus au centre de son raisonnement. Cette jurisprudence s'inscrit dans l'évolution de l'attitude de la Cour, de moins en moins réticente à s'immiscer dans le déroulement des procédures nationales. En effet, au cours des années 1980, la Cour avait eu l'occasion d'indiquer aux juges nationaux le régime de protection des particuliers en affinant sa jurisprudence relative à la primauté, l'applicabilité directe, l'invocabilité d'interprétation conforme et, bien sûr, le droit au juge. Cela a permis de préciser le type de réparation auquel ont droit les justiciables lésés par une violation du droit de l'Union. L'arrêt *Francovich* constitue une étape décisive car il consacre véritablement le principe de responsabilité. En l'espèce, la Cour a déclaré que « la possibilité de réparation à charge de l'État membre est particulièrement indispensable lorsque (…) le plein effet des normes communautaires est subordonné à la condition d'une action de la part de l'État et que, par conséquent, les particuliers ne peuvent pas, à défaut d'une telle action, faire valoir devant les juridictions nationales les droits qui leur sont reconnus par le droit communautaire. Il en résulte que le principe de la responsabilité de l'État pour des dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire qui lui sont imputables est inhérent au système du traité »[2422]. La jurisprudence ultérieure a confirmé le principe de responsabilité pour les violations imputables au législateur[2423] et même aux juridictions[2424].

1081. Si dans les années 1970/1980, l'encadrement consistait surtout à exiger du juge national qu'il tire toutes les conséquences des principes de primauté et d'effet direct pour assurer la réparation des dommages nés de la violation du droit communautaire, la Cour a posé, au fil du temps, des exigences toujours plus grandes : une première étape a consisté à

[2420] *Ibid*.

[2421] CJCE 19 novembre 1991, *Francovich,* aff. jtes C-6/90 et C-9/90.

[2422] *Ibid*., pts 34 et 35.

[2423] CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur* et *Factortame*, aff. jtes C-46/93 et C-48/93, Rec., p. I-1029.

[2424] CJCE 23 sept. 2003, *Köbler,* C-224/01.

imposer les principes d'équivalence et d'effectivité, en matière de répétition de l'indu, pour obliger les États à restituer les montants indûment perçus, tout en laissant aux juges la possibilité d'appliquer les règles de procédure nationales. L'étape suivante a vu, avec la jurisprudence *Francovich,* la consécration du principe de responsabilité de l'État pour violations du droit de l'Union. Ainsi, au nom de la protection juridictionnelle effective, la Cour a exigé des Etats qu'ils garantissent un droit au juge[2425], un droit à un égal accès au juge[2426] et un droit à une protection provisoire[2427]. L'arrêt *Francovich* constitue « l'expression la plus achevée de l'existence du principe de responsabilité » puisque la Cour a décidé « d'opérer une harmonisation minimale des principes nationaux en la matière »[2428]. En effet, du fait de la diversité des régimes de responsabilité, « un simple renvoi à l'autonomie procédurale, même encadrée, ne pouvait suffire » : c'est pourquoi, la Cour a créé un véritable « standard de protection»[2429]. Là encore, on assiste à un affaiblissement de la doctrine de l'autonomie procédurale. La remise en cause de la prétendue autonomie procédurale est permise par la protection juridictionnelle effective des justiciables.

1082. La Cour dépasse ici la technique de l'encadrement pour arriver à un effacement de l'autonomie, au nom de l'effectivité des droits[2430]. Selon elle, « la pleine efficacité des normes communautaires serait mise en cause et la protection des droits qu'elles reconnaissent serait affaiblie si les particuliers n'avaient pas la possibilité d'obtenir réparation lorsque leurs droits sont lésés par une violation du droit communautaire »[2431]. Selon certains auteurs, l'approche maximale du principe d'effectivité a conduit à la « mort » de l'autonomie procédurale[2432] et à une « primauté procédurale » du droit de l'Union[2433]. Nous préférons voir, en ce qui nous concerne, la confirmation de la faiblesse de la théorie de l'autonomie procédurale et la pertinence de la thèse de l'inexistence de ladite autonomie. Il s'agit là d'une manifestation de la subsidiarité-efficacité, dans son aspect ascendant, dès lors que le droit procédural interne se

---

2425 CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. 222/84, *Rec.,* 1986, p. 1651, pt 17. CJCE, 13 mars 2007, *Unibet*, aff. C-432/05.

2426 CJCE, 1er juillet 1993, *Hubbard,* aff. C-20/92, pts 9.

2427 CJCE, 19 juin 1990, *Factortame,* aff. 213/89, et CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrick*, aff. jtes C-143/88 et C-92/89.

2428 BERROD F., La systématique des voies de droit, précité, p. 888.

2429 *Ibid*.

2430 DUBOS O., Les juridictions nationales, juge communautaire, précité, p. 285.

2431 Arrêt précité, pt 33.

2432. BARAV A., « Omnipotent courts », in D. CURTIN et T. HEUKLENS (eds), Institutional Dynamics of European Integration, Dordrecht, M. Nijhoff, 1994, p. 269.

2433 DELICOSTOPOULOS S., *Towards European Procedural Primacy in National Legal Systems »*, ELJ, vol. 9, n°5, déc. 2003, pp. 599-613.

révèle, aux yeux du juge de l'Union, défaillant ou insatisfaisant au regard de l'objectif d'efficacité de l'exécution du droit de l'union.

1083. Comme le souligne F. Berrod, un apport aussi substantiel, de la part de la Cour, est concevable quand il existe une lacune dans le système juridictionnel national[2434]. En revanche, il est plus contestable quand le juge de l'Union estime que la protection assumée par le juge national n'est pas « adéquate ». En effet, la nécessité d'un jugement de valeur pour arriver à cette conclusion conduit la Cour à s'immiscer dans le système national des recours[2435]. Aussi cette technique aboutit-elle à une harmonisation minimale des procédures de manière à assurer le plein effet du principe d'effectivité. Se pose dès lors la question de la légitimité suffisante de la Cour de justice. En effet, l'harmonisation prétorienne en matière de droit processuel ne peut être effective que si elle est légitime. Si l'intervention du juge européen correspond souvent à un « véritable besoin du juge national », le premier ne peut systématiquement imposer sa volonté au second « en créant, parfois de toutes pièce, un régime de responsabilité spécifique à la violation du droit communautaire »[2436]. En effet, la Cour de justice ne saurait s'approprier, en toute circonstance, la compétence du juge interne dès lors que ce dernier le sollicite dans le cadre d'une procédure préjudicielle. Certains auteurs remarquent que l'activisme de la Cour de justice est moindre depuis qu'elle « a tiré l'enseignement selon lequel le principe d'effectivité ne peut pas agir seul, mais en compagnie des autres principes, comme la subsidiarité et la proportionnalité, pour arbitrer le partage des compétences entre l'UE et les États membres »[2437].

1084. Il nous semble, au contraire, que la dynamique de subsidiarité justifie l'interventionnisme croissant de la Cour de justice. En effet, les principes d'effectivité et de protection juridictionnelle effective peuvent conduire cette dernière à se ré-approprier l'office même du juge interne. La subsidiarité ascendante est alors justifiée par le haut degré d'intégration car le contrôle des modalités de l'exécution du droit de l'Union porte alors sur des règles issues du droit dérivé et non du droit primaire. Dans l'arrêt *Impact,* la Cour ne s'est pas bornée à fournir, sur la base du principe d'effectivité, des indications au juge national mais a exigé, en se fondant sur ce principe, qu'une juridiction spécialisée se déclare compétente pour connaître des prétentions fondées sur certaines directives[2438]. En l'espèce, la

---

[2434] Pour une affaire récente : CJUE, 14 mai 2020, *FMS e.a. contre Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság,* aff. C-924/19, ECLI:EU:C:2020:367.

[2435] BERROD F., La systématie, précité, p. 796.

[2436] *Ibid*. p. 900.

[2437] PELIN RADUCU I., Dialogue déférent, précité, p. 183.

[2438] CJCE 15 avril 2008, *Impact*, aff. C-268/06.

Cour de justice a tout particulièrement lié l'exigence d'effectivité à la protection juridictionnelle, estimant que la première exprimait l'obligation d'assurer la protection des droits des justiciables. Un non-respect desdites exigences est, aux yeux du juge, « tout autant qu'un manquement à celles-ci sur le plan de la définition des modalités procédurales, de nature à porter atteinte au principe de protection juridictionnelle effective »[2439]. Plus grave encore, dans l'affaire *Fallimento,* la Cour de justice s'est opposée, toujours sur la base du principe d'effectivité, à ce que l'autorité de la chose jugée fasse obstacle à l'application des règles relatives à la TVA[2440].

2. L'atteinte à l'autorité de la chose jugée

1085. Pendant longtemps, la Cour de justice s'est gardée de porter atteinte aux modalités procédurales les plus sensibles. À ce titre, le principe de l'autorité de la chose jugée dont le respect s'impose à tout ordre juridique a pu sembler à l'abri de la jurisprudence, pourtant tentaculaire, de la Cour. Principe fondamental permettant d'assurer la sécurité juridique autant que la bonne administration de la justice, l'autorité de la chose jugée peut toutefois venir ébranler la primauté du droit de l'Union dès lors que son application conduit à interdire de revenir sur la décision d'une juridiction nationale violant le droit de l'Union. Si, dans un premier temps, la Cour a jugé que le principe de coopération loyale n'imposait pas à une juridiction nationale d'écarter les règles de procédures internes afin de réexaminer une décision judiciaire passée en force de chose jugée (a), cette jurisprudence a très vite subi des infléchissements de la part d'une application plus rigoureuse du principe d'effectivité (b).

a. Une jurisprudence a priori respectueuse de l'autorité de la chose jugée

1086. Dans un premier temps, la Cour de justice a semblé exclure de remettre en cause la conception qu'ont les États membres du principe fondamental de l'autorité de la chose jugée. Ainsi, dans l'affaire *Kapferer*, le juge de l'Union a clairement fait savoir que « le principe de coopération découlant de l'article 10 CE n'impose pas à une juridiction nationale d'écarter des règles de procédure internes afin de réexaminer une décision judiciaire passée en force de chose jugée et de l'annuler, lorsqu'il apparaît qu'elle est contraire au droit communautaire »[2441]. La Cour a même rappelé « l'importance que revêt, tant dans l'ordre juridique communautaire que dans les ordres juridiques nationaux, le principe de l'autorité de la chose jugée. En effet, en vue de garantir aussi bien la stabilité du droit et des relations juridiques qu'une bonne administration de la justice, il importe que des décisions

---

[2439] *Ibid.,* pt 48 de l'arrêt précité.

[2440] CJCE 3 septembre 2009, *Fallimento Olimpiclub,* aff. C-2/08.

[2441] CJCE, 16 mars 2006, *Kapferer*, aff. C-234/04, Rec., pp. I-2585, pt 24

juridictionnelles devenues définitives après épuisement des voies de recours disponibles ou après expiration des délais prévus pour ces recours ne puissent plus être remises en cause ». Partant, le droit de l'Union n'imposait pas au juge interne « d'écarter l'application des règles de procédure internes conférant l'autorité de la chose jugée à une décision, même si cela permettrait de remédier à une violation du droit communautaire par la décision en cause[2442].

1087. Les auteurs ont pu voir dans cette jurisprudence conciliante, qui se situait dans la continuité directe de l'arrêt *Kühne*[2443] du 13 juin 2004, une volonté de la Cour de justice de préserver l'autonomie procédurale des États membres et de garantir la stabilité du droit ainsi qu'une bonne administration de la justice[2444]. Qu'il s'agisse de l'arrêt *Kapferer* ou de l'arrêt *Kühne*, les questions préjudicielles posées à la Cour visaient implicitement les rapports entre le principe de primauté du droit de l'Union et certaines réglementations nationales. À cet égard, le principe d'effectivité permet à la Cour de justice de contourner, en quelque sorte, l'impasse à laquelle mène l'exigence (trop) forte de la primauté. En effet, comme le relève A. Bouveresse, la Cour dispose d'un fondement approprié dans l'article 4.3, TUE qui consacre l'obligation de coopération loyale. L'effectivité peut s'appuyer sur ce principe pour assurer son autorité puisque l'obligation de coopération loyale et l'effectivité partagent le même objectif : guider l'action étatique susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union. Le cadre ainsi fixé permet aux États membres « de disposer d'un pouvoir d'appréciation plus important, voire de préserver leur compétence, que l'application pure et simple du principe de primauté pourrait remettre en cause sans que l'effectivité du droit de l'Union ne la commande nécessairement »[2445]. Dans l'arrêt *Kühne,* la Cour de justice a jugé que l'obligation de coopération implique l'obligation de retirer l'acte national contraire, si et seulement si, une telle possibilité de retrait est prévue dans le droit procédural national. La Cour préserve ainsi la compétence procédurale, en l'absence de prescription de l'Union en la matière, contrairement à son avocat général dont le raisonnement, fondé sur le principe de primauté, aurait conduit « à imposer une obligation générale de retrait, en marge des volontés étatiques, sans qu'une telle obligation ne soit, par ailleurs, indispensable à l'effectivité du droit de l'Union ».

1088. Si le principe d'effectivité a permis, dans un premier temps, de relativiser la primauté et de préserver, ce faisant, l'autonomie procédurale — fût-ce en apparence — le même

---

2442 *Ibid*., pt 20-21.

2443 CJCE, 13 janvier 2004, *Kühne et Heitz, aff*. C-453/00, Rec., pp. I-837, pt 20.

2444 COURONNE V., L'autonomie procédurale, précité, p. 293.

2445 BOUVERESSE A., L'effectivité comme argument d'autorité de la norme, in L'effectivité du droit de l'Union européenne, précité, p. 84-85.

principe a conduit, dans la jurisprudence ultérieure, à infléchir la position bienveillante de la Cour de justice. Dès lors, les atteintes à l'autorité de la chose jugée se sont multipliées.

b. Des atteintes croissantes

1089. À peine un an après l'arrêt *Kapferer*, dans lequel elle soulignait l'importance du respect du principe de l'autorité de la chose jugée, la Cour de justice est venue infléchir de façon significative sa jurisprudence.

1090. L'arrêt *Lucchini* du 18 juillet 2007, rendu dans le domaine des aides d'États, lui a donné l'occasion d'affirmer que « le droit communautaire s'oppose à l'application d'une disposition du droit national visant à consacrer le principe de l'autorité de la chose jugée telle que l'article 2909 du code civil italien (codice civile), en tant que son application fait obstacle à la récupération d'une aide d'État octroyée en violation du droit communautaire, et dont l'incompatibilité avec le marché commun a été constatée par une décision de la Commission des Communautés européennes devenue définitive »[2446]. En l'espèce, la Cour avait souligné que l'appréciation de la compatibilité d'un régime d'aides avec le marché commun « relève de la compétence exclusive de la Commission », agissant sous son contrôle. Il est intéressant de relever que le juge de l'Union a mentionné, en l'espèce, les arrêts *Simmenthal* et *Factortame* pour appuyer l'affirmation selon laquelle « il ressort d'une jurisprudence constante que la juridiction nationale chargée d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les normes du droit communautaire a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale »[2447].

1091. Si l'on raisonne en termes de compétences, il faut en conclure que dès lors qu'un domaine de compétences exclusives de l'Union peut être identifié, à l'instar de la « compétence exclusive de la Commission », l'autorité de la chose jugée sera écartée d'un revers de main par le juge de l'Union. En outre, eu égard à « l'intensification normative qui caractérise le champ des compétences partagée », cette jurisprudence pourrait parfaitement être transposée aux domaines de compétences partagées préemptés par l'Union[2448]. C'est dans cette perspective que semble s'inscrire la jurisprudence postérieure, comme l'atteste l'arrêt *Fallimento Olimpiclub*[2449], citée plus haut, ou, plus récemment, l'arrêt *Impresa Pizzarotti*,

---

[2446] CJCE, 18 juillet 2007, *Lucchini*, aff. C-119/05.

[2447] Voir arrêts du 9 mars 1978, Simmenthal, 106/77, Rec. p. 629, pts 21 à 24; du 8 mars 1979, Factortame e.a., C−213/89, Rec. p. I−2433, pts 19 à 21.

[2448] COURONNE V., L'autonomie procédurale, p. 482.

[2449] CJCE 3 septembre 2009, *Fallimento Olimpiclub,* aff. C-2/08.

rendu dans le domaine des marchés publics, par lequel le juge italien a été incité à revenir sur l'autorité de la chose jugée de l'une de ses décisions[2450].

1092. Plus récemment encore, dans un arrêt du 16 juillet 2020[2451], la Cour de justice a été amenée à se prononcer sur la question de savoir si le principe de primauté permettait de déroger à l'autorité de la chose jugée dont est investie une décision de justice définitive par laquelle il a été établi que, conformément à l'application et à l'interprétation du droit national relatif à la TVA, un avocat n'exerce pas d'activité économique. Le juge roumain cherchait à savoir si le droit de l'Union s'opposait à ce que, dans le cadre d'un litige relatif à la TVA, une juridiction applique le principe de l'autorité de la chose jugée, lorsque l'application de ce principe faisait obstacle à la prise en compte de la réglementation de l'Union en matière de TVA. Pour répondre à cette question, la Cour de justice a distingué deux hypothèses. Dans l'hypothèse où le juge disposerait, en vertu du droit procédural interne, de la possibilité de rejeter le recours, il lui incomberait d'assurer le plein effet du droit de l'Union, en laissant inappliquée, de sa propre autorité, l'interprétation antérieurement retenue, dès lors que cette interprétation n'est pas compatible avec le droit de l'Union (hypothèse *Simmenthal*). Dans l'hypothèse contraire où le juge considérerait que le principe de l'autorité de la chose jugée fait obstacle à la remise en cause de la décision comportant une violation du droit de l'Union, cette application ne saurait empêcher le juge de « remettre en cause toute constatation portant sur un point commun tranché par une telle décision, lors du contrôle juridictionnel d'une autre décision de l'autorité fiscale compétente concernant le même contribuable ou assujetti, mais portant sur un exercice fiscal distinct »[2452]. En effet, cette application du principe de l'autorité de la chose jugée aurait pour conséquence que, dans l'hypothèse où la décision est fondée sur une interprétation erronée du droit de l'Union en matière de TVA, « l'application incorrecte de cette réglementation se reproduirait pour chaque nouvel exercice fiscal, sans qu'il soit possible de corriger cette interprétation erronée »[2453]. C'est pourquoi, la Cour a jugé que « des obstacles d'une telle envergure à l'application effective des règles du droit de l'Union en matière de TVA ne peuvent être raisonnablement justifiés par le principe de sécurité juridique et doivent donc être considérés comme étant contraires au principe d'effectivité. Aussi le droit de l'Union s'opposait-il à ce que le juge national respecte le principe de l'autorité de la chose jugée.

[2450] CJUE, 10 juillet 2014, *Impresa Pizzarotti & C. SpA contre Comune di Bari e.a,* aff. C-213/13.
[2451] CJUE, 16 juillet 2020, *Cabinet de Avocat UR*, aff. C-424/19.
[2452] *Ibid*., pt 31 de l'arrêt précité.
[2453] *Ibid*., pt 32 de l'arrêt précité.

1093. Dans ces affaires, l'application du principe d'effectivité conduit à remettre en cause le principe de l'autorité de la chose jugée pour des raisons évidentes : la sauvegarde de l'application effective du droit de l'Union. La Cour se montre ici très pragmatique puisqu'elle cherche à éviter une répétition indéfinie de la violation du droit de l'Union.

Paragraphe 2. La préemption par la Cour de l'exercice de la compétence procédurale

1094. En partant du principe de subsidiarité (juridictionnelle), et non du principe d'autonomie (procédurale), il est plus aisé de saisir le développement de la jurisprudence et les ingérences « croissantes » de la Cour dans le droit procédural interne. Contrairement au caractère figé de la notion d'autonomie qui tend à paralyser le développement des compétences procédurales de l'Union, la dynamique inhérente à la subsidiarité favorise, tout en la justifiant, une préemption sur les compétences procédurales étatiques et donc une certaine centralisation. La préemption est, faut-il le rappeler, le phénomène par lequel les États membres sont peu à peu dépouillés de leurs compétences normatives en raison de l'exercice, par l'Union, de ses compétences partagées. Sous l'angle du principe de subsidiarité, ce point n'est pas sans importance car la préemption a pour conséquence de faire d'une compétence concurrente une compétence exclusive de l'Union dans la mesure où celle-ci l'a « exercée dans son intégralité »[2454]. En effet, ce qui caractérise les compétences partagées ou concurrentes est le fait de permettre aux États membres de réglementer un domaine aussi longtemps que l'Union n'est pas intervenue. V. Couronne assure, à cet égard, que la Cour de justice opère une « préemption graduée » de la compétence procédurale, grâce à la « technique du débordement », pour atteindre des domaines qui pouvaient être auparavant hors de sa portée[2455].

1095. Le « *spill over effect* »[2456] ou la technique de préemption par débordement permettrait ainsi à la Cour d'opérer une « transmutation de procédures », comme elle a pu le faire dans l'octroi de mesures provisoires, l'obligation de réparer une violation du droit de l'Union ou encore la prise en compte du risque d'enrichissement sans cause pour rejeter la répétition

---

[2454] BRIBOSIA H., « Subsidiarité et répartition des compétences entre la Communauté », précité, p. 174.

[2455] COURONNE V., La compétence procédurale, précité, p. 516.

[2456] La notion de spillover, développée par les auteurs néofonctionnalistes, désigne un mécanisme inhérent au processus d'intégration par lequel s'opère une dynamique ascendante mais graduelle conduisant à une extension de plus en plus poussée de l'intégration. Le spillover permettrait la progression de l'union économique à l'union politique. Voir en ce sens :Haas E), «International integration: the European and the universal process», International Organization 15 (3), Summer 1961, pp. 566-392.

d'une taxe indue[2457]. Cette analyse semble pertinente dans la mesure où elle s'inscrit dans notre constat selon lequel la Cour active de façon progressive *via* le principe d'effectivité, la dimension ascendante de la subsidiarité juridictionnelle. En outre, cette lecture confirme la persistance de la matrice fonctionnelle ou fonctionnaliste de laquelle est issu le concept de « *spill over* » mais également le principe de subsidiarité, qu'il s'agisse de la subsidiarité substantielle ou juridictionnelle. À l'instar du *spill-over,* la subsidiarité s'oriente et s'inscrit dans une dynamique ascendante car elle est conçue comme un instrument d'intégration. Cette dynamique ascendante opère de façon progressive et dépend d'un certain nombres d'éléments. L'étendue de la préemption est fonction de facteurs divers tels que le domaine en question, la nature de la compétence y relative, le degré d'harmonisation, les enjeux au regard des objectifs des traités ou encore la question des rapports entre les juges.

1096. Ainsi, la préemption de l'exercice d'une compétence procédurale s'opère-t-elle par la technique du débordement, le juge de l'Union appliquant le mécanisme du *spillover* à sa jurisprudence en matière procédurale. Il ressort de l'analyse que les procédures ayant fait l'objet d'une préemption de la part de la Cour de justice se justifient par la sauvegarde de l'uniformité d'application du droit de l'Union. Dans cette perspective, tant l'octroi des mesures provisoires (A) que le droit à la réparation sont des notions autonomes en droit de l'Union (B) qui tendent à favoriser une préemption par débordement de la compétence procédurale.

A. L'octroi de mesures provisoires

1097. La technique de la préemption par débordement, en ce qui concerne l'exercice des compétences procédurales, permet à la Cour de justice de s'appuyer sur un domaine dans lequel une harmonisation, sur le plan procédural, a déjà eu lieu afin d'en transposer la logique à un domaine voisin. C'est en se fondant sur un parallélisme des procédures que la Cour a pu harmoniser certains domaines à la faveur d'une jurisprudence rigoureuse, aussi exigeante que cohérente. Ainsi en fut-il, par exemple, de l'octroi de mesures provisoires en présence d'un acte national susceptible de violer le droit de l'Union, ce domaine ayant « contaminé » la jurisprudence relative à l'octroi de mesures provisoires en présence d'un acte de l'Union soupçonné d'être entaché d'une irrégularité.

1098. La question des mesures provisoires revêt une importance considérable au regard de la protection juridictionnelle effective des justiciables. En effet, ce principe serait privé d'effectivité en l'absence de modalités procédurales permettant à ces derniers de demander

---

[2457] *Ibid.*

au juge des mesures provisoires en cas de doute quant à la régularité d'un acte de droit interne ou de droit européen. Dans son arrêt *Unibet*, la Cour de justice distingue deux hypothèses : le premier cas est celui d'une disposition nationale prise en application d'une réglementation de l'Union dont la légalité est contestée ; le second cas concerne la question d'une disposition nationale dont la conformité avec le droit de l'Union est contestée[2458]. Sous l'angle de la subsidiarité se pose dès lors la question de la détermination du juge, national ou européen, compétent pour prendre les mesures provisoires. Nous avons déjà vu que le contrôle des actes nationaux revient, en principe, au juge national et le contrôle des actes de l'Union, au juge de l'Union. Au regard toutefois de l'intrication des compétences, la question se complique car il peut arriver qu'un acte de l'Union soit contesté devant le juge national ou qu'une mesure nationale, contestée devant ce même juge, se borne à transposer une directive de l'Union. L'analyse de la jurisprudence révèle que les exigences pesant sur le juge interne varient en fonction des cas de figure.

1099. Ainsi, dans l'hypothèse où un acte étatique est susceptible de violer le droit de l'Union, et sans préjuger de la décision finale, le juge national devra prononcer des mesures provisoires. Dans la seconde hypothèse où c'est un acte européen qui est soupçonné de violer le droit de l'Union, le juge national devra également prononcer des mesures provisoires mais selon des modalités précises car la décision définitive relève de la seule compétence de la Cour[2459]. Dans les deux cas, le juge national doit pouvoir accorder des mesures provisoires mais selon des modalités variables en fonction de l'acte dont la validité est contesté ainsi que de la répartition des compétences juridictionnelles.

1100. Dans la première hypothèse, dans le cadre de la jurisprudence *Factortame*[2460], la Cour a jugé que l'application efficace du droit de l'Union exige, sous l'égide de la protection effective du justiciable, que le juge national, saisi d'un litige tombant dans le champ d'application du droit de l'Union, puisse prononcer des mesures provisoires nécessaires pour assurer le plein effet de la décision définitive. L'arrêt *Factortame* a, par conséquent, exigé du juge interne de laisser inappliquée la disposition qui l'empêchait de prononcer des mesures provisoires[2461]. Cette jurisprudence constitue un aspect fondamental du droit administratif européen tant ses effets sont venus perturber les systèmes nationaux traditionnellement

---

[2458] CJUE, 3 mars 2007, *Unibet*, aff. C-432/05, EU:C:2007:163.

[2459] COURONNE V., La compétence procédurale, p. 492.

[2460] CJCE, 19 juin 1990, *Factortame,* aff. C-213/89, Rec., p. 2433.

[2461] *Ibid*. La Cour a dit pour droit que le droit de l'Union doit être interprété en ce sens que la juridiction nationale qui, saisie d'un litige concernant ce droit, estime que le seul obstacle qui s'oppose à ce qu'elle ordonne des mesures provisoires est une règle du droit national doit écarter l'application de cette règle. (pt 23)

réticents à voir s'immiscer le juge dans les affaires de l'administration. Que l'on pense au *Sovereignty of Parliament* (présomption de validité de la loi) et aux effets de la jurisprudence *Factortame* sur le droit administratif britannique : alors que la solution de cet arrêt ne s'imposait que dans le champ d'application du droit de l'Union, elle a été, par une sorte de *spill over,* généralisée par le juge interne. En effet, peu de temps après s'être reconnu un pouvoir d'injonction à l'égard de la Couronne pour assurer la mise en œuvre du droit de l'Union, la Chambre des Lords a admis qu'elle possédait ce pouvoir de manière générale[2462]. En ce qui concerne le niveau européen, l'arrêt *Factortame* a été confirmée par la jurisprudence postérieure et sa solution, étendue à des domaines divers tels que le droit des douanes, le droit de l'environnement ou encore les libertés fondamentales du marché intérieur. Quant aux modalités précises desdites mesures provisoires, la Cour estime que leur octroi « est régi par les critères fixés par le droit national » pour autant que ces critères respectent les traditionnels principes d'équivalence et d'effectivité[2463].

1101. Pour ce qui est de la seconde hypothèse, à savoir les actes étatiques pris en application d'un acte législatif de l'Union potentiellement entaché d'irrégularité, il convient de se référer à la jurisprudence *Zuckerfabrik*[2464]. La solution de cet arrêt, rendu quelques mois seulement après l'arrêt *Factortame*, constitue la suite logique de la solution *Factortame*. En l'espèce, était en cause la faiblesse du système de protection provisoire des justiciables, conséquence de la jurisprudence Foto-Frost qui prive les juges nationaux de la possibilité de se prononcer sur la légalité des actes des institutions. La Cour a néanmoins estimé que la cohérence du système de protection provisoire exigeait que « le juge national puisse également ordonner le sursis à l'exécution d'un acte administratif national fondé sur un règlement communautaire dont la légalité est contestée »[2465]. Elle a également mentionné l'arrêt *Factortame* « rendu à l'occasion d'une affaire où était en cause la compatibilité d'une loi nationale avec le droit communautaire », dans lequel la Cour a estimé, « en se référant à l'effet utile de l'article 177, que la juridiction nationale, qui l'avait saisie de questions préjudicielles en interprétation en vue d'être en mesure de trancher ce problème de compatibilité, devait avoir la possibilité d'ordonner des mesures provisoires et de suspendre l'application de la loi nationale critiquée, jusqu'à ce qu'elle rende son jugement en considération de l'interprétation donnée au titre de l'article 177 »[2466]. Or, « la protection

---

[2462] AUBY J.-B., et DUTHEIL DE LA ROCHERE, Introduction in Traité de droit administratif européen, précité, p. 31.

[2463] CJCE,13 mars 2007, *Unibet*, aff. C-432/05, EU:C:2007:163, pt 83.

[2464] CJCE, 21 février, 1991, *Zuckerfabrik*, aff. jointes, C-143/88 et C-92/89.

[2465] *Ibid*., pt 18.

[2466] *Ibid*., pt 19.

provisoire qui est assurée aux justiciables devant les juridictions nationales par le droit communautaire ne saurait varier, selon qu'ils contestent la compatibilité de dispositions de droit national avec le droit communautaire ou la validité d'actes communautaires de droit dérivé, dès lors que, dans les deux cas, la contestation est fondée sur le droit communautaire lui-même »[2467].

1102. Quant aux modalités de ces mesures provisoires, force est de constater que la Cour de justice encadre, bien plus strictement que dans la première hypothèse, les conditions dans lesquelles lesdites mesures doivent être accordées[2468]. Certains auteurs ont parlé d'une véritable « communautarisation » des règles voire d'une « annexion »[2469]. Il n'est d'ailleurs pas anodin que les principes d'effectivité et de protection juridictionnelle effective ne s'appliquent pas avec la même force, ni la même rigueur, lorsqu'est en cause la régularité d'un acte de l'Union, d'une part, et lorsque sont visées, par la Cour, les faiblesses de la protection des justiciables dans l'ordre juridique interne, d'autre part. Là encore, une certaine forme d'instrumentalisation n'est pas à exclure. Néanmoins cette différence de traitement est justifiée par la répartition des compétences juridictionnelles et le principe de subsidiarité puisque seule la Cour de justice est compétente pour se prononcer sur la légalité d'un acte adopté par les institutions, ce qui se répercute au niveau des mesures provisoire et du sursis à exécution. Pour V. Couronne, cette différence de traitement n'est toutefois pas une fatalité car des appels à convergence fleurissent de sorte que la solution *Zuckerfabrik* pourrait parfaitement être étendue aux hypothèses *Factortame*[2470]. En effet, en l'absence de critères communs régissant l'octroi des mesures provisoires, les juges nationaux ne semblent pas en mesure d'offrir aux justiciables une application uniforme du droit de l'Union.

1103. De la même façon que « la définition des mesures provisoires en présence d'un acte du droit de l'Union susceptible d'être irrégulier a partiellement contaminé celle des mesures provisoires en présence d'un acte de droit interne susceptible d'être contraire au droit de l'Union », la jurisprudence relative à la réparation de la violation du droit de l'Union peut être rattachée à la technique de la préemption par débordement à laquelle la Cour procède.

[2467] *Ibid*., pt 20.

[2468] « A cet égard, il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour que des mesures de sursis à l'exécution d'un acte attaqué ne peuvent être prises que si elles sont urgentes, autrement dit s'il est nécessaire qu'elles soient édictées et portent leurs effets dès avant la décision sur le fond, pour éviter que la partie qui les sollicite subisse un préjudice grave et irréparable ». (pt 28)

[2469] SINANIOTIS D., *The Interim Protection of individuals before the European and national Courts;* CAVALLINI J., Le juge national du provisoire face au droit communautaire, cité par V. Couronne, in La compétence procédurale, p. 496.

[2470] COURONNE V., La compétence procédurale, précité, p. 497.

B. Le droit à réparation en cas de violation du droit de l'Union par un État membre

1104. Le mécanisme de réparation découle directement de l'engagement de la responsabilité de l'État membre pour violation du droit de l'Union et s'inscrit dans la subsidiarité juridictionnelle[2471]. Si le droit à la réparation est directement fondé sur le droit de l'Union c'est parce qu'il permet d'assurer une application uniforme de ce droit sur l'ensemble du territoire des État membres. En effet, depuis l'arrêt *Factortame* du 19 juin 1990, il est acquis que la Cour de justice peut directement investir les juridictions nationales des compétences nécessaires aux fins d'assurer une protection juridique effective du droit de l'Union et ce, même si des compétences analogues n'existent pas au niveau du droit national[2472]. Quant à l'arrêt *Zuckerfabrik*, ses enseignements sont tout aussi intéressants puisqu'il résulte de cette jurisprudence que le droit de l'Union peut désormais prescrire les conditions d'exercice des compétences dont il investit les juridictions nationales. Ainsi que le soulignait fort justement l'Avocat général dans ses conclusions relatives à l'affaire *Francovich*[2473], la Cour de justice s'est interrogée, dans l'affaire Zuckerfabrik, sur les conditions dans lesquelles les juridictions nationales pouvaient assurer une protection provisoire. Constatant que les droits nationaux présentaient des divergences quant aux conditions d'octroi du sursis à exécution, elle a relevé que lesdites divergences étaient « susceptibles de compromettre l'application uniforme du droit communautaire »[2474]. Or, cette application uniforme est une « exigence fondamentale de l'ordre juridique communautaire » de sorte qu'elle implique que le sursis à exécution, tout en relevant des règles de procédure nationales en ce qui concerne l'instruction de la demande, soit soumis à des conditions d'octroi qui soient uniformes[2475]. La Cour a donc déterminé ces conditions uniformes d'octroi des mesures provisoires en prenant pour modèle les règles qui s'appliquent lorsqu'elle est elle même saisie d'une demande de sursis à l'exécution sur la base de l'article 185 CEE[2476].

1105. Pour ce qui concerne des conditions de fond et de forme de l'action en responsabilité, dans ses conclusions présentées le 28 mai 1991, dans l'affaire Francovich, M. J. Mischo

---

[2471] FINES F., « subsidiarité et responsabilité », précité, p. 96.

[2472] SIMON D., et BARAV A., «Le droit communautaire et la suspension provisoire des mesures nationales — Les enjeux de l'affaire Factortame », *Revue du marché commun,*n° 340, octobre 1990, p. 591, 596; CURTIN D.: «Directives: the effectiveness of judicial protection of individual rights », *Common Market Law Review 27,* 1990, p. 709, 735.

[2473] Conclusions présentées par J. Mischo le 28 mai 1991 dans l'affaire *Francovich., aff.-6/90 et 9/90*.

[2474] Pt 25 de l'arrêt *Zuckerfabrik,* précité.

[2475] *Ibid*., pt 26 de l'arrêt Zuckerfabrik.

[2476] Conclusions précitées, § 54.

déclarait que l'octroi des dommages-intérêts par un juge national pour violation du droit de l'Union par un État membre devait être soumis aux mêmes conditions que l'octroi de dommages intérêts par la Cour pour une violation du même droit par une institution européenne[2477]. L'Avocat général s'inspirait directement de la solution adoptée par la Cour dans l'arrêt Zuckerfabrik au vue de l'exigence fondamentale que constitue l'application uniforme du droit de l'Union. Dans cet arrêt, le juge de l'Union avait en effet déterminé de sa propre autorité certaines conditions que les juges nationaux sont tenus de respecter lorsqu'ils accordent le sursis à l'exécution d'un acte national pris en exécution d'un règlement européen en s'inspirant des conditions qui prévalent lorsqu'il est lui-même appelé à octroyer le sursis à l'exécution d'un acte de l'Union.

1106. Dans une logique de subsidiarité ascendante, c'est le droit procédural de l'Union, et non les droits procéduraux internes, qui régit le droit à la réparation car seul le premier permet d'atteindre l'objectif d'une application uniforme des règles pertinentes pour l'ensemble du territoire de l'Union. Il y a bien ici une « communautarisation » de la norme[2478], ou un effet d'européanisation dans la mesure où les États doivent rejeter leurs règles internes.

1107. Les arrêts *Francovich* et *Brasserie du Pêcheur*[2479], à l'origine des modalités procédurales régissant le droit à réparation, posent les conditions suivantes : la règle qui a été violée doit avoir pour objet de conférer des droits aux particuliers, la violation doit être caractérisée et un lien de causalité doit pouvoir être établi entre ladite violation et le dommage qui en résulte. Comme le souligne O. Dubos, en reconnaissant le principe de la responsabilité de l'État pour violation du droit communautaire, dans l'arrêt *Francovich*, la Cour de justice a, une fois encore au nom de l'efficacité du droit de l'Union, imposé une nouvelle voie de droit dans les États membres[2480]. Cette nouvelle voie de droit s'impose tout particulièrement lorsque la violation du droit de l'Union est imputable, dans l'État membre, au pouvoir législatif, comme dans l'arrêt *Brasserie du pêcheur*, ou au pouvoir juridictionnel, comme dans l'arrêt *Köbler* de 2003[2481]. Cette jurisprudence peut, certes, se comprendre comme un effacement de l'autonomie procédurale ou une atteinte de l'Union à celle-ci dans le cadre de l'exercice par les États de leurs compétences d'exécution. Mais nous préférons y voir, à

[2477] Conclusions dans l'affaire *Francovich., précitée, aff.-6/90 et 9/90.*

[2478] FINES F., « subsidiarité et responsabilité », p. 97.

[2479] CJCE, 19 novembre 1991, *Andrea Francovich et Danila Bonifaci e.a. c/ République italienne*, aff. jtes C-6/90 et C-9/90, Rec. p. I-5357 ; CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur c/ République fédérale d'Allemagne et The Queen c/ Secretary of State for Transport ex parte : Factortame Ltd e.a., aff. jtes* C-46/93 et C-48/93, Rec. p. I-1029, pts 54, 55 et 65.

[2480] DUBOS O., Objectif d'efficacité, précité, p. 312.

[2481] CJCE, 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler c/ Republik Österreich,* aff. C-224/01, Rec. p. I-10239.

l'instar de V. Couronne, la dynamique des compétences procédurales[2482] dans la mesure où nous nions, malgré les allégations du juge de l'Union en ce sens, la prise en compte d'une quelconque autonomie nationale. La Cour a ainsi renforcé, de façon constante, son contrôle sur les modalités de la réparation, qu'il s'agisse des délais nationaux de prescription pour exercer un recours en indemnité[2483], du calcul du préjudice indemnisable[2484], ou encore de la forme de la réparation (en nature ou indemnisation)[2485]. Avec le recul du temps, force est de constater que la Cour a peu à peu préempté les modalités procédurales présidant à la réparation de la violation du droit de l'Union par les États membres.

1108. L'on voudrait, pour finir, placer ces derniers développements dans une perspective plus large et faire écho, ce faisant, à l'article de E. Swaine intitulé *Subsidiarity and Self-Interest: Federalism at the European Court of Justice*[2486]. Dans cet article de 2000 ayant pour objet de comparer le fédéralisme constitutionnel des États-Unis et la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union, sous l'angle du principe de subsidiarité, l'auteur postulait que la subsidiarité avait été consacrée dans le traité de Maastricht en raison d'une réaction étatique à l'interprétation extensive, par le juge de l'Union, des pouvoirs de l'Union contre les intérêts des États membres. Pour cet auteur, le principe de subsidiarité s'apparente aux préoccupations américaines concernant la limitation de l'intervention fédérale. Aussi, la question posée par E. Swaine était la suivante : comment justifier, à la lumière du principe de subsidiarité, le maintien du principe de responsabilité de l'État dégagé par la Cour dans l'arrêt *Francovich (*avant l'entrée en vigueur du traité de Maastricht et du principe de subsidiarité) ? Selon lui, si les universitaires avaient longuement abordé la question de la subsidiarité et de la responsabilité de l'État, peu avaient examiné les rapports qu'entretenait le principe de subsidiarité avec la jurisprudence de la Cour, et encore moins l'application de ce principe à l'arrêt *Francovich*. L'auteur soutenait que cet arrêt de 1991 n'était *a priori* pas compatible avec le respect du principe de subsidiarité qui s'impose aussi bien au législateur qu'à la Cour *via* la *judicial subsidiarity*. Vingt ans plus tard, nous pouvons apporter un semblant de réponse à ces interrogations et à ces critiques légitimes même si celle-ci s'avère décevante : dans la mesure où la subsidiarité n'est pas un principe fédéral, mais fonctionnel, la Cour de

---

[2482] COURONNE V., La compétence procédurale, p. 503.

[2483] CJCE, 24 mars 2009, *Danske Slagterier c. Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-445/06, *Rec*. p. I-02119 ; CJCE, 13 juillet 2006, *Manfredi*, aff. jointes C-295–298/04, *Recueil*, 2006, p. I-6619.

[2484] *Brasserie du Pêcheur*, précité, pts 84-85 et *Danske,* précité, pts 60-61.

[2485] *Brasserie du Pêcheu*r, précité, pt 82 ; CJCE, 2 août 1993, *Marshall II*, C-271/91, Rec., I-4367, pt 26 ; CJUE 25 novembre 2010, *Günter Fuß,* C-429/09, pt 95 ; CJCE 10 juillet 1997, *Palmisani*, C-261/95, pt 35.

[2486] SWAINE E. T., '*Subsidiarity and Self-Interest: Federalism at the EuropeanCourt of Justice*', 41 Harvard International Law Journal 1, 8, 2000.

justice utilise ce principe comme un instrument d'intégration, en exploitant sa dynamique dans un sens essentiellement ascendant afin de répondre aux exigences d'efficacité et d'effectivité qui découlent de l'objectif de réalisation du marché. Dans cette optique, l'autonomie nationale, quelle que soit sa forme, est toujours perçue comme une menace pour le bon fonctionnement du marché et, plus généralement, le processus d'intégration. Aussi, au stade de l'exécution du droit de l'Union, la subsidiarité juridictionnelle ascendante permet-elle à la Cour de préempter les compétences procédurales des États membres afin d'assurer l'application uniforme du droit — primaire ou dérivé — de l'Union européenne.

1109. Notre conclusion rejoindra ainsi les propos introductifs relatifs à l'ouvrage *Droit administratif européen* dans lesquels nous décelons un message fort pour l'Union qui se déduit précisément du droit comparé. En effet, l'exemple des États-Unis ne montre-t-il pas que « dans un État fédéral, les droits administratifs des États fédérés peuvent varier fortement, et s'écarter notablement des solutions du droit administratif fédéral » ? Nous pouvons dès lors en déduire, avec J. Dutheil de la Rochère et J.-B. Auby, que « l'Union européenne, qui n'est pas un État fédéral, peut sans doute s'accommoder d'un assez fort niveau de pluralisme juridique au chapitre du droit administratif »[2487].

[2487] AUBY J-B., DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J., « À propos de la notion de droit administratif européen introduction à l'ouvrage droit administratif européen [à paraître] », *Revue française d'administration publique*, vol. 123, no. 3, 2007, pp. 373-385.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

1110. Ce dernier chapitre confirme le constat selon lequel loin d'être un principe décentralisateur, la subsidiarité favorise, tout au contraire, la centralisation dans l'Union dans la mesure où celle-ci s'avère nécessaire à la construction d'un marché fortement intégré. Cette « centralisation » est d'autant plus surprenante au stade de la mise en oeuvre du droit de l'Union qu'elle touche les compétences procédurales d'exécution des États membres, lesquels semblaient traditionnellement bénéficier d'une autonomie institutionnelle et procédurale dans la mesure où l'exécution du droit de l'Union fait, depuis toujours, l'objet d'une très forte décentralisation. Non seulement il n'existe pas, à proprement parler, d'autonomie procédurale mais, en plus, le principe de subsidiarité tend, via le principe d'effectivité et ses déclinaisons, à valoriser les interventions de l'Union, à travers la Cour de justice, dans le domaine des modalités procédurales de mise en oeuvre du droit de l'Union.

1111. Il ressort par ailleurs de l'analyse de la jurisprudence que c'est par la technique de la « préemption par débordement » que la Cour de justice peut imposer aux juridictions nationales des exigences croissantes, comme l'attestent les arrêts relatifs aux mesures provisoires ou encore l'obligation de réparer une violation du droit de l'Union par les États membres. Combiné au principe de subsidiarité juridictionnelle, l'objectif d'efficacité de l'exécution du droit de l'Union justifie ainsi des ingérences accrues de la Cour de justice dans le droit procédural interne à mesure que l'intégration progresse et s'approfondit. En effet, l'harmonisation des législations nationales sur le plan normatif ne saurait se déployer sans une harmonisation corrélative sur le plan procédural tant il est clair que la logique fonctionnelle de l'Union européenne n'a jamais entendu dissocier le droit matériel du droit procédural. Aussi l'unité fonctionnelle et la dynamique ascendante qui caractérisent un principe comme la subsidiarité permettent-elles de dépasser les modèles figés de l'administration indirecte et de l'autonomie procédurale qui constituent encore les paradigmes dominants en doctrine.

CONCLUSION DU TITRE II

1112. Si le principe de subsidiarité a pu être interprété de bien des façons par la doctrine, il ressort clairement de l'analyse de la jurisprudence de la Cour de justice que ce principe se voir réduit au rôle d'instrument d'intégration de l'Union européenne. Instrument d'intégration normative mais aussi procédurale dans la mesure où le principe de subsidiarité peut s'appliquer à tous les niveaux : législatif, exécutif et juridictionnel. Ce principe fonctionnel qui peut, par conséquent, se décliner sous la forme d'une subsidiarité législative, exécutive et juridictionnelle semble pourtant orienté dans un sens quasi-exclusivement ascendant dans la jurisprudence de la Cour, ce qui conduit à appauvrir la signification première de la notion de subsidiarité et à vider le principe de sa substance originelle. Cette orientation ascendante du principe résulte naturellement du choix des institutions de l'Union pour une « subsidiarité-efficacité », conséquence d'une approche fonctionnelle (et non fédérale) de l'Union européenne ayant conduit à rejeter une subsidiarité-proximité (telle qu'on peut la trouver dans le préambule). La « subsidiarité-efficacité » repose sur une dynamique tendanciellement ascendante en raison des objectifs transnationaux tels que la réalisation du marché intérieur et l'efficacité d'exécution du droit de l'Union.

1113. L'objectif d'efficacité, que l'on retrouve aussi bien dans la subsidiarité législative de l'article 5.3 TUE qu'au stade de la mise en oeuvre du droit de l'Union, primaire et dérivé, tend à concevoir toute diversité comme une disparité menaçante et toute autonomie comme un obstacle dangereux pour l'intégration de l'Union. Autonomie qu'il convient dès lors de dépasser, sous-couvert de respecter le principe de subsidiarité. Au niveau législatif, la subsidiarité-efficacité pose la présomption selon laquelle seule une action entreprise au niveau de l'Union permet d'atteindre les objectifs des traités européens, au premier chef desquels le bon fonctionnement du marché, en raison de la dimension transfrontalière qui lui est attachée. Au stade de l'exécution, ce sont les principes d'*effectivité*, d'*effet utile*, de protection juridictionnelle *effective* mais aussi le principe d'application uniforme du droit de l'Union (qui irrigue la jurisprudence de la Cour en tant qu'exigence fondamentale de l'ordre juridique de l'Union et que le traité de Lisbonne a codifié à l'article 291 TFUE aux fins de préciser la réparation des compétences d'exécution) qui, en se combinant à la subsidiarité, permettent de justifier l'intervention d'une institution de l'Union, Commission ou Cour de justice, dans l'exercice d'une compétence d'exécution[2488].

[2488] Que cette exécution soit de nature normative ou matérielle, en ce qui concerne la Commission, ou juridictionnelle ou procédurale en ce qui concerne la Cour de justice.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

1114. L'interprétation fonctionnaliste de la subsidiarité tend à faire de ce principe un instrument d'intégration de nature fonctionnelle, en ce qu'il est mis au service de l'objectif de réalisation du marché, abstraction faite de toute autre considération, aussi légitime soit-elle. Cette vision partielle et partiale de la subsidiarité s'oppose, bien entendu, à une conception fédérale du principe de subsidiarité qui tendrait, tout au contraire, à valoriser les notions d'autonomie et de diversité en érigeant celles-ci en valeurs intrinsèques qu'il conviendrait de protéger afin de sauvegarder l'équilibre fédéral. L'analyse de la jurisprudence sous l'angle du principe de subsidiarité montre que la Cour de justice ne revêt toujours pas les habits d'un arbitre fédéral impartial, préférant sans doute encore son rôle de moteur de l'intégration. C'est ce qui nous fait dire que la subsidiarité fait, pour l'heure, l'objet d'une instrumentalisation fonctionnelle indépassable. Le contrôle juridictionnel du principe de subsidiarité semble, en effet, davantage servir d' « alibi » pour justifier un interventionnisme croissant de l'Union dans l'exercice des compétences partagées puisque la Cour de justice n'entend pas sanctionner, par cette voie, l'action des institutions de l'Union. Quant à la question, plus délicate encore, de la compatibilité de sa jurisprudence avec le principe de subsidiarité, force est d'admettre que la Cour ne semble pas véritablement se soucier du respect des compétences des autorités nationales, qu'il s'agisse du législateur national ou du juge national sur l'office duquel elle n'hésite pas à empiéter lorsqu'elle le juge opportun.

1115. L'activation de la subsidiarité ascendante qui en résulte, qu'elle soit substantielle ou juridictionnelle, conduit fatalement à opérer une centralisation au profit de l'Union. Ce phénomène s'opère, bien souvent, au détriment des compétences nationales, qu'il s'agisse des compétences normatives (compétences législatives au sens de l'article 5.3 TUE ou compétences d'exécution normative au sens de l'article 291.2 TFUE) ou des compétences procédurales d'exécution. Il est toutefois plus courant de relever, et de dénoncer, la centralisation au seul niveau législatif alors même que c'est au stade de l'exécution que l'empiètement sur les compétences étatiques devrait le plus surprendre au regard des modèles classiques (mais dépassés) de l'administration indirecte (fédéralisme d'exécution/exécution décentralisée) et de l'autonomie institutionnelle et procédurale que la doctrine avait paradoxalement tendance à rattacher au principe de subsidiarité. Non seulement le principe de subsidiarité ne permet pas de préserver les principes (non écrits) de l'administration indirecte et de l'autonomie procédurale mais encore tend-elle à les dépasser grâce à la dynamique ascendante qui le caractérise. Ce dépassement est permis par l'unité fonctionnelle du principe

de subsidiarité qui tend à voir dans toute compétence[2489], une compétence partagée sur le modèle de l'article 5.3 TUE. Sur le plan de l'exécution, cela conduit à remettre en cause le modèle figé de l'administration indirecte (favorable aux États membres) au profit d'un modèle plus souple de co-administration/administration partagée mais également à opérer une relecture du principe de l'autonomie procédurale au profit d'une compétence procédurale d'exécution, compétence « partagée » là encore. Le second temps de ce dépassement réside dans l'instrumentalisation des concepts d'efficacité de l'action publique et d'effectivité (auquel on peut rattacher le principe d'application uniforme du droit de l'Union en tant que critère de répartition des compétences d'exécution), ce qui permet de poser une présomption en faveur d'une action de l'Union et de justifier, dans une logique de subsidiarité ascendante, son intervention dans des domaines qui relevaient traditionnellement de la sphère étatique.

[2489] Autre qu'une compétence « exclusive » de l'Union, ces dernières étant, par définition, exclues du champ d'application du principe de subsidiarité. Notons que les compétences réservées ou retenues des Etats ne sont pas mentionnées dans les traités.

CONCLUSION GÉNÉRALE

1116. L'introduction dans l'ordre juridique de l'Union d'un principe exogène, issu de la pensée politique fédérale, n'a pas révolutionné, sur le fond, la façon dont les institutions de l'Union envisagent l'intégration. Au terme de cette étude, et avec le recul du temps, il semble permis d'affirmer que, malgré ses ambiguïtés, ou plutôt, en raison de celles-ci, la subsidiarité européenne est un principe fonctionnel dont l'instrumentalisation par les institutions européennes, à des fins intégrationnistes, est symptomatique de la nature juridique (ambiguë elle aussi) de l'Union. Loin de mimer l'expérience fédérale ou de transfigurer la construction européenne, la consécration du principe de subsidiarité par le traité de Maastricht n'a fait que révéler l' « originalité fonctionnelle » de l'Union de sorte que nous pourrions souscrire à l'idée d'une entité fonctionnelle supranationale[2490]. Certes, une telle conclusion n'a rien d'original puisqu'elle ne fait que reprendre le consensus doctrinal qui voit dans l'Union européenne une entité politique *sui generis*[2491] et l'on pourrait être accusé d'enfoncer des portes ouvertes. Pour autant, la spécificité de la nature juridique de l'Union européenne et sa singularité intrinsèque permettent de mieux comprendre la contradiction dans laquelle se trouvent les institutions européennes chargées d'interpréter et d'appliquer le principe de subsidiarité ainsi que d'en contrôler le respect.

1117. En tant qu'organisation internationale d'intégration, l'Union européenne a précisément pour but de progresser sur la voie de l'intégration. Or, toute entreprise visant à réduire l'extension de ses compétences, du moins d'en contrecarrer l'automaticité, ainsi que le prône le principe de subsidiarité, apparait comme contraire aux objectifs des traités si bien que l'on conçoit difficilement les institutions de l'Union appliquer rigoureusement un tel principe. Il y a donc un paradoxe à évoquer, comme le fait le préambule du traité sur l'Union européenne, une « Union sans cesse plus étroite » entre les États membres, d'une part, et l'exigence, tirée du principe de subsidiarité, selon laquelle « les décisions sont prises le plus près possible des citoyens », d'autre part. Le second paradoxe consiste à confier, pour l'essentiel, le contrôle de son respect aux institutions européennes censées être les « moteurs » de l'intégration, à savoir la Commission européenne et la Cour de justice. Cela ne revient-il pas à appréhender la subsidiarité à travers le seul prisme de l'intérêt de l'Union ? L'explication fonctionnaliste nous semble, pour l'heure, le mieux cerner la façon dont ces institutions européennes ont interprété et appliqué le principe de subsidiarité.

[2490] ALTALIB Ibaa, L'Union européenne une entité supranationale fonctionnelle, 2016, précité.

[2491] KIEFFER Maeve, Recherches sur l'identité de l'Union européenne, 2015, précité.

1118. Le paradigme fonctionnaliste traduit le choix technocratique des Pères fondateurs de construire l'Europe autour d'une « communauté épistémique de la compétence », d'experts susceptibles de répondre à des besoins partagés, et d'un réseau d'élites dans une optique résolument « technicienne qui se veut objective plutôt que sur des bases culturelles »[2492]. En effet, la finalité strictement économique au service de laquelle une organisation comme l'Union européenne a été établie inscrit celle-ci dans un registre instrumental qui la distingue et la différencie d'un État mais également d'une Fédération si l'on part de l'idée que la démocratie ne peut s'épanouir que dans le cadre d'une institution de nature fédérale[2493]. Même si l'on s'attache à étudier l'Union sous l'angle des compétences, l'on ne peut faire abstraction de la question des objectifs et, plus fondamentalement, de l'idée de « fonction » placée au centre de la théorie fonctionnaliste. Dans cette optique, la fonction suppose, par définition, d'être suivie d'effets dans la mesure où seuls ces derniers légitime l'organe.

1119. Contrairement à une Fédération, laquelle jouit d'une légitimité démocratique pleine et entière, l'Union a pendant longtemps cherché à se prévaloir d'une légitimité exclusivement « technicienne », de nature fonctionnelle, fondée sur la culture du consensus, de l'expertise et des résultats, abstraction faite des considérations plus politiques[2494]. Rappelons que l'Europe s'est à ses débuts « construite sinon contre la démocratie, du moins sans prise en considération des exigences de légitimation démocratique » dans la mesure où « la démocratie était tout simplement étrangère à la vision qu'avaient les pères fondateurs de l'intégration européenne »[2495]. En exigeant du « processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe » que les décisions soient, depuis le traité de Maastricht, « prises le plus près possible des citoyens », le principe de subsidiarité, tel qu'il apparait dans le préambule, se présente comme un principe fédéral voire un instrument de fédéralisation dans la mesure où il érige, pour la première fois, le « localisme » au rang de valeur intrinsèque et impose à l'Union un plus grand respect des exigences démocratiques.

1120. Envisagée dans une perspective fédéraliste, la consécration du principe de subsidiarité semblait ainsi répondre à la double exigence du respect de l'autonomie des collectivités publiques et des individus dans la mesure où l'autonomie des groupes « n'est et

---

[2492] LAIDI Zaiki, La fin du moment démocratique ? Un défi pour l'Europe. 2007.

[2493] CAPITANT René, « Fédéralisme et démocratie », *Jus Politicum*, n° 16, 2016,

[2494] NADOT Sébastien, QUENTIN Didier, Rapport d'information de la Commission des affaires étrangères en conclusion des travaux d'une mission d'information constituée le 24 octobre 2017 sur la refondation démocratique de l'Union européenne, Assemblée nationale, n° 1439.

[2495] RITLENG Dominique, 'Effectivité et caractère démocratique du droit de l'union, une relation antagoniste ?' In L'effectivité du droit de l'Union européenne, précité.

ne doit être conçue que comme le reflet de l'autonomie des individus »[2496]. C'est en cela que R. Capitant a pu affirmer que si tout fédéralisme n'est pas démocratique, une démocratie n'est complète que si elle est en même temps « une démocratie fédérale »[2497]. Force est toutefois de reconnaitre que ce n'est pas tant la subsidiarité-proximité qui guide le processus d'intégration que la subsidiarité-efficacité et ce, à tous les niveaux : de l'élaboration des politiques jusqu'à leur application. La substitution de la subsidiarité-efficacité à la subsidiarité-proximité a conduit, nous l'avons vu, à privilégier la centralisation et l'uniformité, sous-couvert d'effectivité (en tant qu'argument d'autorité et de légitimité) à l'autonomie, la décentralisation, la diversité et le pluralisme. Ces dernières notions, présentées comme des valeurs au coeur du fédéralisme, ne revêtent pour le fonctionnalisme qu'une importance limitée. Pire, elles sont perçues comme des menaces ou des obstacles pour l'intégration.

1121. Le principe de subsidiarité a en effet rapidement quitté le registre démocratique et fédéraliste de nature « politico-constitutionnelle » pour adopter un registre dépolitisé, plus familier à l'Union, d'ordre économico-fonctionnel. À une subsidiarité tendanciellement descendante (de nature décentralisatrice) s'est ainsi substituée une subsidiarité résolument ascendante (de nature centralisatrice) y compris dans des domaines dans lesquels les États membres semblaient bénéficier d'une certaine autonomie comme la mise en oeuvre du droit de l'Union. Un tel retournement de la subsidiarité, principe prioritairement descendant devenu un « principe à sens unique », tendanciellement ascendant, s'il est déjà critiquable dans le domaine économique, en matière de marché intérieur, s'avère encore plus préoccupant dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice, en matière pénale[2498].

1122. Faut-il en conclure que l'Union européenne n'est, à l'heure actuelle, ni une Fédération, ni une démocratie ? Sans doute souffre-t-elle d'une légitimité démocratique considérablement affaiblie, mais cette lacune que le principe de subsidiarité n'a pu combler, n'est pas tant imputable aux institutions de l'Union qu'aux Maitres des traités, à savoir les États membres eux-mêmes, ces derniers ayant toujours refusé d'assumer un véritable fédéralisme européen. En outre, ce constat n'est pas irréversible dans la mesure où l'intégration est, par définition, un processus dynamique, tout comme le principe de subsidiarité dont une réorientation est toujours possible. À ce titre, rappelons qu'en septembre 2016, après le vote des Britanniques en faveur d'une sortie de l'Union, la chancelière allemande A. Merkel qui a toujours défendu l'idée européenne, s'était prononcée contre une

---

2496 *Ibid.*

2497 *Ibid.*

2498 SIMON Perrine, La compétence d'incrimination de l'Union européenne, 2019, précité.

centralisation accrue de l'Union européenne et avait profité de cette occasion pour mettre en avant les vertus du fédéralisme en s'appuyant sur le fait que l'Allemagne est un pays qui a une bonne expérience du partage des tâches[2499]. Dans le contexte *post-Brexit*, l'espoir d'une fédéralisation de l'Union européenne semble d'ailleurs plus que jamais autorisé si l'on se souvient que l'insertion du terme « subsidiarité » était la conséquence du refus obstiné des eurosceptiques britanniques de voir figurer le « F-Word » dans les traités européens. En dépit du fait que le principe de subsidiarité n'a pas été l'instrument d'une fédéralisation de l'Union (d'ailleurs comment eût-il pu l'être à lui tout seul ?) et que l'Europe reste pour l'heure une symphonie inachevée au sein de laquelle sont apparues, depuis Maastricht, des voix quelque peu dissonantes (que l'on pense, par exemple, aux eurosceptiques polonais et hongrois), nous conclurons sur une note d'espoir et un souhait : celui de voir l'Union se diriger vers un véritable fédéralisme européen, non pas un fédéralisme assimilé à un super-État centralisateur visant à absorber et dissoudre les identités nationales des États membres mais une Fédération plurinationale respectueuse des autonomies et de la diversité en Europe.

[2499] BERLIN Reuters, article en ligne « German Chancellor Angela Merkel on Thursday rejected further centralization within the EU after Britain's vote to leave, saying the bloc instead needed to delegate more tasks to subsidiary organizations."Centralization is definitely not the answer," Merkel told a local political event before a Sept. 16 summit in Bratislava between the 27 European Union states that will remain after Britain departs."Germany is a country that has had good experiences with the sharing out of tasks," added Merkel, who has been a strong defender of EU institutions since becoming chancellor in 2005. »

Bibliographie

Ouvrages généraux

- ALTHUSIUS Johannes Althaus, *Politica Methodice Digesta,* Réimpression de la 3 éd., 1614, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1932, 436 p.
- ARISTOTE, *La Politique*, Paris, Vrin, 1962, 595 p.
- BODIN Jean, *Six livres de la République*, Livre 1, Paris Fayard, 1986, 1667 p.
- BOUDIN Louis., *Government by Judiciary,* New York: William Goodwin, Inc.1932. Two vol. Pp. xii, 583.
- BROUILLET Eugénie, La négation de la nation : l'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien, Ste-Foy, Québec-Canada, Septentrion, 2005, 478 p.
- CASTORIADIS Cornélius, L'institution imaginaire de la société, Paris, Seuil, 1975, p. 174.
- CONSTANT Benjamin, « Cours de politiques constitutionnelles», in Cours de politique constitutionnelle, vol. 1, Genève-Paris, Slatkine, (réimpression de l'édition de Paris de 1872), 1982, p. 177
- CROISAT Maurice, QUERMONNE Jean-Louis, L'Europe et le fédéralisme, Contribution à l'émergence d'un fédéralisme intergouvernemental, Paris, Montchrestien, 2édition, 1999.
- DEHOUSSE, Renaud, Fédéralisme et relations internationales. Une réflexion comparative, Bruxelles, Bruylant, 1991.
- DELMAS-MARTY Mireille (dir.), Critique de l'intégration normative, L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits, Paris : PUF, 2004.
- DELMAS-MARTY, Le pluralisme ordonné, Paris : éd. du Seuil, 2006.
- DELORS, Jacques, Le nouveau concept européen, Paris, Editions Odile Jacob, 1992.
- FERRY Jean-Marc, La République crépusculaire. Comprendre le projet européen *in sensu cosmopolitico*, Paris, Éd. du Cerf, coll. « Humanités », 2010, p. 220.
- FERRY Jean-Marc et THIBAUD Paul, *Discussion sur l'Europe*, Paris, Calmann- Lévy, « Liberté de l'esprit », 1992, 218 p.
- HABERMAS Jurgen, L'État-nation a-t-il un avenir ?, in ID., L'intégration républicaine : essais de théorie politique, trad. par ROCHLITZ (Rainer), Fayard, 1998, pp.67-157.

- HABERMAS Jürgen, BOUCHINDHOMME Christian, La Constitution de l'Europe, Paris : éd. Gallimard, 2012.
- HAMILTON Alexander, JAY John, MADISON George, *Le Fédéraliste,* Paris, L.G.D.J., 1957, 788 p.
- JELLINEK Georg, Die Lehre von den Staatenverbindungen, Goldbach, éd. Keip, 1996, 413 p.
- JHERING Rudolf, Der Kampf um's Recht 1872, 106 p.
- JHERING Rudolf, Der Zweck im Recht, 1877, 716 p.
- KANT Emmanuel, Vers la paix perpétuelle. Que signifie s'orienter dans la pensée ? Qu'est-ce que les Lumières ?, Paris, Flammarion, 1991, 206 p.
- LABAND Paul, Le Droit public de l'Empire allemand, t.1, trad. de GANDILHON (C.), Paris, éd. Giard et Brière, 1900.
- LAMBERT Edouard, Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis : l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, Paris, Giard, 1921 ; Paris, Dalloz, 2005.
- MAIRET Gérard, Le principe de souveraineté. Histoire et fondements du pouvoir moderne, Paris Gallimard (Folio-Essais), 1997.
- MAIRET Gérard, La Fable du monde. Enquête philosophique sur la liberté de notre temps, Gallimard (NRF essais), 2005.
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois, in Œuvres complètes*, tome II, présenté et annoté par R. Caillois, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1951.
- PROUDHON Pierre-Joseph, Œuvres complètes - Du principe fédératif, Paris, Marcel Rivière et cie, 1959, 604 p.
- ROZENBERG Olivier, Les députés français et l'Europe. Tristes hémicycles, Presses de Sciences Po, coll. Académiques, 2018, 352 p.
- SARTRE Jean-Paul, L'existentialisme est un humanisme, Paris, Gallimard, éd.1996, 120 p.
- SCHMITT Carl, *Théorie de la Constitution*, (1928), trad. de Lilyane Deroche, Paris, PUF, 1993, 576 p.
- SCELLE G., Le problème du fédéralisme. In: Politique étrangère, n°2 - 1940, pp. 143-163.

- SCELLE Georges, *Le fédéralisme européen et ses difficultés politiques*, Nancy, Centre universitaire européen, 1952, 57 p.
- SIDJANSKI, Dusan, The Federal Future of Europe, From the European Community to the European Union, Ann Arbor, The University of Michigan Press, September 2000.
- TOCQUEVILLE (de) Alexis, *De la démocratie en Amérique,* Paris, Flammarion, 1981, 569 p.
- ZOLLER Elisabeth, Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis, Paris : Dalloz, 2010.

Manuels

- AUTEXIER Christian,Introduction au droit public allemand, Paris, PUF, 1997, p. 384.
- BARNARD Catherine, The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms, Oxford University Press, 2010, 3 éd.
- CONSTANTINESCO Vlad et PIERRÉ-CAPS Stéphane, Droit constitutionnel, Paris, PUF, 2011, 564 p.
- CONSTANTINESCO Vlad, KOVAR Robert, SIMON Denys. (dir.), Traité sur l'Union européenne, signé à Maastricht le 7 février 1992, Commentaire article par article, Economica, 1995.
- DUBOUIS Louis et BLUMANN Claude, Droit institutionnel de l'UE, Editions Litec, 2007, 653 p.
- DUBOUIS Louis et BLUMANN Claude, Droit matériel de l'Union européenne, Paris, Montchrestien, 2012, 805 p.
- ISAAC Guy, et BLANQUET M., Droit général de l'Union européenne,10e éd., 2012, p. 156.
- JACQUÉ Jean-Paul, Droit institutionnel de l'Union européenne, Paris, Dalloz, 2010, 757 p.
- JOLIET René, Le droit institutionnel des Communautés européennes, le contentieux, Liège 1981.
- FAVOREU Louis (dir.), Droit constitutionnel, Dalloz, Précis, Droit public Science politique, 14ème éd, 2014, p. 988.

- MOLINIER Joël, LOTARSKI Jaroslaw, Droit du contentieux de l'Union européenne, LGDJ, Paris, 2010, 262p.
- PESCATORE Pierre, Le droit de l'intégration : émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes, Bruylant, 2005.
- RIDEAU Joël, Droit institutionnel de l'Union européenne, Paris, LGDJ, 2010, 1464 p.
- SIMON Denys, Le système juridique communautaire, Paris, PUF, 2001, 779 p.
- TREMBLAY André, Droit constitutionnel, Montréal, Thémis, 2ème éd. , 2000, 557 p.
- TRIDIMAS Takis, The General Principles of EU Law, Oxford University Press, 2006, 2 éd, 800 p.
- VAN RAEPENBUSH Sean, Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes, 2ème édition, Bruxelles, De Boeck Université, 1998, 643 p.
- ZOLLER Elisabeth, Droit constitutionnel, Paris, PUF, 1999, 642 p.

Ouvrages spécialisés et monographies

- ALLIES Paul, Hypothèses et méthodes d'analyse de l'Union européenne, Montpellier, Working paper n°134, Barcelona 1997, 34 p.
- AUBY Jean-Bernard et DUTHEIL DE LA ROCHERE Jacqueline (dir.), Traité de droit administratif européen, 2e éd., Bruylant, 2014, 1356 p.
- BARABATO Jean-Christophe et PETIT Yves (dir.), L'Union européenne, une fédération plurinationale en devenir ?, Bruxelles, Bruylant, p.432.
- BARBOU DES PLACES Ségolène, HERNU Rémy, MADDALON Philippe, (dir.) Morale(s) et droits européens, Pedone, Cahiers Européens, 2015, 204 p.
- BARNARD Catherine and DEAKIN Simon, « Market Access and Regulatory Competition », in C. Barnard et J. Scott (éds.), The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises, Oxford et Portland Oregon : Hart Publishing, 2002, pp. 197-223.
- BARNARD Catherine and DEAKIN Simon, « Negative and Positive Harmonization of Labor Law in the European Union », (2002) 8 Columbia Journal of European Law, pp. 389-413.
- BARON frédéric, Marché intérieur et droit social dans l'Union européenne, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 1998, 611 p.

- BARROCHE Julien, Etat, libéralisme et christianisme. Critique de la subsidiarité européenne, Paris, Dalloz (Nouvelle bibliothèque de thèses), 2012, 748 p.
- BEAUD Olivier, De quelques particularités de la justice constitutionnelle dans un système fédéral, in : GREWE (Constance), JOUANJAN (Olivier), MAULIN (Éric), WACHSMANN (Patrick) (dir.), *La Notion de justice constitutionnelle*, Dalloz, 2005, pp. 49-72
- BEAUD Olivier, *Théorie de la fédération,* Paris, Presses Universitaires de France, 2009, 447 p.
- BEDNAR Jenna, The Robust Federation – Principles of Design, Cambridge University Press, 2009, 242 p.
- BLUMANN Claude, Démocratie et subsidiarité, in : COHEN-JONATHAN (Gérard), DUTHEIL DE LA ROCHERE Jacqueline, Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme, Bruylant, 2003, pp.133-154.
- BONNEAU Thierry, Régulation bancaire et financière européenne et internationale: 4e édition, Bruylant, 1102 p.
- BOUVERESSE Aude et RITLENG Dominique (dir.), L'effectivité du droit de l'Union européenne, Bruylant, coll. « Droit de l'Union européenne », 2018, 254 p.
- BURGORGUE-LARSEN Laurence (dir.), L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe, Cahiers européens, Pedone, 2011.
- CECCO Francesco (de), State Aid and the European Economic Constitution, Hart Publishing, Oxford, 2013.
- CHITI Mario, Diritto amministrativo europeo, Milano, Giuffrè, 2004,
- CHOPIN Thierry, *L'héritage du fédéralisme ? Etats-Unis / Europe,* Paris, Notes de la Fondation Robert Schuman, 2002, 89 p.
- CHOPIN Thierry et MACEK Lukas, « Après Lisbonne, le défi de la politisation de l'Union européenne », Les Etudes du Centre d'études et de recherches internationales (CERI), n° 165, Paris, mai 2010, 42 p.
- CLAUSEN Freya, Les moyens d'ordre public devant la Cour de justice de l'Union européenne, Bruylant, Bruxelles, 2018, 840 p.
- CRAIG Paul, EU Administrative Law, OUP, Oxford, 2012, 864 p.

- DE LA ROSA Stéphane, MARTUCCI Francesco et DUBOUT Edouard, L'Union européenne et le fédéralisme économique. Discours et réalités, Bruylant, 2015, p. 472.
- DE LA SERRE Françoise, « Approches théoriques de l'intégration européenne », RFSP, n° 3, 1971, p. 615 ; R. DEHOUSSE, "Rediscovering Functionalism", Jean Monnet Working Paper, n° 7, 2000.
- DELPEREE Francis (dir.), Justice Constitutionnelle et subsidiarité, Bruylant, 2000.
- DELPEREE Francis (dir.), *Le principe de subsidiarité,* Paris, Bruylant, LGDJ, 2002, 538 p
- DELSOL Chantal, *L'État subsidiaire,* Léviathan, Presses Universitaires de France, 1992, 232 p.
- DOMINICE Christian, Fédéralisme coopératif, *ZSR*, 1969, NF 88, II, pp.743-893.
- DEGENHART Christoph, *Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht*, 28. Auf., Heidelberg, Müller, 2012, 377 p.
- DRAZEN Petrovic, L'effet direct des accords internationaux de la communauté européenne : à la recherche d'un concept, PUF, 2000, Paris, 304 p.
- DUBOUT Edouard et MAITROT DE LA MOTTE Alexandre (dir.), L'unité des libertés de circulation. In varietate concordia, Bruxelles, Bruylant, 2013, 472 p.
- ELAZAR Daniel, *American Federalism : A View from the States,* 2d ed., New York, Thomas Y. Crowell Company, 1972.
- ELKIND Damien, L'efficacité des décisions administratives étrangères dans l'Union européenne: Étude de droit administratif transnational, Bordeaux, 2018, 507 p.
- EMILIOU Nicholas, The principle of proportionality in European Law, Londres: Kluwer Law International, 1996.
- ESTELLA Antonio, The EU Principle of Subsidiarity and Its Critique, Oxford, Oxford University Press, 2005, 210 p.
- FELDMAN Jean-Philippe, La bataille du fédéralisme, John C. Calhoun et l'annulation (1828-1833), Paris, PUF, 2004, 294 pages.
- FLEMING James and LEVY Jacob, Federalism and Subsidiarity: NOMOS LV. Front Cover. James E. Fleming, Jacob T Levy. NYU Press, 2014 - Law - 464 p.
- FRIEDRICH Carl, La démocratie constitutionnelle, Paris, PUF, 1958, 564 pages.

- FRIEDRICH Carl, Tendances du fédéralisme en théorie et en pratique, Bruxelles, Institut belge de science politique, 1971, 205 p.
- GUIHÉRY Laurent, Fédéralisme fiscal et redistribution : fondements et enseignements du fédéralisme allemand. Economies et finances. Université Lumière Lyon 2, 1997.
- GREBER Anton, Die vorpositiven Grundlagen des Bundesstaates, 2000, Bâle, Helbin.
- GRODZINS Morton, The American System : A View of Government in the US, ed. Daniel J. Elazar, Chicago, Rand McNally, 1984, 422 p.
- GRISEL André, Traité de droit administratif suisse II, Neuchâtel, 1984, p. 949.
- HAAS Ernst, The Uniting of Europe : Political Social and Economic Forces 1950-1957, Stanford, Stanford University Press, 1958 (1ère édition).
- HABERMAS Jürgen, Après l'États-nation : une nouvelle constellation politique, Paris, Fayard, 2000, 149 p.
- HECKLY Christophe et OBERKAMPF Eric, La subsidiarité à l'américaine*: Quels enseignements pour* l'Europe *?*, L'Harmattan, 2000.
- HERAUD Guy, Les principes du fédéralisme et la fédération européenne, Paris, Presses Europe, 1968, 155 p.
- HEYMANN Jeremy, Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen, Paris, Economica, 2010, 423 p.
- HOFMANN Herwig, ROWE G. C. et TÜRK A. H., Administrative Law and Policy of the European Union, Oxford University Press, 2011, 977 p.
- JACOT-GUILLARMOD Olivier, Le juge national face au droit européen, Helbing & Lichtenhahn/Bruylant, Bâle/Bruxelles, 1993, pp. 284.
- JACOT-GUILLARMOD Olivier, « Autonomie procédurale des Etats (articles 6, 13, 35 et 46 CEDH) : de l'apport possible de la jurisprudence de Luxembourg à celle de Strasbourg », in MATSCHER Franz, MAHONEY Paul, PETZOLD Herbert (dir.), Protection des droits de l'homme : la perspective européenne mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal, Köln Berlin Bonn etc. C. Heymanns, 2000, pp. 617-633.
- JOUANJAN Olivier, Aperçu d'une histoire des fonctions de justice constitutionnelle en Allemagne (1815-1933), in : GREWE Constance, JOUANJAN Olivier, MAULIN Éric, WACHSMANN (Patrick) (dir.), *La Notion de justice constitutionnelle*, Dalloz, 2005, pp. 13-48.

- KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, éd.1999.
- LEBEN, Charles, « Fédération d'états-nations ou état-fédéral ? », in chr. Joerges, Y. Meny, J.H.H. Weiler, *What kind of Constitution for what kind of Polity,* Responses to Joschka Fischer, European University Institute, San Domenico, 2000.
- LEBON Vanessa, *Le constitutionnalisme européen*, Pulim, Coll. Droit public, 2007, 370 p.
- LEBOEUF Luc, Le droit européen de l'asile au défi de la confiance mutuelle, Anthémis, Limal, 2016, 470 p.
- LECOURT Robert, L'Europe des juges, Bruylant, Bruxelles, 2008, 321 p.
- LENAERTS Koenraad, Le juge et la constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen, Bruxelles, Bruylant, 1988, 795p.
- MEIER-SCHATZ Christian, "American Legal Harmonization from a European Perspective", in R. BUXBAUM, G. HERTIG, A. HIRSCH and K. HOPT (eds.), European Business Law – Legal and Economic Analyses on Integration and Harmonization, W. de Gruyter, 1991, p. 61.
- MADURO Miguel Poiares We the court: the European Court of Justice and the European Economic Constitution: a critical reading of Article 30 of the EC Treaty. Oxford : Evanston, Ill., USA: Hart Pub. ; Distributed in the United States by Northwestern University Press, 1998.
- MACDONALD Forrest, States' rights and the Union : imperium in imperio, University Press of Kansas, 2000, 296 p.
- MACWHINNEY Edward et PESCATORE Pierre, Fédéralisme et cours suprêmes et l'intégration des systèmes juridiques, Heule Belgique, U.G.A., 1973, 266p.
- MAGNETTE Paul, *La constitution de l'Europe*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2000, 201 pages.
- MARC Alexandre, Dialectique du déchaînement, fondements philosophiques du fédéralisme, Paris, Edition du Vieux Colombier, 1961, 128 p.
- MARC Alexandre, *De la méthodologie à la dialectique,* Paris, Presses d'Europe, 1970, 112 p.
- MILLON-DELSOL Chantal, Le principe de subsidiarité, PUF, 1993, p. 104.

- MILLS Alex, The Confluence of Public and Private International Law. Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law, Cambridge University Press, 2009.
- MITRANY David, A Working Peace System, an Argument for the Functional Development of International Organization, New York, Oxford University Press, 1943.
- MOLSBERGER Philipp, Das Subsidiaritätsprinzip im Prozess europäischer Konstitutionalisierung, Berlin, Duncker & Humblot, 2009, 263 p.
- ORBAN Edmond, La dynamique de la centralisation dans l'État fédéral : un processus irréversible ?, Montréal, Ed. Québec/Amérique, 1984, 526 p.
- ORBAN Edmond, Fédéralisme et cours suprêmes/Federalism and Supreme Courts, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1991.
- ORTINO Federico, Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: a Comparative Analysis of EC and WTO Law, Hart, 2004, 502 p.
- OST François et KERCHOVE (van de) Michel, De la pyramide au réseau ?: pour une théorie dialectique du droit, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 596 p.
- PARENT Christophe, L'état des fédérations, Tome 2 : Sécession et fédéralisme, Presse de l'Université du Québec.
- PESCATORE Pierre, «Les objectifs de la Communauté comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour», dans Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch : Studia ab discipulis amicisque in honorem egregii professoris edita. E. Bruylant : Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1972.
- PESCATORE Pierre, « Fédéralisme et intégration : remarques liminaires », in MCWHINNEY Edward & PESCATORE Pierre (ed.), Federalism and Suprem Courts and Integration of Legal Systems, UGA, 1973, pp. 5-15.
- PETERSON Paul, *The Price of Federalism* (Washington, DC: Brookings Institution, 1995).
- QUERMONNE Jean-Louis, L'Europe en quête de légitimité, Presses de Sciences Po, novembre, 2001, 128 p.
- REICH Norbert, "Competition between legal orders: A new paradigm of EC law?", CML Rev., vol. 29, 1992, p. 861

- RICARD-NIHOUL Gaëtane, Pour une Fédération européenne d'États-nations. La vision de Jacques Delors revisitée, éditions Larcier, coll. « Essais », 2012, p. 208.
- ROSSITER Clinton, *The Federalist Papers,* New York, New American Library, 1961, 238 p.
- ROUVILLOIS Frédéric, L'efficacité des normes. Réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique, Fondation pour l'innovation politique, 2005.
- SACHS Michael, *Grundgesetz : Kommentar*, 6. Aufl., München, Beck, 2011, 2693 p.
- SALLES Jérémy, Le juge constitutionnel: acteur essentiel de la répartition verticale des compétences. 2008, GREQAM, Document de Travail n°2008-29.
- SALADIN Peter, Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874, Aubert/Eichenberger/Müller/Rhinow (dir.), Helbing & Lichtenhahn / Schulthess / Stämpfli, Bâle / Zurich / Berne.
- SANDALOW Terrance et STEIN Eric, Courts and Free Markets: Perspectives from the United States and Europe, Vol. II (OUP, 1982).
- SARMIENTO Daniel, Poder judicial e integración europea. La construcción de un modelo *jurisdiccional para la Unión*, Thomson/Civitas y Garrigues, Madrid, 2004, 379p.
- SAURUGGER Sabine, Théories et concepts de l'intégration européenne, Paris, Presses de Sciences Po, 2010, p. 488.
- SHEFFIELD, James, Federalism and States' Rights, La Nouvelle Orléans, University of New Orleans, 1982, 75p.
- SCHÜTZE Robert, From Dual to Cooperative Federalism. The Changing Structure of European Law, Studies in European Law, Oxford UP, 2009
- SCHWARZE Jürgen, *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, 2 volumes, 1631 p.
- SCHWOK René, Théories de l'intégration européenne, Paris, Montchrestien, 2005, p. 154.
- SIDJANSKI Dusan, *L'avenir fédéraliste de l'Europe,* Paris, Presses Universitaires de France, 1992, 440 p.
- SINANIOTIS Dimitris, Interim Protection of Individuals Before the European and National Courts, La Haye, Kluwer Law International, 2006, 173 p.

- SKOURIS Vassilios, The Principle of Procedural Autonomy and the Duty of Loyal Cooperation of National Judges under Article 10 EC, in Tom Bingham and the Transformation of the Law, Oxford, OUP, 2009, p. 507
- STADLER Hans, Subsidiaritätsprinzip und Föderalismus. Ein Betrag zum schweizerischen Staatsrecht, Universitätsbuchhandlung, Fribourg, 1951, 171 p.
- THALMANN Urs., Subsidiaritätsprinzip und Kompetenzverteilung, in : FLEINER T., MISIC A., FORSTER P., THALMANN U. (Hrsg.), *Die neue schweizerische Bundesverfassung*, Bâle.
- TINBERGEN Jan, International economic integration, Elsevien, 1954 191 p.
- TRIANTAFYLLOU Dimitris, Des compétences d'attribution au domaine de la loi : Etude sur les fondements juridiques de l'action administrative en droit communautaire, Bruxelles, Bruylant, 1997.
- VERDUSSEN Marc (dir.), L'Europe de la subsidiarité, 17e journées juridiques Jean Dabin, Bruxelles, Bruylant, 2000, 283 p.
- WAGNER, Wienczyslaw Joseph, The Federal States and Their Judiciary: A Comparative Study in Constitutional Law and Organization of Courts in Federal Law, La Haye, Mouton, 1959, 390p.
- WATTS Ronald L., *Comparaison des régimes fédéraux des années 90*, Montreal & Kingston – London – Ithaca, Institut des relations intergouvernementales, 1998, 126 p.
- WEILER Joseph, The Constitution of Europe. « Do the new clothes have an emperor ? » and other essays on European integration, Cambridge UP, 1999.
- ZOLLER Elisabeth, *Le droit des États-Unis,* Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 2001, 127 p.
- ZOLLER Elisabeth, « Aspects internationaux du droit constitutionnel, contribution à la théorie de la fédération d'Etats », *RCADI,* tome 294 (2002), pp. 49-155.

Thèses

- AGUILON Claire, Justice constitutionnelle et subsidiarité, l'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne, L'Harmattan, 2019, 460 p.
- AKOUMIANAKI Daphné, Les rapports entre l'ordre juridique constitutionnel et les ordres juridiques européens, Analyse à partir du droit constitutionnel grec, 2014, 660 p.

- AUDOUY Laurèn, «Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme», Montpellier, 2016, 638 p.
- BAILLEUX Antoine, Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire. Essai sur la figure du juge traducteur, Bruxelles : Facultés universitaires Saint-Louis, Bruylant, 2009, 733 p.
- BARROCHE Julien, L'État post-totalitaire. Au principe de la subsidiarité européenne : libéralisme et christianisme, 2010.
- BARRUÉ-BELOU Rémi, Analyse des outils fédératifs aux États-Unis, au Canada et au Brésil : contribution à l'étude du fédéralisme, Université Laval., 2014, 643 p.
- BERNARD Elsa, La spécificité du standard juridique en droit communautaire, Bruxelles, Bruylant, 2010, 643 p.
- BERROD Frédérique, La systématique des voies de droit communautaires, Dalloz, 2003, 1140 p.
- BERTHIER DEMONFORT Sophie, Le principe d'ouverture en droit de l'Union européenne, Contribution à l'étude de l'influence des citoyens dans la prise de décision européenne, Limoges, 2016, p. 534.
- BERTRAND Brunessen, Le juge de l'Union européenne, juge administratif, Bruylant, Bruxelles, 2012, 1170 p.
- BLANCHARD David, *La constitutionnalisation de l'Union européenne*, Rennes, 2001, Rennes, Editions Apogée Rennes, 2001, 476 p.
- BLANQUET Marc, L'article 5 du traité CEE. Recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté, Bibliothèque de droit international et communautaire, LGDJ, 1994.
- BOSKOVITS Kosmas, Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la communauté européenne et ses états membres, Bruxelles- Athènes, Bruylant, 1999.
- BOUVERESSE Aude, Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire. Collection Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2010, 658 p.
- CHEVALIER Emilie, Bonne administration et Union européenne, Bruylant, coll. « Administrative Law/Droit administratif », 2014, 536 p.

- CLERC Olivier, La gouvernance économique de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2012.
- COLELLA Stéphanie, La restriction des droits fondamentaux dans l'Union européenne, Bruylant, Bruxelles, 2018, p. 615.
- COLIN Jean-Pierre, *Le Gouvernement des Juges dans les Communauté Européennes*. Bibliothèque de Droit International. Tome xxxl. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, M. Pichon et R. Durand-Auzias. 1966. 544 pp.
- COLINEAU Hélène, L'Union européenne, puissance normative ? La politique de coopération au développement en actes, Université de Grenoble-Alpes, 2013.
- CONSTANTINESCO Vlad, Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes. Contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés, Paris, LGDJ, 1974.
- COURONNE Vincent, La compétence procédurale des États-membres de l'Union Européenne, Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2015, 642 p.
- DAUPS Thierry, *L'idée de constitution européenne*, Paris X, 1992, 519 p.
- DECHATRE Laurent, Le pacte fédératif européen, Panthéon-Assas, 2012, 848 p.
- DELILLE Thomas, L'analyse d'impact réglementaire dans le droit de l'Union européenne, Larcier, 2013, p. 732.
- DIOP Abdou Khadre, La notion d'État en droit international et en droit européen: de l'impossible approche conceptuelle à la nécessaire approche fonctionnelle, Université Laval et Bordeaux, 2017, 714 p.
- DUBOS Olivier, Les juridictions nationales, juge communautaire, Dalloz, 2001.
- DUBEY Bernard, La répartition des compétences au sein de l'Union européenne à la lumière du fédéralisme suisse. Systèmes, enjeux et conséquences, Genève, Bâle, Munich, Helbing & Lichtenhahn/ Bruxelles, Bruylant / Paris, L.G.D.J, 2002.
- GAUTIER Yves, La délégation en droit communautaire, Strasbourg, L.G.D.J. coll. « Bibliothèque de droit public », 1995, 538 p.
- GENNART Martin, Le contrôle parlementaire du principe de subsidiarité : droit belge, néerlandais et luxembourgeois, Larcier, 2013.

- GRANGER M., Les collectivités territoriales françaises et l'union européenne, la contribution des Collectivités territoriales à l'émergence d'une citoyenneté européenne, thèse, 2012, Limoges.
- HANSON Sophie, Entre Union européenne et région wallone : multiplicité des échelons de pouvoir et subsidiarité territoriale, Analyse de la subsidiarité territoriale au travers des directives Seveso, IPPC, responsabilité environnementale et de leurs mesures de transposition en Région wallonne, 2012, 375 p.
- HEMON Jacques, Le rôle de la Cour de justice de l'Union européenne dans le processus de constitution et d'évolution du marché intérieur des marchandises,Rennes 1, 2015, 477 p.
- HEYMANN Jeremy, Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen, thèse, Paris I, 2009 506 p.
- ISMAIL HAKKI Musa, Les droits sociaux et le processus de constitutionnalisation de l'Union Européenne, Université de Nancy 2, 2008, 791 p.
- JOACHIM Claire, Le partage des compétences en matière de protection de la qualité des eaux douces au Canada et dans l'Union européenne,Toulouse 1, 2014, 691 p.
- JORDA Julien, *Le pouvoir exécutif de l'Union européenne,* Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2001, 687 p.
- JEANNE Aimée, L'intégration négative des marchés aux Etats-Unis et dans l'Union européenne, Thèse de doctorat, Université de Paris Panthéon-Sorbonne, 2013, 627 pages.
- JOYEUX Arthur, Le principe de subsidiarité, entre terminologie et discours : pistes pour une nouvelle histoire de la formule. Linguistique. Université de Franche-Comté, 2016, 500 p.
- KIEFFER Maeve, Recherches sur l'identité de l'Union européenne, thèse, Strasbourg, 2015.
- LAURENT Aurélie, Plurijuridismes, juges suprêmes et droits fondamentaux : étude comparée entre l'Union Européenne et le Canada, Université de Tulouse, 2015, co-tutelle avec l'université d'Ottawa, p. 907.
- LE BAUT-FERRARÈSE Bernadette, La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres, Lyon III, 1996.
- LE BOS Yves Edouard, Renouvellement de la théorie du conflit de lois dans un contexte fédéral, Dalloz, 2010.

- LE BOT Fabien, Le principe de l'équilibre institutionnel en droit de l'Union européenne, Paris 2 Panthéon-Assas, 2012, 595 p.
- LE FUR Louis, État fédéral et confédération d'États, Paris, LGDJ, 1896, 839 p.
- LENAERTS Koen, Le juge et la Constitution aux Etats-*Unis d'Amérique et dans l'ordre* juridique européen, Bruylant, 1988, 817 p.
- Malo Laurent, L'autonomie locale et l'Union européenne, Bruylant, Bruxelles, 2010, 719 p.
- MARTI Gaëlle, Le pouvoir constituant européen, Bruxelles, Bruylant, 2011, 806 p.
- MARZAL YETANO Antonio, La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne, 2014, p. 547.
- MATHIEU Chloé, La séparation des pouvoirs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Droit. Université Montpellier, Université de Montpellier 2015, 546 p.
- MICHEL Valérie, Recherches sur les compétences de la Communauté européenne, L'harmattan, 2003.
- MILLET François-Xavier, L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres, coll. Thèses, Paris, LGDJ, 2013, 386 p.
- NICOLAÏDIS Kalypso, Mutual Recognition Among Nations: the European Community and Trade in Services, Harvard, Cambridge, MA, 1993.
- PAN Wen, Crises and Opportunities: Strengthened European Union Economic Governance after the 2008 Financial Crisis. Dissertation, Leiden University, 2015, 634 p.
- PELIN RADUCU Ioana, Dialogue déférent des juges et protection des droits de l'homme, Larcier, Collection de la Faculté de Droit, d'Economie et de Finance de l'Université du Luxembourg, 2014, p. 570.
- PORTUESE Auréien, Le Principe d'efficience économique dans la jurisprudence européenne, Thèse, Broché, 2014, 560 p.
- SCHRAUWEN Anthony, Marché Intérieur, recherche sur une notion, thèse, Amsterdam, 1997, 290 p.
- SCHWALLER Emilie, La protection des droits fondamentaux des entreprises en droit des aides d'Etat, Université de Strasbourg, 2018.

- SIMON Perrine, La compétence d'incrimination de l'Union européenne, Bruylant, 2019, p. 557.
- THOMA Florence, Le principe de subsidiarité en droit communautaire, Thèse, Luxembourg, Centre universitaire, 1998, 432 p.
- VOLMERANGE Xavier, Le fédéralisme allemand face au droit communautaire, Paris, L'Harmattan, 2000, 362 p.
- WANG Shih-ch'un, De la répartition des compétences dans les constitutions fédérales, 1920.

Mémoires

- LAZZAROTTO Pauline, La concurrence normative et la liberté d'établissement des personnes morales., mémoire (dir) A. Bouveresse, 2018.
- LE SOUDEER Mathieu, Le contrôle du principe de subsidiarité par le Parlement français, Institut de droit comparé de Paris, mémoire de Master, 2011.
- MEDE Lisa, La Cour de justice de l'Union Européenne, Cour constitutionnelle ? Toulon-Var, 2014.
- NEVEN Delphine, Le principe de subsidiarité dans les systèmes fédéraux de répartition des compétences. Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, 2017.
- SAUVE Marc, Le pouvoir fédéral de dépenser et la nature centralisatrice de la constitution canadienne de 1867, Université du Québec à Montréal, 2008.

Articles, chroniques, communications, contributions et actes de colloques

- ABDEREMANE Karine, L'ancrage de l'engagement des États membres dans l'ordre constitutionnel de l'Union : les pincipes de loyauté et de solidarité in Le statut d'état membre de l'Union européenne: quatorzièmes journées Jean Monnet / Laurence Potvin-Solis (dir.), 2018.
- ABELES Marc & BELLIER Irène, « La Commission européenne : du compromis culturel à la culture politique du compromis », *Revue française de science politique*, vol. 46 (3), (1996), p. 450.
- ACCETO Matej et ZLEPTNIG Stefan, « The principle of Effectiveness : Rethinking Its Role in Community Law », European Public Law, vol. 11, no 3, 2005, p. 385.

- ADRIANTSIMBAZOVINA Joël, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme », in Revue des affaires européennes, 1998, pp. 28-47.
- ALEMANNO Alberto, 'A Meeting of Minds on Impact Assessment' (2011) 17 *European Public Law* 485, at 502.
- ALEN André, « Le principe de subsidiarité et le fédéralisme belge », in Le principe de subsidiarité Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, pp. 461-469.
- ARCQ Étienne, DE COOREBYTER Vincent, et ISTASSE Cédric, « Fédéralisme et confédéralisme », *Dossiers du CRISP*, vol. 79, no. 1, 2012, pp. 11-125.
- ARNULL Anthony, « The Principal of Effective Judicial Protection in EU Law : An Unruly Horse? », *ELRev.,* n° 1/2011, pp. 51. S. PRECHAL, R. WIDDERSHOVEN, « Effectiveness or Effective Judicial Protection : A Poorly Articulated Relationship », in T. BauMe (dir.), *Todays Multi-Layered Legal Order, Liber amicorum in honour of Arjen W.H. Meij,* Uitgeverij, Paris, Zutphen, 2011, pp. 283.
- ARNOLD Rainer, The voice of Länder, regions and communities in the European Union. In: Federalism in the Future: Methodology, Governance and Identity. Jean-François Gaudreault-Desbiens & Fabien Gélinas. Montreal/Brussels: Yvon Blais/Bruyland, 2004.
- AUBERT Jean-François, « Le principe de subsidiarité dans la Constitution fédérale de 1999», in Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach, Bâle, Genève (etc.), Helbing & Lichtenhahn, 2000, pp. 3-27.
- AUBERT Jean-François, « Le partage fédératif des compétences: comparaison entre le système suisse et le système européen», in Histoire constitutionnelle suisse, source d'inspiration pour l'avenir de l'Europe?, Lenzburg, Netzwerk Müllerhaus, 2002, pp. 95-101.
- AUBY Jean-Bernard, Le droit administratif européen : entre l'observation et l'hypothèse - *AJDA,* 1996, n° spécial, pp. 189-192.
- AUBY Jean-Bernard, DUTHEIL de la ROCHÈRE Jacqueline, A propos de la notion de droit administratif européen - *RFAP,* pp. 373-385.
- AZOULAI L., « Loi et règlement vus du droit communautaire », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 19, 2005.

- AZOULAI Loïc, « Pour un droit de l'exécution de l'Union européenne », in J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux, Bruxelles, Bruylant, 2009.
- AZOULAI Loïc, « La formule de l'entrave », in AZOULAI L., L'entrave dans le droit du marché intérieur, Paris, Bruylant, 2011, pp. 1-21.
- BARAV Ami, « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire », in *L'Eu*rope et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis, Paris, Dalloz, 1991, p. 1-20.
- BARAV Ami, Omnipotent Courts, in Institutional Dynamics of European Integration, Essays in Honor of H. G SCHERMERS, ed. CURTIN and HEUKELS, vol.II, 1994, p.269.
- BARBATO Jean-Christophe, « Le respect de l'identité culturelle des États devant la juridiction communautaire », in BARBATO J.-C. et MOUTON J.-D., Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union Européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 49-71.
- BARBATO Jean-Cristophe et PETIT Yves, « Pluralité conceptuelle et renouvellement du débat sur la nature juridique de l'Union européenne. Rapport introductif général», in L'union européenne, une Fédération plurinationale en devenir ? (Sous. la dir. de J.-C. BARBATO et Y. PETIT), Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 1-30.
- BARBOU DES PLACES Ségolène, « Les droits fondamentaux des États membres de l'Union européenne : enjeux et limites d'une position doctrinale », in BARBATO J.-C. et MOUTON J.-D., Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union Européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 289-326.
- BARBOU DES PLACES Ségolène, Contribution(s) du modele de concurrence régulatrice à l'analyse des modes et niveaux de régulation. Revue française d'administration publique, ENA, 2004, pp.37 - 48.
- BARROCHE Julien, La normativité entre efficacité politique et proximité démocratique. La question de la subsidiarité dans le droit de l'Union européenne", *Revue Gouvernance*, 2008, 5 (2), p. 51-63.
- BARROCHE Julien, « Le principe de subsidiarité : catégorie d'analyse et catégorie d'action », Colloque international *Decentralisation, Devolution, (Con)-Federation: The*

Territorial Politics of the Nation-State, Université de Poitiers, MIMMOC, 15 octobre 2010.

- BARROCHE Julien, « La subsidiarité : quelle contribution à la construction européenne ? », Revue Projet 2014/3 (N° 340), p. 66-75.
- BARROCHE Julien, « La subsidiarité chez Jacques Delors. du socialisme chrétien au fédéralisme européen », Politique européenne 2007/3 (n° 23), p. 153-177.
- BARROCHE Julien, « L'Etat contre lui-même. Penser l'Etat en Europe après le totalitarisme : la contribution du concept de subsidiarité », *Raisons politiques. Etudes de pensée politique*, 2013, 49, p. 153-17.
- BARROCHE J. « L'Union européenne comme forme politique mixte. Entre Etat, Empire et Eglise : juxtaposition ou hybridation ? », *XIIIe congrès de l'Association française de science politique*, IEP d'Aix-en-Provence, 24 juin 2015.
- BARROCHE Julien, »La nature juridico-politique de l'Union européenne : les thèses tirées du fédéralisme", *Annuaire* 2014 *de droit de l'Union européenne*, 2015, p. 145-166
- BARROCHE Julien, « Théories fédéralistes et Union européenne », Civitas Europa. Revue juridique sur l'évolution de la nation et de l'Etat en Europe, 2017, 38, p. 217-246.
- BARROCHE Julien, La citoyenneté européenne victime de ses propres contradictions : de la nationalité étatique à la rationalité économique", *Jus Politicum. Revue de droit politique*, 2018, 19, p. 179-227.
- BARTOLONE Claude, « Quelle place des parlements nationaux dans la construction de l'Union politique européenne ? », *Question d'Europe*, n° 291, 14 octobre 2013.
- BEAUD Olivier, « La question de l'homogénéité dans une fédération », *Lignes*, vol. 13, no. 1, 2004, pp. 110-129.
- BEAUD Olivier, « La fédération entre l'État et l'empire », in B. THERET (dir), L'État, la finance et le social : souveraineté nationale et construction européenne, La Découverte, 1995, pp. 282-305.
- BEAUD Olivier, « Fédéralisme et souveraineté », Revue de droit public, n°1, 1998, pp. 83-122.
- BEAUD Olivier, « La notion de pacte fédératif. Contribution à une théorie constitutionnelle de la Fédération», in Jean-François KERVEGAN et Heinz MOHNHAUPT (Dir.), Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in

Rechtsgeschichte und Philosophie: Liberté sociale et lien contractuel dans l'histoire du droit et la philosophie, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1999, 394 pages, pp. 197-270.

- BEAUD Olivier, « La doctrine constitutionnelle américaine connaît-elle une théorie de la Fédération ? » in Philippe Raynaud et Elisabeth Zoller (dir.), Le droit dans la culture américaine, Paris, Edition Panthéon Assas, 2001, pp. 21-39.
- BEAUD Olivier, « Constitution et droit constitutionnel », *in* Denis ALLAND et Stéphane RIALS (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, pp. 257-266.
- BEAUD Olivier, « La Fédération comme forme politico-juridique », in G. Duso, A. Scalone, (a cura di), Come pensare il federalismo. Nuove categorie e trasformazioni costituzionali, Polimetrica, International Publishers, Monza, 2010, pp. 19-48.
- BEAUD Olivier, «La répartition des compétences dans une Fédération. Essai de reformulation du problème », *Jus Politicum*, n° 16.
- BELIN-CAPON, Marie-Hélène, « Althusius contre Bodin », *Commentaire*, vol. numéro 150, no. 2, 2015, pp. 275-278.
- BERNARD Elsa, Les pouvoirs législatif et exécutif in L'Union européenne, une Fédération plurinationale en devenir, (dir. J.-C. BARBATO et Y. PETIT), Bruxelles, Bruylant, 2015) pp. 257-274.
- BERMANN George A., « Taking Subsidiarity Seriously : Federalism in the European Community and the United States », Columbia Law Review, vol.94, march 1994, n°2, pp. 331-456.
- BERMANN George A., « Proportionality and subsidiarity », in C. Barnard et J. Scott (éds.), The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises, Oxford et Portland Oregon : Hart Publishing, 2002, pp. 75-99.
- BERRADA Saad, « Subsidiarité et proportionnalité dans l'ordre juridique communautaire », in Revue des affaires européennes, 1998, pp. 48-61.
- BLUMANN C., « Le système normatif de l'Union européenne vingt ans après le traité de Maastricht », RAE,. 2012, p. 235.
- BOBEK Michal, « Why There is No Principle of « Procedural Autonomy » of the Member States ? », in MICKLITZ H.- W, DE WITTE B. (ed.), The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States, Intersentia, 2012, p. 305.

- BOUVERESSE Aude, Le recours en constatation de manquement : l'arme contentieuse. Rev. Aff. Eur., 2013/3, p. 495-504.
- BOUVERESSE Aude, « L'effectivité comme argument d'autorité de la norme » dans RITLENG Dominique ET BOUVERESSE Aude., *L'effectivité du droit de l'Union européenne*. Bruxelles, Bruylant, 2017.
- BRIBOSIA Hervé, « De la subsidiarité à la coopération renforcée », in Le traité d'Amsterdam. Espoirs et déceptions, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 24-90.
- BRIBOSIA Hervé, « Subsidiarité et répartition des compétences entre la Communauté et ses États membres », in Revue du marché unique européen, 1992/4, pp. 165-188.
- BRIBOSIA Hervé, « Subsidiarité et répartition des compétences entre l'Union et ses États membres dans la Constitution européenne », in Revue du droit de l'Union européenne, 2005/1, pp. 25- 64.
- BROUILLET Eugénie, « La dilution du principe fédératif et la jurisprudence de la Cour suprême du Canada », *Les cahiers de droit,* vol.45, n°1, Université Laval, mars 2004, pp. 7-67.
- BROUILLET Eugénie, « Canadian Federalism and the Principle of Subsidiarity: Should We Open Pandora's Box? », *Supreme Court Law Review*, 2011, 54 S.C.L.R. (2d), pp. 601-632.
- BROUILLET Eugénie, « Le rôle de la Cour suprême dans l'évolution de la fédération canadienne : quel équi- libre des pouvoirs ? », *Rivista catalana de drèt public*, 2011, n° 23, pp. 167-220.
- BERTRAND Brunessen et SIRINELLI Jean, Le principe du droit au juge et à une protection juridic tionnelle effective, in Traité de droit administratif européen, J.-B. Auby et Dutheil de la Rochère J. (dir) pp. 565-594.
- BERTRAND Brunessen, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ? », Europe, janvier 2012, pp. 6-13.
- BERTRAND Brunessen, «Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne », *RTDE,* 2012, n°2, pp. 329-354.
- BERTRAND Brunesse, L'instrumentalisation de l'effectivité comme argument d'extension des compétences in L'effectivité du droit de l'Union européenne, 2018, pp. 121-138.
- BURGESS Michael, « Federalism and Federation : A Reappraisal », *Comparative Federalism and Federation,* University of Toronto Press, 1998, pp. 3-14.

- BURGORGUE-LARSEN Laurence, « A propos de la notion de compétence partagée. Du particularisme de l'analyse en droit communautaire », Rev.gén.dr.intern.publ., 2006, tome 110, n°2, pp. 373-390.
- BURGORGUE-LARSEN Laurence, « Pour une approche dialogique du droit constitutionnel européen », in Europe(s), Droit(s) européen(s) – Une passion d'universitaire. Liber amicorum en l'honneur du Professeur Vlad Constantinesco, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 635-665.
- BURGORGUE-LARSEN Laurence, Les résistances des Etats de droit, in : RIDEAU (Joël) (dir.), *De la communauté de droit à l'union de droit*, LGDJ, 2000, pp.423-458.
- BZDERA André, «L'enjeu politique de la réforme institutionnelle de la Cour de justice de la Communauté européenne» (1992) n°356 Revue du Marché Commun, 240 p.
- CALABRESI Steven and BICKFORD Lucy, Forthcoming. "Federalism and Subsidiarity: Perspectives from Law." NOMOS, J. Fleming, J. Levy. NYU Press, 2014, 464 p.
- CALLIES Christian, Kontrolle zentraler Kompetenzausübung in Deutschland und Europa: Ein Lehrstück für die Europäische Verfassung. Zugleich eine Besprechung des Altenpflegegesetz- Urteils des BverfG, *EuGRZ*, 2003, Heft 7-10, pp.181-197.
- CANIVET Guy, « Le droit européen et l'office du juge national », Droit et société, no 20-21, 1992.
- CANIVET Guy, « Le fédéralisme judiciaire : étude comparée du fédéralisme juridictionnel américain et de l'architecture juridictionnelle de l'Union européenne », Liber amicorum Guy Horsmans, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 149.
- CAPORASO James, « The European Union and Forms of States: Westphalian, Regulatory or Post-Modern? », in Journal of Common Market Studies, 34, march 1996, pp. 44-48.
- CAULET F., Le principe d'effectivité comme pivot de répartition des compétences procédurales entre les Etats membres et l'Union européenne, RTD Eur. 2012 p. 594-29.
- CHALTIEL Florence, « Le principe de subsidiarité dix ans après le traité de Maastricht », in Revue du marché commun et de l'Union européenne, n° 469, juin 2003, pp. 365-374.
- CHARPENTIER Jean, « Quelle subsidiarité ? », *Pouvoirs*, 1995, n°69, pp. 49-62.
- CHEVALIER Emilie, « Les mécanismes de la procédure administrative non contentieuse de l'Union » in Traité de droit administratif européen, 2 éd, AUBY J.-B. Et DUTHEIL de la ROCHERE J. (dirà-), Bruylant, 2014.

- CHEVRIER, Marc et SANSCHAGRIN David, « Le juge superlégislateur au Canada ou la politique par soustraction », dans *Les juges : décideurs politiques? De l'incidence politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, sous la dir. de Geoffrey Grandjean et Jonathan Wildemeersch, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2016, p. 95-132.
- CHEYNEL Benjamin, L'autonomie procédurale des juridictions nationales entrain de se réduire comme peau de chagrin?, Revue Lamy de la Concurrence 2007, n°13.
- CHITI Edoardo, « Les agences, l'administration indirecte et la coadministration » dans Auby J.-B et Dutheil de la Rochère J. (dir.), Traité de droit administratif européen, 2e éd., Bruylant, 2014, pp. 357-370.
- CHOPIN Thierry, « Fédération et démocratie en Europe », *Commentaires,* Eté 1999, vol. 22, n°86, pp. 377-388.
- CHOPIN Thierry, « L'avenir du fédéralisme », *Commentaires,* Hiver 2000-2001, vol. 23, n°92, pp. 833-844.
- CHOPIN Thierry, « Convention, Constitution et fédéralisme. Europe/États-Unis : l'utilité d'une étude comparée », *in* BEN BARKA Mokhtar et RUIZ Jean-Marie, *État- Unis/ Europe. Des modèles en miroir,* Presses Universitaires de Septentrion, 2006, pp. 35-68.
- CONSTANTINESCO Léontin-Jean, «Fédéralisme-constitutionnalisme ou fonctionnalisme? Réflexions sur la méthode de l'intégration européenne », *in Mélanges F. Dehousse, La construction européenne, T. 2,* Bruxelles, Labor, 1979.
- CONSTANTINESCO Vlad, « l'article 5 CEE, de la bonne foi à la loyauté communautaire », in Du droit international au droit de l'intégration. *Liber Amicorum P. Pescatore, baden-baden, nomos-Verlag,* 1987.
- CONSTANTINESCO Vlad, « Le principe de subsidiarité ; un passage obligé vers l'Union européenne ? », *Mélanges Jean Boulouis – L'Europe et le droit,* Dalloz, Paris, 1991, pp. 35-45.
- CONSTANTINESCO Vlad, La subsidiarité comme principe constitutionnel de l'intégration européenne, Swiss Review of International economic relations. Octobre 1991. p. 209.
- CONSTANTINESCO Vlad, « Subsidiarité... vous avez dit subsidiarité ? », in Revue du marché unique européen, 1992, pp. 227-230.

- CONSTANTINESCO, Vlad, Europe fédérale ou fédération d'Etats-nations*? In* DEHOUSSE, R. (dir) *Une Constitution pour l'Europe ?* Paris : Presses de Sciences Po, 2002, pp. 112.
- CONSTANTINESCO Vlad et MICHEL Valérie, « Compétences communautaires », *Répertoire de droit communautaire,* 2002, Paris, Dalloz.
- CONSTANTINESCO Vlad, « Les compétences et le principe de subsidiarité », RTDE, 2005, 2, p. 305.
- CONSTANTINESCO Vlad, « Le fédéralisme : d'un anti-étatisme à un a-étatisme ? », *L'Europe en Formation*, 2010/1 (n° 355), p. 41-52.
- CONSTANTINESCO Vlad, « La souveraineté est-elle soluble dans l'Union européenne ? », *L'Europe en Formation* 2013/2 (n° 368), p. 119-135.
- CONSTANTINESCO Vlad, « Conclusions générales : fédéralisme économique et fédéralisme politique » in L'Union européenne et le fédéralisme économique: discours et réalités. Stéphane de La Rosa, Francesco Martucci, Edouard Dubout. Bruylant 2015, p. 445.
- COPPEL Jason et O'NEILL Aidan, « The European Court of Justice: Taking Rights Seriously? », CML Rev., vol. 29, 1992, pp. 669 -692.
- COURONNE Vincent, L'autonomie procédurale des États membres de l'Union européenne *à l'épreuve du temps*, Cahiers Droit européen, 2010, n° 3-4, pp. 273-310.
- COVOLO Valentina, Et la judiciarisation de l'espace pénal de l'union fut ... mais où se cache le juge pénal européen? Cahiers de droit européen, 2011, n° 1, pp. 103-154.
- CRIGNON Philippe, « La résistible invention d'une nouvelle forme politique. L'échappée européenne », *Incidence*, 2014, 10, pp. 71-111.
- CROISAT Maurice, «Le fédéralisme dans l'Union européenne au regard de l'expérience canadienne », in D'ARCY François et ROUBAN Luc, *De la Vème République à l'Europe,* Presses de la Fondation des Sciences Politiques, Paris, 1996, 388 p.
- DAVIES Garreth, « Subsidiarity: The Wrong Idea, in the Wrong Place, at the Wrong Time », (2006) 43 Common Market Law Review, pp. 63-84.
- DEAKIN Simon, "Two Types of Regulatory Competition: Competitive Federalism versus Reflexive Harmonization. A Law and Economics Perspective on Centros", CYELS, 2000, p. 231.

- DEAKIN Simon, (2006), 'Legal Diversity and Regulatory Competition: Which model for Europe?', European Law Journal, vol.12, No. 4 at 453-4.
- DE BURCA Grainne, The Principle of Subsidiarity and the Court of Justice as an Institutional Actor, 36 J. Common Mkt. Stud. 217, 218 (1998).
- DEHOUSSE Renaud, « Réflexions sur la naissance et l'évolution du principe de subsidiarité », *in* F. Delpérée (sous la dir.), *Le principe de subsidiarité,* Bruxelles, Bruylant, L.G.D.J., 2002, pp. 361-366.
- DELCAMP Alain, « Droit constitutionnel et droit administratif : principe de subsidiarité et décentralisation », *RFDC*, 1995, n°23.
- DELICOSTOPOULOS John (2003) Towards European procedural primacy in national legal systems. Eur Law J 9(5):599–613.
- DELMARTINO Frank et DESCHOUWER Kris, « Les fondements du fédéralisme », *in* Centre d'étude du fédéralisme, *Le fédéralisme,* Bruxelles, De Boeck, 1994, pp. 11- 34.
- DELORS Jacques, « La subsidiarité – Principe directeur des futures responsabilités en matière de politiques communautaires ? », *Subsidiarité : défi du changement* : Actes du colloque, Institut européen d'administration publique, Maastricht, 21 et 22 mars 1991, pp. 7-19.
- DELPEREE Francis, « Avant-propos », in Le principe de subsidiarité, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 9- 12.
- DELPEREE Francis et ALEN André, « Les compétences résiduelles », J.T., 1991, pp. 805–808.
- DELPEREE Francis, « Justice constitutionnelle et subsidiarité – Observations de synthèse », in Justice constitutionnelle et subsidiarité, XVIIe journée juridique Jean DABIN, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 179-204.
- DELSOL C., 'L'idée de subsidiarité, la question européenne et la tentation du modèle impérial', *Revue Tocqueville*, 1993, vol. XIV, no 2.
- DELSOL Chantal, « Souveraineté et subsidiarité ou l'Europe contre Bodin », *The Tocqueville Review,* vol.XIX, n°2, 1998, pp. 49-55.
- DELSOL Chantal, « L'Europe de la subsidiarité : souveraineté ou fédéralisme ? », *Les débats de ResPublica,* 9 mars 2005.

- DEROSIER Jean-Philippe, « La dialectique centralisation /décentralisation- Recherche sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité», *Revue internationale de droit comparé,* 1-2007, pp. 107-140.
- DEVIN Guillaume, « Que reste-t-il du fonctionnalisme international ? » Critique internationale, 38 (1), 2008, p. 137-152.
- DIAMOND Martin, « The Federalist's View of Federalism », in G.C.S. Benson, *Essays on Federalism*, Claremont, Institute for Studies in Federalism, 1961, pp. 187- 192.
- DORF Michel and SABEL Charles, "A Constitution of Democratic Experimentalism", Colum. L. Rev, 1998, vol. 98, p. 267.
- DUBEY Bernard, « Administration indirecte et fédéralisme d'exécution en Europe », Cahiers de droit européen, 2003, vol. 39, pp. 87-133.
- DUBOS Olivier et GAUTIER Marie, Actes communautaires d'exécution in Traité de droit administratif européen, 2e éd, J.-B. Auby, Dutheil de la Rochère J. (dir.), Bruylant, pp. 181-200.
- DUBOS Olivier, « Les instruments d'exécution au niveau proprement communautaire : l'acte unilatéral et ses déclinaisons », in J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 69-87.
- DUBOS Olivier, « L'Union européenne et la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités territo- riales : une tectonique à quatre dimensions », in J-F. BRISSON (dir.), *Les transferts de compétences de l'Etat aux collectivités locales*, Paris, Harmattan, 2009, p. 292.
- DUBOS O., « Objectif d'efficacité de l'exécution du droit de l'union européenne: la tectonique des compétences », in NEFRAMI (ed), Objectifs et compétences dans l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, pp. 293-314.
- DUMONT Hugues et VAN DROOGHENBROECK Sébastien, « La contribution de la Charte à la constitutionnalisation du droit de l'Union européenne », in CARLIER Jean-Yves et DE SCHUTTER Olivier (dir), La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2002, p.85.
- DUMONT Hugues, « L'Union européenne, une fédération plurinationale fondée sur un pacte constitutionnel», in L'union européenne, une Fédération plurinationale en devenir ? (Sous. la dir. de J.-C. BARBATO et Y. PETIT), Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 35-75.

- DUPONT-DOBRZYNSKI Maryline, « Les fondement micro-économiques du fédéralisme », in A. ALLAIN, M. DUPONT et M. HEARN (eds.), Les Fédéralismes, Actes du Colloque tenu à Lille, 1996, p. 59.
- DUPONT-LASSALLE Julie, La subsidiarité juridictionnelle, instrument de l'intégration communautaire ?, Droit et société, 2012, vol.80 n°1, pp.47-71.
- DURAND Claire-Françoise, « La mise en œuvre du principe de subsidiarité », in F. Delpérée (sous la dir.), *Le principe de subsidiarité,* Bruxelles, Bruylant, L.G.D.J., 2002, pp. 367-373.
- EHLERMANN Claud Dieter, «Quelques réflexions sur la Communication de la Commission relative au principe de subsidiarité», RMUE, 1992, n° 4, p. 218.
- ELAZAR Daniel, « Les objectifs du fédéralisme », *Revue de l'Europe en formation,* n° spécial, 1976, p. 165.
- FAVOREU Louis, «Modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle », *AIJC,* vol. 4, 1988, pp. 51-66.
- FAVOREU Louis, VEDEL Georges, débat sur le thème «Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs* n° 67/1993, numéro spécial sur « La souveraineté », pp. 71-97.
- FAVOREU Louis,« La constitutionnalisation du droit », Mélanges en hommage à Roland Drago, *L'unité du droit,* Dalloz, 2002, p. 25-42.
- FAVOREU Louis, «Les Cours de Luxembourg et de Strasbourg ne sont pas des Cours constitutionnelles », Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis, *Au carrefour des droits,* Dalloz, 2002, p. 35-45.
- FEIX Marc, « Subsidiarité, proportionnalité et construction européenne « Essai de généalogie des principes », *Revue d'éthique et de théologie morale*, 2011, vol.4, n°267, p. 59-70.
- FERAL Pierre-Alexis, « Le principe de subsidiarité dans l'Union européenne », in Revue belge du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1996, pp. 203-240.
- FERAL Pierre-Alexis, Le principe de subsidiarité après la signature du traité établissant une Constitution pour l'Europe », *AJDA*, 2004, pp. 2085-2093.
- FELDMAN Jean-Philippe, « La conception américaine de la souveraineté », *in* MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ Dominique, *Les évolutions de la souveraineté,* Paris, Montchrestien, 2006, pp. 83-99.

- FELDMAN Jean-Philippe, « Alexis de Tocqueville et le fédéralisme américain », RDP, 2006, pp. 879-901, sp. p. 884.
- FERRY Jean-Marc, « La peur de l'Europe » in Revue Philosophique de Louvain, tome 109, n° 1, pp. 73-105.
- FINES Francette, « Subsidiarité et responsabilité », *RAE LEA,* 1998, n° 1, pp. 95-101.
- FINES Francette, « L'application uniforme du droit communautaire dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », Études en l'honneur de Jean-Claude Gautron, *Les dynamiques du droit européen en début de siècle,* Pedone, 2004, p. 333-348.
- FLIGSTEIN Neil and SWEET Alec Stone, "Institutionalizing the Treaty of Rome." In Alec Stone Sweet, Wayne Sandholtz and Neil Fligstein, eds., The Institutionalization of Europe, 29-55, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 29-55.
- FLIZOT Stéphanie, Fédéralisme, finances publiques et loyauté fédérale en droit public financier allemand, Jus Politicum, n° 17.
- FOUCHER Pierre, « Flexibilité du Fédéralisme », in G.-A. BEAUDOIN et al., Le fédéralisme de demain : réformes essentielles/Federalism for the Future : Essential Reforms, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, pp 67.
- FRANCHINI Claudio, « les notions d'administration indirecte et de coadministration », in J.-B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHERE et E. CHEVALIER (dirs.), Traité de droit administratif européen, Bruxelles, Bruylant, 2014, 2 éd., pp. 335-355.
- FRANCHINI Claudio, Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario, Padova, Cedam, 1993, II., pp. 178.
- FRANCHINI Claudio, La Commissione della Comunità europea e le amministrazioni nazionali: dalla ausiliarietà alla coamministrazione », in Riv. it. dir. pubbl. com., 1993, pp. 669.
- FREMONT Jacques, « La face cachée de l'évolution contemporaine du fédéralisme canadien », *in* Gérald-A. Beaudoin et J.E. Magnet, *Le fédéralisme de demain : réformes essentielles,* Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, pp. 45 à 56.
- FRIEDRICH Carl, « Zum gegenwärtigen Stand des Föderalismus in den Vereinigten Staaten » in Jahrbuch des Öffentlichen Rechts, n°23, 1936, p. 343-375.

- FRIEDRICH Carl Joachim, « Federal Constitutional Theory and Emergent Proposals », *in* A.-W. MACMAHON (éd.), *Federalism, Mature and Emergent*, New York, Doubleday, 1955, pp. 510-533 ; *Europe, An Emergent Nation?*, New York, Harper and Row, 1969.
- FROMONT Michel, « Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », Cahiers du Conseil constitutionnel, 2004.
- FROMONT Michel, « Les compétences respectives de l'Union et des Etats membres », *Teoria del Diritto e dello Stato,* 2003, n°1-2, L'Europa, pp. 149-161.
- GALETTA Diana-Urania, Le Principe de proportionnalité, in J.B. Auby et J. Dutheil de la Rochère, Traité de droit Administratif Européen, Bruylant, Bruxelles, 2007, p.501.
- GALETTA Diana-Urania, Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost?, Berlin, Springer-Verlag, 2011, p. 12.
- GAUDEMET Yves, « La subsidiarité en Europe : un principe ambigu et discutable », in Futuribles, n° 280, 2002, pp. 5-14.
- GAUDEMET Yves, « Libres propos sur la subsidiarité, spécialement en Europe », in *Mélanges Paul AMSELEK,* Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 315.
- GAUDIN Hélène, « La Cour de Justice, juridiction constitutionnelle ? », *R.A.E.-L.E.A.,* n°3, 2000, p. 209- 222.
- GAUDIN Hélène, Les principes d'interprétation de la CJCE et la subsidiarité, *RAE*, 1998, (1/2) numéro spécial subsidiarité, pp.13-16.
- GAUTRON Jean-Claude, Les principes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes et la subsidiarité, *RAE*, 1998, (1/2) numéro spécial subsidiarité.
- GÉLY, Marie-Laure, Le rôle de la Cour suprême du Canada dans la répartition des compétences au Canada, thèse de doctorat en droit, Universités de Montpellier et de Laval, 1998, 498 p.
- GILLIAUX Pascal, «L'arrêt *Union de pequenos agricultores* : entre subsidiarité juridictionnelle et effectivité», CDE, 2003, n 1 et 2, p. 177.
- GLASER Markus, Les relations entre administrations pour l'exécution du droit de l'Union in Traité de droit administratif européen, in Droit administratif européen, pp. 415-450.

- GUIOT François-Vivien et MAZILLE Clémentine (2018) *Marché intérieur et intégration économique*. In : Le rôle politque de la Cour de justice de l'Union européenne Clément-Wilz, Laure (ed.) Bruylant. pp. 179-225
- GUIOT François-Vivien, Le, principe de reconnaissance mutuelle : un mécanisme d'exception(s) multiscalaire au service d'une intégration différentielle. In CARPANO E., MARTI G. (dir.) – *L'exception en droit de l'Union européenne*. – Presses universitaires de Rennes, 2019. – 374 p. Droits européens (dir) .I. Bosse-Platière, C. Rapoport., p. 313-336.
- GUIRAUDON Virginie, « La diversité en Europe : une évidence ? », *Raisons politiques*, vol. 35, no. 3, 2009, pp. 67-85.
- GIRERD Pascal, Les principes d'équivalence et d'effectivité : encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des États membres ? - *RTD eur*., 2002, pp. 75-102.
- GRIMM Dieter, « Le moment est-il venu d'élaborer une constitution européenne ? », *in* Renaud DEHOUSSE (Dir.), *Une constitution pour l'Europe*, Paris, Presses de Sciences-Po, 2 éd., 2002, pp. 69-78.
- GRIMM Dieter, «Subsidiarität und Föderalismus » (Traduit par K. PEGLOW) in La Subsidiarité. Regards croisés franco-allemands sur un principe pluridisciplinaire, (Travaux Interdisciplinaires et Plurilingues, Vol. 20), Berne, Berlin, Bruxelles (etc.), Peter Lang AG, Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2013, pp. 139 -152.
- GREWE Constance et RIDEAU Joël, « L'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne : *flash-back* sur le *coming-out* d'un concept ambigu », Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué, *Chemins d'Europe,* Dalloz, 2010, p. 319-345.
- GUILLOUD Laetitia, Le principe de subsidiarité en droit communautaire et en droit constitutionnel, Petites affiches, 19 avril 2007 n° 79.
- HAAAK W.E, « La répartition des rôles entre la cour et les juridictions nationales. Le renvoi préjudiciel », Rapport au Cinquantième Anniver- saire de la C.J.U.E. : Colloque sur la coopération entre la Cour de justice et les juridictions nationales, Recueil des Rapports introductifs, Luxembourg, 2002.
- HAGUENAU-MOIZARD Catherine, « Vers une harmonisation communautaire du droit pénal », RTDE, 2006, 2, p. 369
- HAGUENAU-MOIZARD Catherine, Les États et le respect du droit communautaire par leurs sujets de droit : mécanismes de droit administratif (contrôles et sanctions), in Traité

de droit administratif européen, J.-B. Auby et Dutheil de la Rochère J. (dir)., Bruylant, 2e éd.

- HATZOPOULOS Vassilis, « Le principe de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation des services », CDE, n° 1-2, 2010, p. 47
- HATZOPOULOS Vassilis, La justification des atteintes aux libertés de circulation : cadre méthodologique et spécificités matérielles, *Research Paper in Law, Collège d'Europe,* 01/2013, pp. 6-8
- HOFFMANN Stanley, « Obstinate or Obsolete? The Fate of the Nation-State and the Case of Western Europe », *Daedalus*, 95, 1966, p. 862-915.
- HOWELLS Geraint, "Federalism in EC and USA – The Scope for Harmonised Legislative Activity Compared", Eur. Rev. Priv. L., vol. 6, 2002, p. 601.
- JACQUÉ Jean-Paul, WEILER Joseph, On the road to European Union – a new judicial architecture : an agenda for the intergovernmental conference, *CMLR*, 1990, pp.185-207.
- JACQUE J.-P., « Cours général de droit communautaire », *RCADE,* 1990, vol. I-1., pp. 237-367
- JACQUE Jean-Paul, « Pouvoir législatif et pouvoir exécutif dans l'Union européenne » dans Auby J.-B et Dutheil de la Rochère J. (dir.), Traité de droit administratif européen, Bruylant, 2014, pp. 43-67.
- JOUANJAN Olivier, « Ce que donner une Constitution à l'Europe veut dire », *Cités*, n°13, 2003, p. 21-35.
- KAKOURIS Constantinos., « Do the Member States possess judicial procedural autonomy?», Common Market Law Review, 1997, pp. 1390-1391, p. 175
- KAKOURIS Constantinos, « Existe-t-il une « autonomie » procédurale judiciaire des Etats membres ? » in Etat - Loi - Administration : melanges en l'honneur de Epaminondas P. Spiliotopoulos, Athènes-Bruxelles : éd. A. Sakkoulas, Bruylant, 1998, pp. 159-179.
- KAPTEYN Paul, Community Law and the principle of subsidiarity, *RAE*, 1991, n°2, pp. 35-43.
- KARAGIANNIS, Syméon, « La multiplication des juridictions internationales : un système anarchique? », *in La juridictionnalisation du droit international*, Colloque de Lille, SFDI, Paris, Pedone, 2003.

- KELSEN, Hans, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », RDP, 1928, pp. 197-257.
- KOMBILA Hilème, « Les principes constitutionnels face au droit communautaire, l'Union dans la diversité de l'identité constitutionnelle européenne », VIIème congrès de l'AFDC, Paris, 25-27 septembre 2008, « Constitution et Europe », 27 p. (en ligne sur le site Internet de l'AFDC)/
- KOVAR Robert, « Compétences des Communautés européennes », Juris-Classeur Europe, fasc. 420, p. 22, no 91.
- KOVAR Robert, L'effectivité interne du droit communautaire, in La Communauté et ses Etats membres, actes du 6e colloque de Liège, La Haye, Martinus Nijhoff, 1973, p.201.
- KOVAR Robert, «La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire », *Recueil des cours de l'Académie de droit européen*, 1993, vol. n°IV/1, p. 15-122.
- LAMBLIN-GOURDIN Anne-Sophie, Ordre juridique de l'Union et droits fédératifs des individus, inJean-Denis Mouton, Jean-Christophe Barbato (dir.), *L'Union européenne, une fédération plurinationale en devenir ?*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 205-251.
- LASSERRE Bruno, Dix ans après: quel avenir pour le Réseau européen de concurrence?, Revue Concurrences N° 4-2014, Doctrines pp.74-82.
- LE BARBIER Muriel, « Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et de coopération loyale. Les États membres de l'Union européenne, des États pas comme les autres », in Le droit de l'Union européenne en principes. Liber Amicorum en l'honneur de Jean Raux, Ed. Apogée, 2006, p. 41.
- LECLERC Arnaud, « L'intégration européenne et la science politique : débattre du modèle de la fédération plurinationale » in Jean-Denis Mouton, Jean-Christophe Barbato (dir.), *L'Union européenne, une fédération plurinationale en devenir ?*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 107-132.
- LECOURT Robert, « Le rôle unificateur du juge dans la Communauté », Mélanges offerts à Pierre-Henry Teitgen, *Études de droit des Communautés européennes,* Pedone, 1984, p. 223-237
- LECOURT Robert, « Quel eût été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964 ? », *in L'Europe et le droit, mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 349-361.

- LE GOAS Soazig, Le rôle de Cour de justice in l'Union in *L'Union européenne, une Fédération plurinationale en devenir* ?Sous la direction de Jean-Christophe Barbato, Yves Petit, Bruylant, 2015, p.284.
- LEHMANN, Pierre-Etienne, « Le respect de l'identité nationale des États membres », in Barbato, C., Petit, Y. (dir.), L'Union européenne, une Fédération plurinationale en devenir ?, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2015, p. 101-115.
- LENAERTS Koen et VAN YPERSELE Patrick, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3 B du traité C.E. », Cahiers de droit européen, 1994 (n° 1-2), pp. 13-33.
- LENAERTS Koen et GUTMAN Kathleen, « Federal Common Law in the European Union : A Comparative Perspective from the United States », *The American Journal of comparative Law,* University of Michigan, winter 2006, vol.54, n°1, pp. 1-121.
- LENAERTS Koen et YPERSELE Patrick (van), « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3 B du traité CE », *Cahiers de droit européen,* 1994 (n°1- 2), pp. 3-83.
- LENAERTS Koen, « Constitutionalism and the Many Faces of Federalism », *The American Journal of Comparative Law,* 1990, vol.38, pp. 205-263.
- LETOURNEUR-FABRY, Elvire, « Le déficit de légitimité des institutions européennes : un procès en cours d'instruction », *Parlement[s], Revue d'histoire politique*, vol. 1, no. 1, 2004, pp. 65-77.
- LEVRAT Nicolas, « L'Union européenne, Une Fédération Internationale », in J.-F. GAUDREAULT-DESBIENS, F. GELINAS (dir.), Le Fédéralisme dans tous ses états : gouvernance, identité et méthodologie – The states and moods of federalism : governance, identity and methodology, Cowansville (Québec), Éditions Y. Blais, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp 286 & s.
- LOUIS Jean-Victor, La Cour de justice après Nice, in « L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne », DONY Marianne/BRIBOSIA Emmanuelle (éd.), Bruxelles (Editions de l'Université de Bruxelles), 2002, p. 5-17, p. 11.
- MACKENZIE-STUART Alexander, «Évaluation des vues exprimées et introduction à une discussion-débat », in Subsidiarité : défi du changement. Actes du colloque Jacques DELORS, Maastricht, IEAP, 1991, pp. 41-46.

- MAGNON Xavier, VIDAL NAQUET Ariane, Le droit constitutionnel est-il un droit politique ?. Les cahiers Portalis, Association de l'Institut Portalis (AIP), 2018.
- MAGNON Xavier, Retour sur quelques définitions premières en droit constitutionnel : que sont une « juridiction constitutionnelle », une « cour constitutionnelle » et une « cour suprême » ? Proposition de définitions modales et fonctionnelles. In: Long Cours-Mélanges en l'honneur de Pierre Bon, Dalloz, 2014, pp. 305-322.
- MARCHAND-TONEL Xavier, "La subsidiarité, un enjeu des débats sur l'Union européenne" Présentation du dossier, *Droit et société*, 2012/1 n.o 80, pp. 7-9.
- MARCOU Gérard, « Les collectivités territoriales et l'Union européenne », Propos introductifs, in Potvin-Solis L. (dir.), Le statut d'État membre de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2018. p. 16.
- MARECHAL Camille, « "Ombrelle sur les prix" : quand le principe d'effectivité du droit de l'Union fait de l'ombre à l'autonomie procédurale des Etats membres ». Semaine juridique. Entreprise et affaires. 2014. n°30 p. 35-39.
- MARTIN François-René., « L'Europe et la problématique de la culture : cosmopolitisme, État- nation, démocratie », *in* G. Duprat (dir.) *L'union européenne. Droit, politique, démocratie*, Paris, PUF, 1996.
- MARTIN Sébastien, « L'identité de l'État dans l'Union européenne : entre « identité nationale » et « identité constitutionnelle » », *Revue française de droit constitutionnel*, 2012/3 (n° 91), p. 13-44.
- MARTINACHE Anne, « Une application du principe de subsidiarité : la Cour de justice et les compétences externes », in Revue des affaires européennes, 1998, pp. 62-66.
- MARTUCCI Francesco, « Système européen de banques centrales – Banque centrale européenne et Eurosystème – organisation », *JCl. Europe Traité*, fasc. 243, pts 63 et s.
- MARTUCCI Francesco, « L'autonomie, entre efficacité et proximité, quelques réflexions sur la subsidiarité », in C. KESSEDJIAN (dir.), Autonomie en droit européen : Stratégie des entreprises, des citoyens et des Etats. Presses de l'université Paris 2, 2013, pp.21-40.
- MASHAW Jerry, « Ensuring the Observance of Law in the Interpretation and Application of the EEC Treaty : e Role and Functioning of the Renvoi d'interpréation under Article 177 », *CML Rev.*, 1970, nº 19 et 29, p. 258-285 et 423-453.
- MATALA-TALA Léonard., La légitimation politique de la Fédération européenne in L'Union européenne, une Fédération plurinationale en devenir, précité, pp. 77-106.

- MATTERA Alphonso, « Subsidiarité, reconnaissance mutuelle et hiérarchie des normes européennes», *Revue du droit de l'Union Européenne*, 1991, n° 2, pp. 8- 10.
- MATTERA Alphonso, « Les principes de « proportionnalité » et de la « reconnaissance mutuelle » dans la jurisprudence de la Cour en matière de libre circulation des personnes et des services : de l'arrêt « Thieffry » aux arrêts « Vlassopoulou », « Mediawet » et « Dennemeyer » », RMUE, n° 4, 1991, p. 191
- MATTERA Alphonso, « Le principe de subsidiarité au service d'une Communauté à la dimension des problèmes de notre temps », *Revue du marché unique*, 1992, n° 4, pp. 189-192.
- MATTERA Alphonso, « Le principe de reconnaissance mutuelle : instrument de préservation des traditions et des diversités nationales, régionales et locales », *Revue du droit de l'Union Européenne,* 1998, n. 2, pp. 5-17.
- MATHISEN Gjermund,« Consistency and Coherence as Conditions for Justification of Member State Measures Restricting Free Movement », (2010) 47 *Common Market Law Review*, pp. 1021-1048.
- MAULIN Éric, 'Le pouvoir constituant dans l'Union européenne', *Droits*, 2007, n°45, p. 73-88.
- MAURY Jean-Pierre,« Les risques d'un jacobinisme européen », communication au colloque sur La décentralisation française et l'Europe, Strasbourg, 17 et 18 novembre 1992 ; publié in Hugues Portelli (sd), La décentralisation française et l'Europe, Éditions Pouvoirs locaux, Paris, 1993, p. 255-266.
- MEHDI Rostane, « L'exécution nationale du droit communautaire. Essai d'actualisation d'une problématique au cœur des rapports de systèmes » dans Mélanges en hommage à G. Isaac, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, pp. 615-639.
- MEHDI Rostane «L'autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif », in J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, Droit administratif européen, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 887-936.
- MEHDI Rostane, «Commentaire de l'article I-60», in L. Burgorgue-Larsen, Levade A.et F. Picod, Traité établissant une constitution pour l'Europe, commentaire article par article. Parties I et VI, Bruylant, 2007, pp. 735-750.

- MEHDI Rostane, *«Pédagogie et sécurité juridique »,* in L. Coutron (dir.), Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen, Bruylant, 2012, pp. 67-107.
- MENJUCQ Michel, « Le droit communautaire d'établissement et le droit international des sociétés après l'arrêt inspire art ». *Revue de droit des affaires de l'Association Droit & Affaires* 2 (1 octobre 2004): 121-34.
- MERTENS DE WILMARS Josse, « Du bon usage de la subsidiarité », in Revue du marché unique européen, 4/1992, p. 194.
- MILLET François-Xavier, «Fédéralisme européen et identité nationale. La voie du constitutionnalisme", Politique Européenne 2016/3 (N° 53), 2016, p. 60-84.
- MISCHO Jean, Un rôle nouveau pour la Cour de justice?, *RMC*, décembre 1990, n°342, pp.681-686.
- MITRANY David, « The Prospect of Integration : Federal or Functional » *Journal of Common Market Studies* 4, 1965, pp. 119-149.
- MODERNE Franck, « Les principes : permanence et nouveauté », R.F.D.A., 1999, no4, p. 722-762.
- Monnier Sophie, « Droit constitutionnel et droit communautaire. La répartition des compétences et la hiérarchie des normes nationales à l'épreuve de l'application du droit communautaire », *Revue française de droit constitutionnel*, 2006/4 (n° 68), p. 849-865.
- MORAVCSIK Andrew, « Negotiating the Single European Act : National Interests and Conventional Statecraft in the European Community, » *International Organization*, vol. 45 (1), (1991), p. 19-56.
- MOUTON Jean-Denis, «Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux Etats dans le système communautaire ? », in Les dynamiques du droit européen en début de siècle : études en l'honneur de Jean-Claude Gautron, Paris, Pedone, 2004, pp. 463-477.
- MOUTON Jean-Denis., « Introduction : présentation d'une proposition doctrinale », in BARBATO J.-C. et MOUTON J.-D., Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union Européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 1-17.
- MOUTON Jean-Denis, « L'État membre entre souveraineté et respect de son identité : quelle Union européenne », in CHALTIEL F., DELCAMP A. et MONJAL P.-Y., L'Union

européenne et ses États membres après le traité de Lisbonne - Quelle place et quel rôle dévolus aux États et pour quelle Union ?, Paris, RMCUE, Mars 2012, pp. 204-209.

- MOUTON Jean-Denis, « La mondialisation et la notion d'État », in SFDI, Colloque de Nancy, L'État dans la mondialisation, Paris, Pedone, 2013, pp. 30-36
- MOUTON Jean-Denis, « Réflexions sur la prise en considération de l'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne », in Mélanges en l'honneur de Philippe Manin : l'Union européenne : Union de droit, Unions des droits, Paris, Pedone, 2010, pp.145-154.
- MUIR WATT Horatia, « L'expérience américaine », in A. FUCHS, H. MUIR WATT, E. PATAUT (dir.), Les conflits de lois et le système juridique communautaire Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2004, p. 145.
- NABLI Béligh., L'Etat membre : l'« hydre » du droit constitutionnel européen. Une figure étatique à visages multiples, in : *VIIe Congrès français de droit constitutionnel*, 2008L
- NEFRAMI Eleftheria, « Le principe de solidarité des États membres vis-à-vis du droit communautaire : le devoir de loyauté », Septième Académie d'été des Centres d'excellence Jean Monnet de Rennes et Grenoble, *Union européenne et solidarité : Aspects internes et internationaux,* 4-17 septembre 2006, 21 p. (en ligne sur le site Internet du Centre d'Excellence Jean Monnet de Grenoble: cejm.upmf- grenoble.fr/userfiles/neframi.doc)
- NEFRAMI Eleftheria, « Le principe de coopération loyale comme fondement identitaire de l'Union européenne », in CHALTIEL F., DELCAMP A. et MONJAL P.-Y., L'Union européenne et ses États membres après le traité de Lisbonne - Quelle place et quel rôle dévolus aux États et pour quelle Union ?, Paris, RMCUE, Mars 2012, pp. 197-203.
- NICOLAÏDIS, Kalypso. « Demos et Demoï : fonder la constitution », *Lignes*, vol. 13, no. 1, 2004, pp. 88-109.
- NICOLAÏDIS Kalypso, « UE : Un moment tocquevillien », *Politique étrangère* 2005/3 (Automne), p. 495-509.
- NICOLAIDIS Kalypso, « Notre Demoï-cratie européenne : la constellation transnationale à l'horizon du patriotisme constitutionnel » in *Politique Européenne*, n° 19, 2006.
- OATES Walace, "Fiscal Competition and the European Union: Contrasting perspectives", Regional Sci. & Urb. Econ., vol. 31, 2001, p. 133.
- ORBAN Edmond, « La Cour constitutionnelle fédérale et l'autonomie des Länder en République fédérale d'Allemagne », Revue juridique Thémis, 22:1 (1988), pp. 37 à 60.

- OTIS Ghislain, « La justice constitutionnelle au Canada à l'approche de l'an 2000 : uniformisation ou construction plurielle du droit ? », *Ottawa Law Review,* 28, 1996, pp. 261-279.
- PECH Laurent, « Le remède au « gouvernement des juges » : le judicial self-restraint ? », in BRONDEL Séverine, FOULQUIER Norbert, HEUSCHLING Luc, *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, 2001, pp. 63-113.
- PERRIN Alix, «Que reste-t-il de l'autono- mie procédurale des Etats membres? (à propos de la décision de la CJCE du 18juillet 2007, Commission c/ Allemagne)», Revue du Droit Public, n. 6-2008, pp. 1661 à 1688.
- PINDER John, "Positive Integration and Negative Integration: Some Problems of Economic Union in the EEC", *World Today,* n° 24, 1968, p. 90.
- PLATON Sébastien, « L'autonomie institutionnelle des Etats membres de l'Union européenne : parent pauvre ou branche forte du principe d'autonomie institutionnelle et procédurale ? », in Potvin-Solis Laurence (dir.), Le statut d'État membre de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2018.
- POIARES MADURO Miguel, "Reforming the Market or the State? Article 30 and the European Constitution: Economic Freedom and Political Rights", ELJ, n° 3, 1997, p. 55.
- POIARES MADURO Miguel 'Where to look for legitimacy?',in Arena Report n°5/2003, Constitution Making and Democratic Legitimacy (Eric Odvar Eriksen et al, reds Arena, 2002).
- POIARES MADURO Miguel, « La Cour de justice de l'Union européenne et la Cour Suprême des Etats-Unis face à l'entrave », *in L'entrave dans le droit du marché intérieur,* L. AZOULAI (dir.), Bruylant, 2011, p. 259.
- POPELIER Patricia, 2019, « Le fédéralisme dynamique », *50 déclinaisons de fédéralisme*. Disponible [en ligne] : https://capcf.uqam.ca/veille/le-federalisme-dynamique/.
- POTVIN-SOLIS Laurence, « Le respect de l'autonomie institutionnelle et procédurale interne devant la juridiction communautaire », in BARBATO J.-C. et MOUTON J.-D., Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union Européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 113-156.

- POTVIN-SOLIS Laurence, « Le principe de coopération loyale », in Le droit constitutionnel européen, quel droit constitutionnel européen ?, H. GAUDIN (dir.), Annuaire de droit européen, Volume VI, 2011, pp. 165-210.
- POTVIN-SOLIS Laurence, « Compétences partagées et objectifs matériels » dans Eleftheria NEFRAMI (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union Européenne*, coll. Collection droit de l'Union européenne Colloques, n°20, Bruxelles, Bruylant, 2013.
- POTVIN-SOLIS Laurence, « Valeurs communes et citoyenneté européenne : quels progrès pour l'identité de l'Union devant la Cour de justice ? », in Les valeurs communes dans l'Union européenne, 2014, Bruylant, Coll. « Colloques Jean Monnet », L. POTVIN-SOLIS (dir.), pp. 119-154.
- POTVIN-SOLIS Laurence, « Les politiques de l'Union européenne et les rapports de systèmes entre les deux jurisprudences européennes dans la garantie des droits fondamentaux, Politiques de l'Union Européenne et droits fondamentaux : treizièmes journées Jean Monnet, Colloques Jean Monnet, pp.123-188, 2017.
- POTVIN-SOLIS, « De la fonction du concept à la portée du principe d'autonomie locale et régionale dans l'ordre juridique de l'Union européenne », in L'Union européenne et l'autonomie locale et régionale, Bruylant, Coll. « Colloques Jean Monnet », L. POTVIN-SOLIS (dir.), pp. 325-372.
- PUDER Markus, « Constitutionalizing the European Union - more than a sense of direction on the Future of Europe », *Fordham International Law Journal,* 2003, Vol. 26 (6), pp.1562-1579.
- PUTTLER Adelheid, « le renforcement de la notion d'identité nationale dans l'union européenne », in J. ROSSETTO, A. BERRAMDANE, W. CREMER ET A. PUTTLER (dir.), *Quel avenir pour l'intégration européenne ?*, tours, pu François rabelais, 2010, p. 179.
- RACCAH Aurélien, «Vers une formalisation de la procédure pré-législative de l'Union européenne ? », Revue française d'administration publique, 3/2008 (n° 127) , p. 543.
- RADAELLI Claudio, « Diffusion without convergence : how political context shapes the adoption of regulatory impact assessment » Journal of European Public Policy, 12, n°5, 2005, p. 924-943.
- REDISH Marti and NUGENT Shane, "The Dormant Commerce Clause and the Constitutional Balance of Federalism", Duke L.J., vol. 1987, 1987, p. 569.

- RICARD-NIHOUL Gaëtane, « La poursuite de la voie fédérative : un saut qualitatif ou un processus progressif ? », in Barbato, C., Petit, Y. (dir.), L'Union européenne, une Fédération plurinationale en devenir ?, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2015, pp 391-417.
- RIDEAU Joël, « Le rôle des Etats membres dans l'application du droit communautaire », *AFDI*, 1972, pp. 864-903.
- RIGAUX Anne, « Symphonie déconcertante ou Keckophonie ? (à propos des dissonances de l'arrêt Morellato) », Europe, n° 11, 2003, p. 7.
- RITLENG Dominique, « Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale », in BARBATO J.-C. et MOUTON J.-D., Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union Européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 21-47.
- RITLENG Dominique, « L'identification de la fonction exécutive de l'Union », in J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 27-54.
- RITLENG D., « Les catégories des actes de l'Union – Réflexions à partir de la catégorie de l'acte législatif », *Les catégories juridiques du droit de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2016, pp. 155-174.
- RITLENG Dominique, « Les États membres face aux entraves », in AZOULAI L., L'entrave dans le droit du marché intérieur, Paris, Bruylant, 2011, pp. 303-324.
- RITLENG Dominique, « L'accès au marché est-il le critère de l'entrave aux libertés de circulation ? » in *L'unité des libertés de circulation*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p.159-183.
- ROBIN-OLIVIER Sophie et BARON Charles, « Fédéralisme et dialogue sur l'égalité : Une comparaison des droits des Etats-Unis et de l'Union européenne », *Droit et cultures*, 49 | 2005, 147-166.
- ROLLAND Patrice. Théorie proudhonnienne du fédéralisme et l'Europe d'aujourd'hui. In: Raison présente, n°114, 2e trimestre 1995. Foucault et le projet critique. pp. 57-80.
- ROCCATI Marjolaine,« *Quelle place pour l'autonomie procédurale des États membres* ? », Revue Internationale de Droit Economique (R.I.D.E.), 2015, n°4, pp. 429-439.
- RYDER Bruce, « The demise and rise of the Canadian federalism : Promoting Autonomy for the Provinces and first Nations», McGill Law Journal/Revue de Droit de McGill. Volume 36, Number 2 (1991), p. 308-381.

- SALAH Mohammed, « La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux. Réflexions sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation », *Revue internationale de droit économique*, vol. 3,2001, p. 266.
- SIDJANSKI Dusan, « L'approche fédérale de l'Union européenne ou la quête d'un fédéralisme européen inédit », Études et recherches, *Notre Europe*, juillet 2001.
- SIMON Denys, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire », in Revue des affaires européennes, 1998, pp. 84-93.
- SIMON, Denys, «Les exigences de la primauté du droit communautaire: continuité ou métamorphoses ? », L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis, Paris, Dalloz, 1991, pp. 481-493.
- SIMON Denys, « L'Union européenne comme Fédération » in BENLOLO CARABOT, M., CANDAS, U., et CUJO E. (dir)., Union européenne et droit international en l'honneur de P. Daillier, Pedone, Paris, 2013, pp. 139-230.
- SIMON Denys et BARAV Ami, « Le droit communautaire et la suspension provisoire des mesures nationales », *RMC* 1990 p. 591.
- SIRINELLI Jean, « Droit administratif européen et fonction administrative européenne : la double inconstance » in, Mélanges en l'honneur du professeur Blumann : L'identité du droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 501-515.
- SIRINELLI Jean, La mise en œuvre du droit de l'Union européenne dans le contentieux administratif in *Traité de droit administratif européen,* 2 éd, AUBY J.-B., DUTHEIL de la ROCHERE J. (dir) Bruylant, 2014, p.1007.
- SCHMIDT-ASSMANN Eberhartd « le modèle de l'administration composée et le rôle du droit administratif européen », RFDA, 2006, p. 1246.
- SCHMITZ Thomas, « Le peuple européen et son rôle lors d'un acte constituant dans l'Union européenne », RDP, n° 6/2003, pp. 1709-1742,
- SCHÜTZE Robert, "Subsidiarity after Lisbon: reinforcing the safeguards of federalism?," *Cambridge Law Journal, Vol. 68, No. 3*, 2009: 525–536.
- SCHÜTZE Robert, « Le domaine des compétences d'exécution » dans Auby (J.-B) et Dutheil de la Rochère (J.) (dir.), Traité de droit administratif européen, 2e éd., Bruylant, 2014, pp. 69-86.

- SCHWARZE Jürgen, «Le principe de subsidiarité dans la perspective du droit constitutionnel allemand», Revue du marché commun et de l'Union Européenne, 1993, vol. 70, no 615, pp. 24-32.
- SCHWARZE Jurgen, «Introduction: les sources et principes du Droit Administratif Européen» in Traité de droit administratif européen ed. by J.-B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, E. CHEVALIER, Bruylant, 2014.
- STROZZI Girolamo , «Le principe de subsidiarité dans la perspective de l'intégration européenne : une énigme et beaucoup d'attentes », *Revue trimestrielle de droit européen,* 1994, n°3, pp. 973-390.
- SULLIVAN Kathleen, « From States'rights blues to blue States'rights : federalism after the Rehnquist Court », *Fordham Law Review*, n° 75/2006, pp. 799-813.
- SWAINE Edward, "Subsidiarity and Self-Interest: Federalism at the European Court of Justice," *Harvard International Law Journal*, 2000.Vol.41, pp.1-128.
- THOUVENIN Jean-Marc, « Collectivités territoriales non étatiques et Union européenne », in Les collectivités territoriales non étatiques dans le système juridique international, Paris, Pédone,
  coll. Société française pour le droit international, 2002, 208p. (pp.185-195).
- TIEBOUT Charles, A Pure Theory of Local Expenditure. *Journal of Political Economy, 1956,* Vol.64, pp.416-424.
- TOTH Akos, Is subsidiarity justiciable?, *ELRev*, 1994, vol.19, n°3, pp.268-285.
- TOTH Akos, The principle of subsidiarity in the Maastricht treaty, *CMLR*, 1992, n°29, pp. 1079-1105.
- VAN GERVEN Walter, 'Of Rights, Remedies and Procedures', CML Rev., vol. 37, 2000, pp. 501-536.
- VERHOEVEN Joe, Analyse du contenu et de la portée du principe de subsidiarité, in : DELPEREE F.(dir.), Le principe de subsidiarité, p.382.
- VON BOGDANDY, Armin, SCHILL, S., Overcoming Absolute Primacy: Respect for the National Identity Under the Lisbon Treaty, *CML Rev*, 2011, 48, p. 1417.
- VOYAME Joseph, « Le principe de subsidiarité dans la répartition des tâches entre Confédération et cantons », in Staatsorganisation und staat funktionen, Wandel, Basel/ Frankfurt, in Mélanges Kurt Eichenberger, Bâle/Francfort, 1982, pp.121-129.

- WAELBROECK Denis, « Le rôle de la Cour de justice dans la mise en oeuvre de l'Acte unique européen », *CDE*, 1989, pp. 41-62.
- WAELBROECK Denis, et BOMBOIS T., «Des requérants "privilégiés" et des autres... À propos de l'arrêt *Inuit* et de l'exigence de protection juridictionnelle effective des particuliers en droit européen», ces *Cahiers*, 2014/1, pp. 21 à 76.
- WATHELET Melchior, « La subsidiarité au sein de l'Union européenne : le processus décisionnel », in L'Europe de la subsidiarité, Centre d'études constitutionnelles et administrative, XVIIème journée juridique Jean Dabin, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 131-199.
- WATHELET Melchior, « Propos liminaires », in Francis Delpérée (dir.), Le principe de subsidiarité, Bruxelles, éditions Bruylant, 2002, pp.17-45.
- WEILER Joseph and DEHOUSSE Renaud,. « The Legal Dimension » In *The Dynamics of European Integration*, ed. William Wallace, Londres: Pinter Publishers,1990, pp. 242-260.
- WEILER Joseph, The State 'über alles'. Demos, Telos, and the German Maastricht decision, *Festschrift für Everling*, Nomos, 1995, pp.1651-1688.
- WEILER Joseph, « Fédéralisme et constitutionnalisme : le *Sonderweg* de l'Europe », *in* Renaud DEHOUSSE (Dir.), *Une constitution pour l'Europe*, Paris, Presses de Sciences-Po, 2002, pp. 151-176.
- WERNER Fritz, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, DVBl 1959, 527-533.
- YOUNG Ernest, The Puzzling Persistence of Dual Federalism, in *Federalism and Subsidiarity* , 34-82 (2014) in Nomos,James E. Fleming, Jacob T Levy. NYU Press, 2014 - Law - 464 p.
- ZILLER Jacques, L'autorité administrative dans l'Union européenne in Laurence BURGORGUE-LARSEN and Loïc AZOULAI (eds), L'autorité de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2006, 2, 119-153, Collection droit de l'Union européenne - Colloque.
- ZILLER Jacques, « Exécution centralisée et exécution partagée : le fédéralisme d'exécution en droit de l'Union européenne, » in L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux, Colloques, J. D. de la Rochère (dir.), Bruylant, 2009, p.128.

- ZILLER Jacques, « Le principe de subsidiarité », in J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), Traité de droit administratif européen, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 527-542.
- ZILLER Jacques, « Les concepts d'administration directe, d'administration indirecte et de coadministration et les fondements du droit administratif européen » dans Auby (J.-B) et Dutheil de la Rochère (J.) (dir.), Traité de droit administratif européen, 2e. éd., Bruylant, 2014, pp. 327-334.
- ZOLLER Elisabeth, « Aspects internationaux du droit constitutionnel, contribution à la théorie de la fédération d'Etats », *RCADI,* Vol. 294, 2002, pp. 39-166.
- ZOLLER Elisabeth, 'Congruence and Proportionality for Congressional Enforcement Powers: Cosmetic Change or Velvet Revolution?' (2003) 78 *Indiana Law Review* 567, 581-582.

Rapports et études

- LAMOUREUX François, Démocratie et subsidiarité dans l'Union Européenne, Rapport du Colloque du Mouvement Européen, Paris, 6 février 1993.
- LA MALENE Christian (de), *L'application du principe de subsidiarité,* Les rapports du Sénat, n°46, 1996-1997, 119 p.
- Rapport Toussaint du 1e février 1988 de la commission institutionnelle du Parlement européen, document A 2-076/87.
- NADOT Sébastien, QUENTIN Didier, Rapport d'information de la Commission des affaires étrangères en conclusion des travaux d'une mission d'information constituée le 24 octobre 2017 sur la refondation démocratique de l'Union européenne, Assemblée nationale, n° 1439.
- Compte rendu présenté le 24 octobre 2002 par Valery Giscard d'Estaing, président de la Convention sur l'avenir de l'Europe au Conseil européen de Bruxelles
- Dix-huitième rapport semestriel: *Évolution des procédures et pratiques de l'Union européenne relatives au contrôle* parlementaire rédigé par le Secrétariat de la COSAC, septembre 2012, présenté à la XLVIIIe Conférence des organes parlementaires spécialisés dans les affaires de l'Union des parlements de l'Union européenne, 14-16 octobre 2012 Nicosie.

- Rapport d'information n° 67 (2013-2014) de MM. Simon SUTOUR et Jean-Louis LORRAIN, fait au nom de la commission des affaires européennes, déposé le 10 octobre 2013.
- Rapport d'information n° 414 (2015-2016) de MM. Pascal ALLIZARD et Didier MARIE, fait au nom de la commission des affaires européennes, déposé le 18 février 2016.
- PADOA-SCHIOPPA T et EMERSON M., Efficacité, stabilité, équité : une stratégie pour *l'évolution du système économique de la Communauté européenne* – Rapport à la Commission des Communautés européennes, Economica, 1987 (219 p.)
- Commission des affaires européennes du Sénat français, Étude de législation comparée n° 242 - mars 2014 - L'organisation des Etats fédéraux : démocratie, répartition des compétences, Etat de droit et efficacité de l'action publique.

Discours

- DELORS Jacques, « Discours d'ouverture de la Conférence intergouvernementale du 9 septembre 1985 à Luxembourg » in Bulletin des Communautés européennes, septembre 1985, no 9.
- DELORS Jacques., « Les leçons de Maastricht », Discours devant le Parlement européen, 12 décembre 1991, in Le Nouveau concert européen, Odile Jacob, Paris, 1992, p. 177-187.
- DELORS Jacques, « Le principe de subsidiarité - principe directeur des futures responsabilités en matière de politiques communautaires ?», Discours au Colloque de l'Institut européen d'administration publique, Maastricht, 21-22 mars 1991, in Le Nouveau concert européen, Odile Jacob, Paris, 1992, p. 163-176.
- FISCHER Joshka, Discours sur la finalité de l'intégration européenne prononcé le 12 mai 2000 à l'Université Humboldt de Berlin.
- BARROSO J. M., Discours sur l'état de l'Union 2012, Speech/12/596, 12 septembre 2012.

Articles de presse

- BOOTH P. BREXIT: The role of subsidiarity,, The Tablet, 29 June 2016.
- BLACKMANN A. P., Brexit: An Exercise in the Violation of Subsidiarity, 2016.
- Reuters world news september 8 2016/6:52PM/ en ligne : https://www.reuters.com/article/us-europe-reforms-merkel/germanys-merkel-says-more-eu-centralization-not-the-answer.

Documents pontificaux et ecclésiastiques

- PIE IX, Lettre apostolique Quanta cura, 8 décembre 1864, Acta Sandae Sedis, 1867- 1868, III, p.163-166 (in UTZ A. F., éd., La Doctrine sociale de l'Eglise à travers les siècles. Documents pontificaux du XVe au XXe siècle, Herder, Beauchesne, Bâle, Paris, Rome, 1969, I, p.158-175)

- PIE XI, Lettre encyclique Quadragesimo anno, 15 mai 1931, Acta Apostolicae Sedis, 1931, XXIII, p.177-228 (in UTZ A. F., éd., La Doctrine sociale de l'Eglise à travers les siècles. Documents pontificaux du XVe au XXe siècle, Herder, Beauchesne, Bâle, Paris, Rome, 1969, I, p.568-663)

Textes officiels

I. Droit de l'Union

A. Droit primaire

Traités

- Traité de Lisbonne, 13 décembre 2007, Journal Officiel de l'Union Européenne C 306 du 17 décembre 2007
- Traité sur l'Union Européenne. Journal officiel de l'Union Européenne C115/15 du 9 mai 2008
- Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne, 9 mai 2008, Journal officiel de l'Union Européenne C115/47
- Traité établissant une Constitution pour l'Europe, 29 Mai 2005.
- Traité d'Amsterdam, 2 octobre 1997, Journal Officiel des Communautés européennes C 340/1 du 10 novembre 1997.
- Traité sur l'Union Européenne (version consolidée), Maastricht, 7 février 1992, Journal officiel de l'Union Européenne n° C-326 du 26 octobre 2012.
- Traité instituant la Communauté Européenne (CEE) (version consolidée), Acte Unique Européen, 28 février 1986, Journal officiel L 169 du 29.6.1987.

- Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier, Paris, 18 avril 1951.

Protocoles

- Protocole n°1 sur le rôle des parlements nationaux annexé au traité de Lisbonne, Journal Officiel de l'Union Européenne C115/201 du 9 mai 2008
- Protocole n° 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité annexé au traité de Lisbonne, Journal Officiel de l'Union Européenne C115/201 du 9 mai 2008.
- Protocole n° 30 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité annexé au Traité instituant la Communauté européenne par le Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997, JOCE, 10.11.1997, n° C 340.
- Protocole relatif aux préoccupations du peuple irlandais concernant le traité de Lisbonne, dans Journal officiel de l'Union européenne (JOUE). 02.03.2013, n° L 60, pp. 131-139.
- Protocole n° 17 annexé au Traité sur l'Union européenne et aux traités instituant les Communautés européennes.

B. Droit dérivé

- ***Règlements***

- Règlement (CE) no 2027/97 du Conseil du 9 octobre 1997 relatif à la responsabilité des transporteurs aériens en cas d'accident, OJ L 285, 17.10.1997, p. 1–3.
- Règlement (CE) n° 889/2002 du Parlement européen et du Conseil du 13 mai 2002 modifiant le règlement (CE) n° 2027/97 du Conseil relatif à la responsabilité des transporteurs aériens en cas d'accident. OJ L 140.
- Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JO L 1 du 4.1.2003, p. 1–25.
- Règlement (CE) N°717/2007 du parlement européen et du conseil du 27 juin 2007 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de téléphonie mobile à l'intérieur de la Communauté et modifiant la directive 2002/21/CE.

- Règlement (UE) n° 182/2011 du Parlement Européen et du Conseil du 16 février 2011 établissant les règles et principes généraux relatifs aux modalités de contrôle par les États membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission, JO L 55 du 28.2.2011, p. 13–18.
- Règlement (UE) n ° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, JO L 201 du 27.7.2012, p. 107–134.
- Règlement (UE) n ° 1308/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant organisation commune des marchés des produits agricoles et abrogeant les règlements (CEE) n ° 922/72, (CEE) n ° 234/79, (CE) n ° 1037/2001 et (CE) n ° 1234/2007 du Conseil, JO L 347 du 20.12.2013, p. 671–854.

- ***Directives***

- Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JO L 281 du 23.11.1995, p. 31–50.
- Directive 2001/84/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2001 relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une œuvre d'art originale. JO L 272 du 13.10.2001, p. 32–36.
- Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, OJ L 108, 24.4.2002, p. 33–50.
- Directive 2004/49/CE du parlement européen et du conseil du 29 avril 2004 concernant la sécurité des chemins de fer communautaires et modifiant la directive 95/18/CE du Conseil concernant les licences des entreprises ferroviaires, ainsi que la directive 2001/14/CE concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité, JO L 164 du 30.4.2004, p. 44–113.
- Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte)JO L 204 du 26.7.2006.

- Directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil. JO L 133 du 22.5.2008, p. 66–92.
- Directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE.
- Directive 2009/72/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13 juillet 2009 sur des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, OJ L 211, 14.8.2009, p. 55–93
- Directive 2009/125/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 établissant un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'écoconception applicables aux produits liés à l'énergie. JO L 285 du 31.10.2009, p. 10–35.
- Directive 2014/40/UE du Parlement européen et du Conseil, du 3 avril 2014, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac et des produits connexes, et abrogeant la directive 2001/37/CE (JO 2014, L 127, p. 1).
- Directive 2014/40/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac et des produits connexes, et abrogeant la directive 2001/37/CE, JO L 127 du 29.4.2014, p. 1–38.
- Directive 2014/54/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative à des mesures facilitant l'exercice des droits conférés aux travailleurs dans le contexte de la libre circulation des travailleurs, JO L 128 du 30.4.2014, p. 8–14.
- Directive 2014/67/UE du Parlement Européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services et modifiant le règlement (UE) n°1024/2012 concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur JO L 159 du 28.5.2014, p. 11–31.
- Directive *2014/104/UE* du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, JO L 349, 5 décembre 2014, pp. 1-19.

- Directive (UE) 2016/1148 du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2016 concernant des mesures destinées à assurer un niveau élevé commun de sécurité des réseaux et des systèmes d'information dans l'Union, JO L 194 du 19.7.2016, p. 1–30.

C. Divers

Résolutions du Parlement européen

- Résolution du 14 février 1984 relative au projet de traité instituant l'Union européenne, JOCE, C 77, 19 mars 1984.
- Résolution du 9 juillet 2008 sur le rôle du juge national dans le système juridique européen, Rés. P6_TA (2008) 0352.
- Résolution du 13 mai 1997 sur les rapports de la Commission au Conseil européen – sur l'application du principe de subsidiarité en 1994 (COM (94).

Accords interinstitutionnels et actes communs a plusieurs institutions

- Déclaration commune sur la démocratie, la transparence et la subsidiarité du 25 octobre 1993, JOCE n° C-329 du 6 décembre 1993, p. 132.
- Accord interinstitutionnel "mieux légiférer" du 16 décembre 2003, *JOCE* n° C-321 du 31 décembre 2003, p. 1.
- Conseil européen d'Edimbourg, conclusions de la Présidence du 11-12 décembre 1992, annexe 1 à la partie I.
- Déclaration de Laeken des 14 et 15 décembre 2001, annexée aux Conclusions de la Présidence.

Rapports, communications et avis de la Commission

- Communication sur les suites de l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, le 20 février 1979, dans l'affaire 120-78 (Cassis de Dijon) Journal officiel n° C 256 du 03/10/1980 p. 0002 - 0003.
- Communication au Conseil et au Parlement européen, SEC(1992), Le principe de subsidiarité, Bruxelles, le 27 octobre 1992, 22 p.
- Rapport du 24 novembre 1993 au Conseil européen de Bruxelles sur l'adaptation de la législation existante au principe de subsidiarité (COM (1993).
- Rapport du 25 novembre 1994 sur l'application du principe de subsidiarité (COM (1994).
- Communication sur « La reconnaissance mutuelle dans le cadre du suivi du plan d'action pour le marché intérieur » (COM [1999] 299), qui sera accompagnée d'une résolution du

Conseil du 28 octobre 1999 sur la reconnaissance mutuelle (JO n° C 141 du 19/05/2000 p. 5).

- Communication de la Commission pour l'Union européenne : paix, liberté, solidarité - sur l'architecture institutionnelle COM (2002) 728.
- Communication du 11 décembre 2002 « Vers une culture renforcée de consultation et de dialogue - Principes généraux et normes minimales applicables aux consultations engagées par la Commission avec les parties intéressées » COM(2002)704.
- Communication relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, Journal officiel n° C 101 du 27/04/2004 p. 0043 - 0053.
- Communication au Conseil, au Parlement européen et au Comite économique et social, La transparence réglementaire dans le Marché Intérieur pour les services de la Société de l'Information. {SEC(2005) 717} /* COM/2005/0229 final.
- LIVRE BLANC sur la gouvernance, 25 juillet 2001 (COM (2001) 428 final).
- LIVRE BLANC sur l'achèvement du marché intérieur, à l'intention du Conseil européen. Bruxelles: Juin 1985. 54 p.
- LIVRE VERT sur les jeux d'argent et de hasard en ligne dans le marché intérieur /* COM/ 2011/0128 final.
- Lignes directrices sur l'analyse d'impact 15.1.2009, SEC(2009) 92, p.25.
- *Mieux légiférer 2002*, Rapport de la Commission au Conseil européen, COM (2003) 770 final, p 17.
- *Mieux légiférer 2011*, Rapport de la Commission au Conseil européen, COM (2012) 373 final.

Communications de la Cour de justice

- Communication de la Cour de justice à l'attention de la conférence intergouvernementale sur l'Union politique de 1991, 20 décembre 1990.

Avis du Comité des régions

- Avis du Comité des régions sur le «Rapport de la Commission au Conseil européen - Mieux légiférer 1998 - Une responsabilité à partager», OJ C 374, 23.12.1999, p. 11–15.

II. Droit étranger

A. Suisse

- Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999.

B. Allemagne

- Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne du 8 mai 1949.

C. Etats-Unis

- Constitution des Etats-Unis du 17 septembre 1787.

D. Canada

- Loi constitutionnelle de 1867.
- Loi constitutionnelle de 1982.

Jurisprudence

I. Jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne

A. CJCE - CJUE

- CJCE, 29 novembre 1956, *Fédération Charbonnière de Belgique c. Haute Autorité de la CECA,* aff. 8-55., Rec.1955 291.
- CJCE, 15 juillet 1960, *Pays-Bas / Haute Autorité,* aff. 25/59, Rec. p. 761.
- CJCE, 15 juillet 1963, *Plaumann,* aff. 25/62, Rec. 1963, p. 906.
- CJCE, 15 juillet 1964, Costa, 6/64, Rec. p. 1141.
- CJCE, 4 avril 1968, *Firma Gebrüder Lück*, aff. 34-67; Rec., p. 359.
- CJCE, 19 décembre 1968, *Salgoil*, aff. 13-68, Rec. p. 661.
- CJCE, 13 février 1969, *Walt Wilhelm,* aff. 14/68, Rec., p. 15.
- CJCE, 12 novembre 1969*, Erich Stauder c. Ville d'Ulm - Sozialamt,* C-29/69, Rec. 1969 00419.
- CJCE, 18 février 1970, *Bollmann, aff. 40/69.,* Rec., p. 69.
- CJCE, 18 juin 1970, *Krohn, aff. 74/69, Rec*., p. 451.
- CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel,* aff. 11-70, Rec. 1970 p. 1125.
- CJCE, 17 décembre 1970, *Scheer*, aff. 30/70, Rec., p.1197.

- CJCE, 11 février 1971, *Fleischkontor,* aff. C-39-70.
- CJCE, 31 mars 1971, Commission c/ Conseil dit "AETR", Aff. 22/70, Rec.1971 p.263.
- CJCE, 8 juin 1971, Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH c/ Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG, aff. 78/70, Rec. 1971, p. 499.
- CJCE, 15 décembre 1971, *International Fruit Company,* aff. jtes C-51 à 54-71.
- CJCE, 6 juin 1972, *Schlüter & Maack,* aff. 94-71.
- CJCE, 3 juillet 1974, *Casagrande,* aff. 9-74, Rec., p. 773.
- CJCE, 11 juillet 1974, *Dassonville*, aff. 8/74, *Rec*. p. 837.
- CJCE, 14 juillet 1976, *Kramer*, aff. 34/76 & 6/76, *Rec*. p 1308.
- CJCE, 16 décembre 1976, *Comet,* aff. 45/76, Rec.1976, p. 2043.
- CJCE, 2 février 1977, *Amsterdam Bulb off*. 50/76, Rec. p. 137.
- CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal,* aff. 106-77, Rec. 629.
- CJCE, 20 février 1979, *Cassis de Dijon*, aff. 120/78, *Rec*. p. 649.
- CJCE, 12 juillet 1979, *Adriano Grosoli, aff*. 223/78, Rec. 02621.
- CJCE, 27 septembre 1979, *SPA Eridania,* aff. 230/78, Rec., p.2749.
- CJCE, 27 février 1980, *Hans Just / Ministère danois des impôts,* aff. 68/79, Rec. 1980, p. 501.
- CJCE, 27 mars 1980, *Denkavit italiana*, 61/79.
- CJCE, 7 juillet 1981, *Rewe,* aff. 158/80, Rec. 1981, p. 1805.
- CJCE, 21 septembre 1983, *Deutsche Milchkontor*, aff 205 à 215/82, Rec., 2633.
- CJCE, ord., 5 octobre 1983, *Nevas c/ Caisse des juristes à Athènes,* aff. 142/83, Rec. , p. 2969.
- CJCE, 9 novembre 1983, *San Giorgio,* aff. 199/82.
- CJCE, 16 avril 1984, *Von Colson et Kamann*, aff. C-14/83, Rec. 1984, p. 1891.
- CJCE, 6 décembre 1984, Biovilac/CEE, 59/83, Rec. 1984 p. 4057.
- CJCE, 9 juillet 1985, Piercarlo *Bozzetti* C-179/84, Rec. p. 02301.
- CJCE, 11 juillet 1985, *Remia, aff.*42/84, Rec. p. 2545.
- CJCE, 23 avril 1986, Les Verts c/Parlement, aff. 294/83, Rec. p. 1339.

- CJCE, 15 mai 1986, *Johnston c/ Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary,* aff. 222/84, Rec. p. 1651.
- CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost,* C-314/85, Rec. CJCE p. 4199.
- CJCE, 29 juin 1988, *Deville*, aff. 240/87.
- CJCE, 27 septembre 1988, *Commission/Conseil,* 165/87, Rec. p. 5545.
- CJCE. , 2 février 1989, *Pays-Bas c/ Commission,* aff. 262/87, Rec., 225.
- CJCE, 21 septembre 1989, *Commission c/ Grèce*, aff. 68/88, Rec., p. 2965.
- CJCE, 13 juillet 1989, *Wachauf*, aff. 5/88.
- CJCE, 24 octobre 1989, *Commission/Conseil, aff.* 16/88, Rec. p. 3457.
- CJCE, 23 novembre 1989, Torfaen Borough Council, aff. C-145/88, Rec. p. 3851.
- CJCE, 22 mars 1990, *Triveneta Zuccheri e.a. c/ Commission,* aff. C-347/87, Rec. , I, p. 1083.
- CJCE, 19 juin 1990, *Factortame, a*ff. C-213/89.
- CJCE, 12 juin 1990, *Allemagne c/ Commission*, aff. 8/88, Rec., p.I-02321.
- CJCE, *Massam Dzodzi,* 18 octobre 1990, aff.jointes C-297/88 et C-197/89, Rec. I-03763.
- CJCE, 13 novembre 1990, *Marleasing contre Comercial Internacional de Alimentación,* aff. C-106/89, Rec. 1990, p. 395.
- CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik,* aff. jointes C-143/88 et C-92/89.
- CJCE., 7 mai 1991, *Vlassopoulou*, aff. C-340/89, Rec., p. I-2357., pt 15.
- CJCE, 18 juin 1991, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE et Panellinia Omospondi,* « ERT », aff. C−260/89, Rec. I-02925.
- CJCE 11 juillet 1991, *Verholen*, aff. jtes, C-87/90, C-88/90 et C-89/90.
- CJCE, 25 juillet 1991, *Emmott,* aff. C-208/90.
- CJCE, 4 octobre 1991, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland,* C-159/90, Rec. p. I-4685.
- CJCE 19 novembre 1991, *Francovich,* aff. jtes C-6/90 et C-9/90.
- CJCE, 25 mai 1992, *Commission. c/ Pays-Bas*, aff. C-97/81, Rec., p. 1819.
- CJCE, 1er juillet 1993, *Hubbard*, aff. C-20/92, *Rec.,* p. I-3777.
- CJCE, 2 août 1993, *Marshall II*, C-271/91, Rec., I-4367.

- CJCE, 27 octobre 1993, Enderby, aff. C-127/92, Rec. CJCE, Rec., p. I-5535.
- CJCE, 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard,* C-267 et 268/91, rec. I 6097.
- CJCE, 15 décembre 1993, *Hünermund Ruth,* aff C-292/92, Rec. CJCE, I, p. 6816.
- CJCE, 9 mars 1994, TWD Textilwerke Deggendorf, C−188/92, EU:C:1994:90.
- CJCE, 24 mars 1994, *Schindler*, aff. C-275/92, *Rec*. p. I-1039.
- CJCE, 15 décembre 1994, *DLG,* C−250/92, Rec. p. I−5641.
- CJCE, 2 juin 1994, *Punto Casa and PPV*, aff. jtes C-69 et 258/93, Rec. p. I-2355.
- CJCE., 9 août 1994, République fédérale d'Allemagne c. Conseil, C-359/92, Rec., p. I-3681.
- CJCE, 6 juillet 1995, *Mars*, aff. C-470/93.
- CJCE, 17 octobre 1995, *Pays-Bas/Commission*, aff. C−478/93, Rec. p. I-03081.
- CJCE, 9 novembre 1995, *Atlanta,* aff. 465/93.
- CJCE, 23 novembre 1995, *Pérez,* aff. C-394/93.
- CJCE, 14 décembre 1995, *Domingo Banchero*, aff. C-387/93, Rec. p. I-4663.
- CJCE, 14 décembre 1995, *Schijndel*, aff. jointes C-430/93 et C-431/93.
- CJCE 14 décembre 1995, *Peterbroeck,* C-312/93.
- CJCE, 15 décembre 1995, *Bosman*, aff. C-415/93, *Rec*. p. I-4921.
- CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur* et *Factortame*, aff. jtes C-46/93 et C-48/93, Rec., p. I-1029.
- CJCE, 2 juillet 1996, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-473/93, Rec. p. I-3207.
- CJCE, 24 octobre 1996, *Tremblay*, aff. C-91/95 P.
- CJCE, 12 novembre 1996, *Royaume-Uni c. Conseil*, aff. C-84/94, *Rec*., p. I-5793.
- CJCE, 13 mai 1997, *Allemagne c. Parlement européen et Conseil,* aff. C-233/94,, Rec., p. I-2441.
- CJCE, 9 Juillet 1997, *De Agostini,* aff.jointes C-34/95, C-35/95, C-36/95.
- CJCE 10 juillet 1997, *Palmisani*, C-261/95.
- CJCE 11 septembre 1997, *Margorrian,* C-246/96.
- CJCE, 15 septembre 1998, *Edilizia Industriale,* aff. C-231/96.

- CJCE., 22 octobre 1998, *Hilmar Kellinghusen c. Amt für Land- und Wasserwirtschaft Kiel et Ernst-Detlef Ketelsen c. Amt für Land- und Wasserwirtschaft Husum,* aff. Jointes C-36/97 et C-37/97, Rec., I-06337.
- CJCE, 19 novembre 1998, *Portugal/Commission,* C−159/96.
- CJCE, 9 février 1999, *Dilexport Srl,* aff. C-343/96, Rec., I-579.
- CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97, *Rec.,* p. 1459.
- CJCE, 4 juillet 2000, Bergaderm et Goupil/Commission, C-352/98 P, Rec. 2000 p. I-5291.
- CJCE, 5 octobre 2000, *Allemagne c. Parlement et Conseil,* aff. C-376/98, Rec. 2000, p. I-8419.
- CJCE, 12 juillet 2001, *Jippes, aff.* C−189/01, Rec. p. I−5689.
- CJCE, 20 septembre 2001, *Banks,* aff. C-390/98.
- CJCE, 9 octobre 2001, *Pays-Bas c. Parlement européen et Conseil*, aff. C-377/98, Rec., p. I-7149.
- CJCE 11 juillet 2002, *Marks et Spencer,* C-62/00.
- CJCE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores,* aff. C-50/00P, Rec., I-6677.
- CJCE 24 septembre 2002, *Grundig Italiana*, C-255/00.
- CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering*, aff. C-208/00.
- CJCE, 21 novembre 2002, *Cofidis*, aff. C-473/00, Rec. I-10875.
- CJCE, 10 Décembre 2002, *British American Tobacco (Investments) et Imperial Tobacco,* aff. C-491/01.
- CJCE, 22 mai 2003, *Connect Austria,* C-462/99, Rec. 5197.
- CJCE, 22 mai 2003, *Commission c/ Allemagne,* Aff. C-103/01, Rec. I-5369.
- CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. C-112/00, *Rec*. p. I-5659.
- CJCE, 19 juin 2003, *Eribrand,* C-467/01.
- CJCE 23 septembre 2003, *Köbler,* C-224/01.
- CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art Ltd*, aff. C-167/01, *Rec.,* p. 10155.
- CJUE, 6 novembre 2003, *Gambelli,* aff. C-243/01, Rec. p. I-13031.
- CJCE, 4 décembre 2003, *Evans,* aff. C-63/01.
- CJCE, 9 décembre 2003, *Commission c/ Italie*, aff.C-129/00, *Rec*.2003 p. I-14637.

- CJCE, 13 janvier 2004, *Kühne et Heitz, aff.* C-453/00, Rec., p. I-837.
- CJCE, 29 avril 2004, *British Sugar/Commission,* C−359/01 P, Rec. p. I−4933.
- CJCE 9 septembre 2004, *Meiland,* C-292/02.
- CJCE, 5 octobre 2004, *Pfeiffer e.a.*, C-397/01 à C-403/01, Rec. 2004 p. I-8835.
- CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, aff. C-36/02, Rec. p. I-9609.
- CJCE, 18 janvier 2005, *Commission c. Conseil,* aff. C-257/01, Rec. p. I-345.
- CJCE, 18 février 2005, *Commission c/ Conseil*, aff. C-257/01, Rec., I, p. 345,
- CJCE, 14 avril 2005, *Deponiezweckverband Eiterköpfe,* aff. C-6/03, Rec. CJCE 2005, I, p. 2753.
- CJCE, 12 juillet 2005, *Alliance for Natural Health*, aff.C-154 et 155/04, Rec.2005 p.I-6451.
- CJCE, 8 novembre 2005, *Götz Leffler contre Berlin Chemie AG,* aff. C-443/03, Rec. p.I-09611.
- CJCE, 6 décembre 2005, *Gaston Schul Douane-expediteur*, C-461/03, Rec. 2005 p. I-10513.
- CJCE., 6 décembre 2005, *Royaume-Uni c./Parlement européen et Conseil*, aff. C-66/04.
- CJCE, 10 janvier 2006, International Air Transport association (IATA et ELFAA), aff C-344/04.
- CJCE, 16 mars 2006, *Kapferer,* C-234/04, Rec. 2006 p. I-2585.
- CJCE 16 mars 2006, *Emsland-Stärke*, C-94/05.
- CJCE, 2 mai 2006, *Royaume- Uni c. /Parlement européen et Conseil,* aff. C-217/04, Rec., p. I-3771.
- CJCE, 13 juillet 2006, *Manfredi*, aff. jointes C-295–298/04, *Recueil*, 2006, p. I-6619.
- CJCE, 19 septembre 2006, I-*2i Germany*, aff. jointes C-392/04 et C-422/04, Rec., p. I-8559.
- CJCE, 3 octobre 2006, Fidium Finanz AG c/Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, aff. C-452/04.
- CJCE, 13 mars 2007, *Unibet,* C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163.
- CJCE, 21 juin 2007, *Jonkman,* aff. jtes C-231/06 à C-233/06.

- CJCE, 18 juillet 2007, *Lucchini*, aff. C-119/05.
- CJCE, 23 octobre 2007, *Parlement/Commission*, C−403/05, Rec. p. I-07379.
- CJCE, 6 décembre 2007, *Commission c/ République italienne*, aff. C-280/05.
- CJCE, 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti,* C-438/05, Rec. 2007 I-10779.
- CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet,* C- 341/05, Rec. 2007 I-11767.
- CJCE, 6 mars 2008, *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones c/ Administración del Estado,* aff.C−82/07.
- CJCE, 1 avril 2008, *Parlement et Danemark/Commission,* C−14/06 et C−295/06, Rec p. I-01649.
- CJCE, 1 avril 2008, *Gouvernement wallon*, aff. C-212/06, Rec. p. I-1683.
- CJCE, 5 juin 2008, *Industria Lavorazione Carni Ovine,* aff. C-534/06, : Rec. CJCE 2008, I, p. 4129.
- CJCE, 10 février 2009, *Commission c. République italienne*, aff. C-110/05, Rec. p. I-00519.
- CJUE, 10 mars 2009, *Hartlauer*, aff. C-169/07, Rec. p. I-1721.
- CJCE, 24 mars 2009, Danske Slagterier c. Bundesrepublik Deutschland, aff. C-445/06, Rec. p. I-02119.
- CJCE 3 septembre 2009, *Fallimento Olimpiclub,* aff. C-2/08.
- CJCE, 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional,* aff. C-42/07, Rec. p. I-07633.
- CJCE, 6 octobre 2009, Asturcom Telecomunicaciones SL, aff. C-40/08.
- CJCE, 12 novembre 2009, *Commission c/ Espagne*, aff.C-154/08*, Rec.*2009 p. I-187.
- CJUE, 28 janvier 2010, *Uniplex,* aff. C-406/08.
- CJUE, 2 mars 2010, *Rottmann, a* . C-135/08, Rec. I-1449.
- CJUE, 9 mars 2010, *Commission c/ Allemagne*, aff. C−518/07.
- CJUE, 18 mars 2010, *Alassini*, C-317/08, C-319/08 et C-320/08, ECLI:EU:C:2010:146.
- CJUE, 8 juin 2010, *Vodafone,* aff. C-58/08, *Rec.*2010 p. I-4999.

- CJUE 25 novembre 2010, *Günter Fuß,* C-429/09.
- CJUE, 7 décembre 2010, *VEBIC,* aff. C-439/08.
- CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein,* aff. C-208/09, Rec. p. I-13693.
- CJUE, 22 décembre 2010, DEB , aff. C-279/09.
- CJUE, 8 mars 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano contre Office national de l'emploi,* aff. C-34/09, Rec. I-01177.
- CJUE, 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK,* aff.−240/09.
- CJUE, 3 mai 2011, *Tele2 Polska*, aff. C-375/09.
- CJUE, 12 mai 2011, *Luxembourg contre Parlement et Conseil,* affaire C-176/09.
- CJUE 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn et Wardyn*, aff. C-391/09, Rec. I-3787.
- CJUE, 28 juillet 2011, *Agrana Zucker, aff.* C−309/10, Rec. p. I−7333.
- CJUE, 15 novembre 2011, *Commission c/Allemagne*, aff. C-539/09.
- CJUE, 16 novembre 2011, *Bank Melli Iran/Conseil,* C−548/09 P, Rec, EU:C:2011:735.
- CJUE, 22 novembre 2012, *Joan Moré*, aff. C−139/11.
- CJUE., 26 février 2013, *Stefano Melloni* et *Akerberg Fransson*, aff. C-399/11.
- CJUE, 16 avril 2013, *Espagne et Italie contre Conseil de l'Union européenne,* aff C-274/11.
- CJUE, 27 juin 2013, *ET Agrokonsulting*, C-93/12, ECLI:EU:C:2013:432.
- CJUE, 3 octobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami c/Parlement et Conseil,* aff. C-583/11 P, ECLI:EU:C: 2013:625.
- CJUE, 22 janvier 2014, *Royaume-Uni/Parlement et Conseil, aff.* C−270/12, EU:C: 2014:18.
- CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland, aff.* C−293/12 *C−594/12*, ECLI:EU:C: 2014:238.
- CJUE, 5 juin 2014, *Kone AG*, aff. C-557/12.
- CJUE, 12 juin 2014, *Digibet*, C-156/13, ECLI:EU:C:2014:1756.
- CJUE, 10 juillet 2014, *Impresa Pizzarotti & C. SpA contre Comune di Bari e.a,* aff. C-213/13.
- CJUE, 17 juillet 2014, *Bero,* aff. jtes C- 473/13 et C-514/13, ECLI:EU:C:2014:2095.

- CJUE, 17 juillet 2014, *Torresi*, aff. C-58/13, ECLI:EU:C:2014:2088.
- CJUE, 10 septembre 2014, *Monika Kušionová,* aff. C-34/13.
- CJUE, 26 novembre 2014, P*arlement et Commission/Conseil*, C−103/12 et C−165/12, EU:C:2014:2400,
- CJUE, 16 juin 2015, *Peter Gauweiler contre Deutscher Bundestag,* aff. C-62/14,EU:C: 2015:400.
- CJUE, 18 juin 2015, *Estonie c/Parlement et Conseil,* aff. C-508/13, ECLI:EU:C:2015:403.
- CJUE, 16 juillet 2015, *Commission/Parlement et Conseil*, C−88/14, EU:C:2015:499
- CJUE, 29 septembre 2015, *Gmina Wroclaw,* aff. C−276/14, ECLI:EU:C:2015:635.
- CJUE, 21 janvier 2016, *Eturas UAB,* aff. C-74/14.
- CJUE, 1 mars 2016, *National Iranian Oil Company/Conseil,* C−440/14 P, EU:C:2016:128.
- CJUE, 4 mai 2016, *Pologne / Parlement et Conseil.,* aff. C-358/14.
- CJUE, 4 mai 2016, *Philip Morris Brands SARL e.a. contre Secretary of State for Health*, aff. C-547/14, ECLI:EU:C:2016:325.
- CJUE, 4 mai 2016, *Pillbox 38 (UK) Ltd contre Secretary of State for Health*, aff. C-477/14, ECLI:EU:C:2016:324.
- CJUE, 7 septembre 2016, *Allemagne/Parlement et Conseil*, C−113/14, EU:C:2016:635.
- CJUE, 21 décembre 2016, *Remondis,* aff. C−51/15, EU:C:2016:985.
- CJUE, 14 juin 2017, *Online Games,* aff. C-685/15, ECLI:EU:C:2017:452.
- CJUE, 20 octobre 2017, *Tilly-Sabco c/ Commission*, aff. C-183/16 P, ECLI:EU:C: 2017:704.
- CJUE, 9 novembre 2017, Valsts ieņēmumu dienests, aff. C-46/16.
- CJUE, 20 décembre 2017, *Espagne c. Conseil,* aff. C-521/15.
- CJUE, 27 février 2018, aff. C-64/16, Juizes Portugueses, ECLI:EU:C:2018:117.
- CJUE, 2 mai 2018, *Scialdone,* aff. C-574/15,ECLI:EU:C:2018:295.
- CJUE, 5 juin 2018, *Adrian Coman,* aff. C-673/16., ECLI:EU:C:2018:385.
- CJUE, 27 juin 2018, *Ibrahima Diallo,* aff. C−246/17.
- CJUE, 22 novembre 2018, *Swedish Match AB c/ Secretary of State for Health*, aff. C-151/17, ECLI:EU:C: 2018:938.

- CJUE, 17 janvier 2019, *Dzivev,* aff. C-310/16., ECLI:EU:C:2019:30.
- CJUE, 12 mars 2019, *Tjebbes e.a. contre Minister van Buitenlandse Zaken,* aff. C-221/17.
- CJUE, 14 juin 2019, *Commission c/Pologne*, aff. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:615.
- CJUE, 17 janvier 2019, *Dzivev*, aff. C-310/16.
- CJUE, 11 avril 2019, *PORR Építési Kft*., aff. C−691/17, EU:C:2019:327.
- CJUE, 26 juin 2019,*Craeynest e.a.,* aff. C−723/17.
- CJUE, 5 septembre 2019, *Lombardi Srl contre Commune di Auletta*, aff. C-333/18.
- CJUE, 11 septembre 2019, *Oana Mădălina Călin,* aff. 676/17.
- CJUE, 19 novembre 2019, *A. K. e.a. contre Sąd Najwyższy,* aff. C- 585/18, C-624/18 et C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982.
- CJUE, 12 décembre 2019, P*arquet général du Grand-Duché de Luxembourg et Openbaar Ministerie,* C−566/19 PPU et C−626/19 PPU, EU:C:2019:1077.
- CJUE, 8 avril 2020, *Commission c/ Pologne*, C-791/19 R.
- CJUE, 14 mai 2020, *FMS e.a. contre Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság,* aff. C-924/19, ECLI:EU:C:2020:367.
- CJUE, 9 juillet 2020, *SL c Vueling Airlines SA,* aff. C-86/19.
- CJUE, 16 juillet 2020, *Cabinet de Avocat UR,* aff. C-424/19.

B. TPICE - Trib. UE

- TPICE, 10 juillet 1990, *Tetra Pak c/ Commission,* aff. T-51/89, Rec., II-309.
- TPICE, 21 février 1995, *SPO c./ Commission*, aff. T-29/92.
- TPICE, Ord., 22 décembre 1995, *Danielsson ea c/ Commission*, aff. T-219/95 R, *Rec*., p. II-3051.
- TPICE, 15 décembre 1999, *Kesko c/ Commission,* aff. T-22/97, Rec. , II, p. 3775.
- TPICE, 3 mai 2002, *Jégo-Quéré,* aff. T-177/01, Rec., II-2365.
- TPICE, 23 octobre 2003, *Van den Bergh Foods / Commission,* aff.-65/98.
- TPICE, 27 septembre 2006, *GlaxoSmithKline Services c/ Commission,* Aff. T-168/01, Rec. II-2969.
- TPICE, 14 décembre 2006, *Raiffeisen Zentralbank Österreich c/Commission*, aff.jointes T−259/02 à T−264/02.

- TPICE, 8 mars 2007, *France Telecom SA c/Commission*, aff. T−339/04.
- TPICE, 7 novembre 2007, *Allemagne c/ Commission,* aff. T-374/04.
- TPICE, 15 janvier 2008, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran / Conseil,* « OMPI », aff. T−228/02.
- TPICE, 17 juin 2009, *Portugal c/ Commission,* aff. T−50/07.
- TPICE, 23 septembre 2009, *Estonie c/Commission, aff*. T−263/07.
- TPICE, 23 septembre 2009, *Pologne c/Commission*, aff. T-183/07.
- Trib. UE, 13 juillet 2011, *ThyssenKrupp,* aff.jointes T−144/07, T−147/07, T−148/07, T−149/07, T−150/07.
- Trib. UE, 29 mars 2012, *Tefonica SA*, aff. T−336/07.
- Trib. UE, 8 avril 2014, *ABN Amro Group c/ Commission*, aff. T-319/11.
- Trib. UE, 16 juillet 2014, National Iranian Oil Company c/ Conseil, aff. T-578/12.
- Trib. UE, 16 octobre 2014, *Liberation Tigers of Tamil Eelam c/ Conseil,* aff.jointes T−208/11 et T−508/11,
- Trib. UE, 25 février 2015, *Pologne c/ Commission*, T-257/13.
- Trib. UE, 4 septembre 2015, *National Iranian Oil Company c/ Conseil*, aff. T-577/12.
- Trib. UE, 12 novembre 2016, *Italie c/ Commission*, aff. T-255/13.
- Trib. UE, 3 avril 2017, *Allemagne c/ Commission,* aff. T-28/16.
- Trib. UE, 3 mai 2017, *Sotiropoulou,* aff. T-531/14.
- Trib. UE, 16 mai 2017, Landeskreditbank Baden-Württemberg / BCE, aff. T−122/15, pt 65.
- Trib. UE, 24 octobre 2019, *EPSU et Goudriaan / Commission*, aff. T-310/18.,ECLI:EU:T: 2019:757.

C. Conclusions des Avocats généraux

- Conclusions de M. Van Gerven, présentées le 29 juin 1989 dans l'affaire C-145/88, *Torfaen Borough Council*.
- Conclusions de M. Darmon présentées le 31 mars 1993 dans l'affaire C-338/91 *Steenhorst-Neerings*.

- Conclusions de M. C. Gulmann présentées le 16 décembre 1993 dans l'affaire C-275/92 *Schindler.*
- Conclusions de M. P. Leger présentées le 20 juin 1995 dans l'affaire *C-5/94, Hedley Lomas*.
- Conclusions de M. P. Léger présentées le 10 décembre 1996 dans l'affaire C-233/94, *Allemagne c Parlement et Conseil*.
- Concluions de M. La Pergola présentées le 28 janvier 1997 dans l'affaire *Hayes,* aff. C-323/95.
- Conclusions de M. A Saggio présentées le 16 décembre 1999 dans les affaires *Océano Grupo Editorial SA et Salvat Editores*, aff.jointes C-240/98 à C-244/98.
- Conclusions de M. N. Fenelly présentées le 15 juin 2000 dans l'affaire C-376/98, *Allemagne c/ Parlement et Conseil*.
- Conclusions de M. Jacobs présentées le 21 mars 2002 dans l'affaire C-50/00P, *UPA*.
- Conclusions de M. L. A. Geelhoed présentées le 10 septembre 2002 dans l'affaire C-491/01, *British American Tobacco*.
- Conclusions de M. P. Léger présentées le 8 avril 2003 dans l'affaire C-224/01, Köbler.
- Conclusions de M. Damaso Ruiz-Jarabo Colomer du 30 juin 2005 dans l'affaire C-461/03 *Gaston Schul Douane*.
- Conclusions de Mme V. Trstenjak présentées le 3 mai 2007 dans l'affaire C-62/06 *Fazenda Pública c/ZF Zefeser*.
- Conclusions de M. J. Mazak présentées le 28 juin 2007 dans l'affaire C-440/05, *Commission c/Conseil*.
- Conclusions de M. Y. Bot présentées le 6 mai 2008 dans l'affaire C-455/06, *Heemskerk BV Firma Schaap*.
- Conclusions de M. Y. Bot présentées le 8 juillet 2008 dans l'arrêt C-110/05, aff *Commission c/Italie*, (remorques italiennes).
- Conclusions de M. Poiares Maduro présentées le 8 octobre 2008 dans l'affaire C-213/07, *Michaniki*.
- Conclusions de M. Y. Bot présentées le 7 juillet 2009 dans l'affaire *C*-555/07, *Kücükdeveci*.

- Conclusions de M. M. Poiares Maduro présentées le 1er octobre 2009 dans l'affaire C-58/08, *Vodafone*.
- Conclusions de Mme V. Trstenjak présentées le 25 mai 2011 dans l'aff. c-539/09, *Commission c/ Allemagne*.
- Conclusions de M. Niilo Jääskinen présentées le 6 février 2013 dans l'affaire C-373/11, *Panellinios Syndesmos*.
- Conclusion de M. P. Cruz-Villalon présentées le 12 décembre 2013 dans l'affaire C-293/12, *Digital Rights Ireland*.
- Conclusions de M. P. Cruz-Villalon du 19 décembre 2013 dans l'affaire C-427/12, *Commission c/ Parlement et Conseil (Biocides)*.
- Conclusions deM. Niilo Jääskinen présentées le 20 novembre 2014, aff. C-507/13, *Royaume-Uni contre Parlement et Conseil*.
- Conclusions de Mme J. Kokott présentées le 19 mars 2015 dans l'affaire C-398/13 P, *Inuit Tapiriit Kanatami*.
- Conclusions de M. P. Mengozzi présentées le 9 septembre 2015 dans l'affaire C-115/14
- Conclusions de Mme J. Kokott présentées le 23 décembre 2015 dans l'affaire C-358/14, *Pologne c/ Parlement et Conseil*.
- Conclusions de M. Y. Bot présentées le 18 juillet 2017 dans l'affaire C-42/17, *MAS*.
- Conclusions de M. M. Wathelet présentées le 11 janvier 2018 dans l'affaire C-574/15, *Coman*.
- Conclusions de M. Y. Bot présentées le 7 mars 2018 dans l'affaire C-246/17, *Ibrahim Diallo*.

D. Avis de la Cour de justice

- Avis 1/76, 26 avril 1977, Rec. p. 741-762.
- Avis 1/91, 14 décembre 1991, Rec. p. 6079.
- Avis 1/94, 15 novembre 1994, *Rec*. p.I-5267.
- Avis 2/92, 24 mars 1995, *Rec*. p. I-521.
- Avis 2/94, 28 mars 1996, Rec., p. I-1759.
- Avis 1/03, 7 février 2006, Rec. p. I-01145.
- Avis 1/09, 8 mars 2011, Rec. p. I-01137.

- Avis 2/13, 18 décembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2454.
- Avis 1/17, 30 avril 2019.

II. Jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis

- McCulloch v. Maryland 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819).
- Gibbons v. Ogden, 22 U.S. (9. Wheat.)1824.
- Peirce v. New Hampshire, 46 U.S. 504 (1847).
- U.S. 245 (1829).140. 53 U.S. 299 (1852).
- *Texas v. White*, 74 U.S. (1 Wall.), 700 (1868).
- *Paul v. Virginia*, 75 U.S. (8 Wall.) 168 (1869).
- Welton v. Missouri, 91 U.S. (1 Otto) 275 1875.
- Hendrick v. Maryland, 235 U.S. 610, 1915.
- Vandalia R. Co. v. Public Service Comm'n, 242 U.S. 255, 1916.
- Morris v. Duby, 274 U.S. 135,1927.
- Bradley v. Public Utilities Commission of Ohio, 289 U.S. 92 1933.
- Nebbia v. New York, 291 U.S. 502, 1934.
- Railway Express Agency, Inc. v. New York, 336 U.S. 106, 1949.
- Eli Lilly & Co. v. Sav-On-Drugs, Inc., 366 U.S. 276 1961.
- Brotherhood of Locomotive Firemen & Enginemen v. Chicago R.I. & P.R. Co., 393 U.S. 129, 1968.
- Pike v. Bruce Church, Inc., 397 U.S. 137 1970
- Hughes v Alexandria scrap corp, 426 US 794, 1976.
- Hunt v. Washington State Apple Advertising Commission, 432 U.S. 333, 1977.
- Exxon Corp. v. Governor of Maryland, 437 U.S. 117 1978.
- White v. Massachusetts Council of Construction Employers, Inc., 460 U.S. 204, 103 S. Ct. 1042 1983.
- South Dakota v. Dole, 483 U.S. 203 (1987)
- Tyler Pipe Industries v. Department of Revenue, 483 U.S. 232 (1987)
- *Healy v. Beer Institute, Inc*., 491 U.S. 324, 335-336 (1989)

- Itel Containers Int'l Corp. v. Huddleston, 507 U.S. 60(1993).
- New York v. United States 505 U.S. 144(1993)
- Oklahoma Tax Comm'n v. Jefferson Lines, Inc., 514 U.S. 175 (1995)
- Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enterprises, Inc., 486 U.S. 888 (1988)
- United States v. Lopez, 514 U.S. 549 (1995)
- U.S. Terms Limits, Inc. v. Thornton, 514 U.S. 779, 838 (1995)
- Camps Newfound/ Owatonna, Inc. v. Town of Harrison, 520 U.S. 564 (1997)
- Prinz v. United States, 521 U.S. 898 (1997).
- United States v. Morrison, 529 U.S. 598, 626 (2000).
- Pharmaceutical Research & Mfrs. Of Am. v. Walsh, 538 U.S. 644 (2003)
- Hillside Dairy, Inc. v. Lyons, 539 U.S. 59 (2003)
- American Trucking Assns., Inc. v. Michigan Pub. Serv. Comm'n, 545 U.S. 429 (2005)
- Gonzales v. Raich, 545 U.S. 1 (2005)
- United Haulers Association v. Oneida-Herkimer Solid Waste Management Authority, 550 U.S. 330 (2007)
- Department of Revenue of Kentucky v. G.W. Davies, 553 U.S. 328 (2008)

III. Jurisprudence de la Cour Suprême du Canada

- *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348.
- *Fort Frances Pulp and Paper Co. v Manitoba Free Press Company,* [1923] A.C. 695
- *Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193.
- *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.,* [1988] 1 S.C.R. 401.
- *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, 1989, 1 RCS. 641.
- *Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217.*
- *Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] CSC 40.

- *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta, 2007, CSC 22.*
- *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 2 RCS.
- *Reference re Assisted Human Reproduction Act, 2010, S.C.J. No. 61, 3 S.C.R. 457*
- *Québec (Procureur général) c. Lacombe, 2010 CSC 38.*
- *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, [2011] 3 R.C.S. 837.

IV. Jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande

- BVerfGE 7, 377 (11 juin 1958 Apothekenurteil).
- BVerfGE 11, 105 (10 mai 1960 Familienlastenausgleich).
- BVerfGE 39, 96 (4 mars 1975 Städtebauförderungsgesetz)
- BVerfGE 43, 291 (8 février 1977, numerus clausus II).
- BVerfGE 89, 155 (12 octobre 1993 Maastricht).
- BVerfGE 106, 62 (24 octobre 2002 Altenpflegegesetz).
- BVerfGE 123, 267 (30 juin 2009 Lisbonne).
- BVerfGE 126, 286 (6 juillet 2010 Honeywell).

Index des matières

A

Acte unique européen 28, 44, 91, 274

Administration directe 128-134, 416-418, 439-447, 485

Administration indirecte 26, 36-39, 45-48, 125-135, 127-137, 139-145, 159, 163-165, 171-172, 186, 197-198, 340, 410-428, 432-444, 458, 466, 536, 538, 547, 551, 557-561, 610-613

Aide au développement 132, 418

Aides d'État 587

Allemagne 36, 42, 45, 49-53, 62, 68, 95, 102, 111-113, 117, 126, 140, 152, 160, 163, 174, 176, 179-183, 193, 197-198, 204, 208, 222, 226, 245, 263, 276-280, 288, 307-308, 316, 336, 340, 347, 372, 392-393, 399, 405, 412, 418, 426-429, 435, 450-453, 485, 503-504, 526

Application uniforme du droit de l'Union 157, 165, 178, 184-185, 187, 190, 267, 468, 470-475, 485, 493-494, 539-545, 566, 575, 585, 588, 605-609, 611, 613

Autonomie

— constitutionnelle 93, 310

— des individus 37, 248, 616

— institutionnelle 28, 126, 164-166, 169-172, 174-179, 182-197, 304, 317, 361, 438, 454, 557-560, 563-568, 571, 575, 583-584, 610

— législative 47, 73, 76, 290

— locale 92-93, 126, 171, 174, 227, 245, 301, 304

— normative 175

— procédurale 163, 165-176, 179-180, 186, 190-195, 434, 458, 467, 472, 474-475, 481, 557-599, 607, 610, 612-613

— régionale 497

Autorité de la chose jugée 586, 592, 597-601

Autriche 308-309, 321, 463, 504

Avortement 296, 318

B

Banque centrale européenne 87, 98, 191, 454

Belgique 86, 140

Bundesverfassungsgericht : voir Cour constitutionnelle fédérale allemande

C

Capitaux : Voir Libre circulation des capitaux

Charte des droits fondamentaux 148, 205, 250, 302, 313, 315, 472, 476

Citoyenneté 7, 15, 37, 225, 232, 308, 321, 491, 504, 579

Comité des régions 30, 97, 351, 360, 375, 511

Compétences

— chevauchement de 78, 444

— d'exécution 137, 143, 348, 412, 423-426, 493, 544, 551, 555

— exclusives 76, 87, 133-134, 212, 234, 236, 270-273, 320, 348, 368, 399, 401, 418, 452, 454, 490, 497, 576, 599

— implicites 105, 116, 271

— juridictionnelles 26, 108, 147-148, 155, 415, 468, 470-473, 485, 603, 605

— législatives 27, 29, 44, 47-51, 60, 63, 67, 71, 75, 77, 97, 139, 141, 163, 197-198, 287, 345, 349, 398, 410, 430, 432, 550, 574, 612

— partagées 22-24, 44, 47, 61, 63-64, 85-87, 95, 98, 106, 133-134, 145, 147, 230, 232, 235, 240, 270, 273, 305, 320, 347, 351, 355, 359, 368, 385, 388-389, 396, 398-399, 438, 449-450, 487, 490, 495-500, 503-506, 519, 574, 576, 578, 585, 599, 601, 612

Commerce Clause (clause de commerce) 68, 71-79, 108, 116, 250, 259, 279, 284, 290-293, 296, 330

Concurrence normative 324, 330, 332-334

Confédération suisse 54, 100, 208

Conseil constitutionnel 48, 103-104

Constitution allemande 29, 44, 53, 59-63, 88, 97, 108, 117, 140-141, 159, 163, 181, 208, 231, 261, 307, 394, 411, 418, 426, 436, 438, 533

Constitution américaine 29, 43, 64, 72-73, 88, 95, 101, 208, 210, 215, 229, 235, 245, 335, 430

Constitution canadienne 44, 64-65, 71, 73, 88, 117, 208, 260, 344, 633, 690, 694

Constitution suisse 44, 54, 56, 88, 104-105, 122, 141, 411, 418, 436

Constitutionnalisation 14, 33, 51, 60, 105-106, 122, 139, 205, 212, 313

Contrôle de constitutionnalité 52, 105, 107, 122, 261, 292

Centralisation 5, 11, 27, 29, 34-35, 39, 46, 52, 55, 64, 66, 74, 77, 94, 115-117, 121-122, 165, 200-203, 218, 223, 256-258, 261, 267-268, 331, 344, 346, 374, 403, 405, 407, 413, 430, 432-433, 437-438, 443-444, 482, 486, 488-494, 499, 512-513, 519, 524-525, 530, 532, 536-539, 547, 556-557, 578, 583, 601, 610, 612, 616-617

Clause de besoin/nécessité 61, 63-64, 97, 108, 117, 283, 533

Clause de flexibilité 25, 92, 94-95, 270, 273-276

Coopération loyale 128, 130, 152-155, 160-162, 170, 182-187, 198, 267, 301, 310, 320, 419, 436-437, 464, 480, 542, 564, 567, 586-587, 597-598

Cour constitutionnelle fédérale allemande 49, 59, 88, 95-98, 108, 116-117, 122, 141, 159, 181, 195, 198, 209, 213, 217, 250, 261, 269, 273, 283, 303-304, 313, 318, 394, 439, 533

Cour des comptes 450-453

Cour suprême des États-Unis 64, 73, 71-75, 89, 101, 107-108, 120, 151, 160, 250, 258-259, 268, 279, 284, 286, 293, 316, 322, 330, 510, 533

Cour suprême du Canada 44, 64-65, 67, 71-72, 104, 108, 210, 218, 260, 279, 533

D

Danemark 554

Décentralisation 5, 11, 25-29, 46-47, 93, 132, 135, 143, 152, 159, 197, 203, 218, 256-257, 268, 300, 324, 330-332, 335, 340-341, 361, 403, 407, 412-414, 437-438, 443-447, 455, 460-461, 464, 486, 489, 494, 498, 536, 556, 610, 616

Delaware effect 324, 332-333, 335

Dormant Commerce clause 74-77, 284, 290-292, 296

E

Economic due Process 292

Effectivité 22, 39, 52, 61, 89, 96, 120, 129, 155, 169-170, 176, 183-184, 187-191, 194-196, 258, 261, 265, 305, 315, 323, 346, 349, 390, 449, 466-469, 472-476, 479-480, 482-483, 485-486, 491, 494, 504-506, 511, 516-517, 523, 525, 531, 539, 542-543, 552, 556-564, 567, 569, 572-576, 578-585, 587-611

Effet utile 131, 474, 523, 540, 557, 579-581, 604, 611

Efficacité 5, 16-17, 22, 38-41, 58-59, 66-67, 77, 140, 146, 150, 172, 185-186, 190, 195, 228, 241, 253-254, 260, 282, 290, 300, 346, 348, 352, 359, 362, 366-376, 381, 396, 404-405, 407, 412, 421, 425, 435, 445-448, 459-460, 474, 481-482, 485-487, 492-495, 498, 503-505, 517-521, 524, 529, 537, 540-543, 546, 552, 557-558, 561, 575, 581, 583-584, 588, 595, 607, 609-610, 613

Efficience 22, 40, 109-112, 282, 325, 331, 344, 349, 402-405, 413, 438, 440, 449, 470, 485-486, 497-498, 504-505, 556

Espagne 47, 162, 227, 315, 401, 544

F

Fédéralisation 6-7, 11, 18, 29, 32-39, 42-46, 161, 199-201, 204, 213-214, 217-221, 229-230, 236-240, 254, 263, 266-267, 313, 319, 337-341, 615-617

Fédéralisme compétitif 324, 329-335, 337, 341

Fédéralisme coopératif 64-66, 102, 153, 159-161, 183, 198, 237, 467

Fédéralisme d'exécution 48, 67, 126, 128, 143, 151, 160, 163, 175, 181-183, 186, 411-412, 420-421, 423, 426-428, 432, 436-437

Fédéralisme dual/dualiste 64-66, 77-78, 89, 102, 160, 183, 236, 250, 259, 431, 437

Fédération d'États-nations 223-228

France 11, 19, 28, 43, 47-48, 59-60, 93, 115, 145, 203, 216, 223, 226-227, 330

G

Grèce 187, 238

H

Harmonisation 27, 73, 76, 94, 111, 173, 178-179, 189, 270, 276, 278, 283, 286, 300, 323, 326-327, 328-329, 331-334, 372, 383, 391, 401, 427-428, 452, 487, 489, 499-501, 506, 508-510, 514-515, 519, 534, 537, 541, 550, 558, 562, 573, 575, 585-586, 591, 596, 602, 610

I

Identité constitutionnelle 46,59, 227-228, 258, 300, 302-304, 306-313, 315-320, 346, 371

Identité nationale 28, 91-92, 126, 174-176, 227-228, 245, 267, 300-323, 326, 339, 407-408, 437, 493

Intégration négative 8, 73, 75-77, 284-286, 295, 298, 306, 324, 326, 330, 332, 334-336, 343, 395, 487, 510

Intégration positive 8, 77, 295, 332, 335, 487, 510

Irlande 296, 303, 318, 530

Italie 19, 47, 54, 162, 246, 289-290, 295, 319, 325, 401, 441, 460, 542, 559-600, 607

J

Jeux d'argent et de hasard 293-297, 390-391

Juridicisation 20, 51-52

Juridicité 340, 511

Juridictionnalisation 52

L

Légitimité

— démocratique 9, 348, 369, 373, 615-616

— Fonctionnelle 369, 373, 375, 380-381

Liberté d'établissement 329-334

Libre circulation des capitaux 7, 285

Libre circulation des marchandises 7, 74-75, 117, 278, 281, 285-289, 291-294, 298, 300, 309, 324-326, 329, 332, 381, 500, 510, 587

Libre circulation des personnes 7, 333

Libre prestation de services 195, 278, 281, 285, 287, 293-296, 307, 318, 359, 390, 500, 534

Loi constitutionnelle : voir Constitution canadienne

Loi fondamentale : voir Constitution allemande

M

Marchandises : Voir libre circulation des marchandises

O

Objectif d'efficacité 366, 445, 541-542, 581-582, 596

Ordre public (protection de l') 92, 126, 295, 300-301, 307-308, 311-312, 483

P

Parlements nationaux 30-31, 51, 84-85, 97-101, 207, 217, 240-242, 351, 353, 357-359, 368, 396, 398, 524, 532

Personnes : Voir libre circulation des personnes

Pologne 177, 180, 305, 473, 476, 482, 500, 515, 519-521, 523-524, 526, 529, 532

Portugal 458-459, 554

Pouvoir discrétionnaire 83, 110, 141, 425, 550

Préemption 75-76, 499, 585, 601-602, 605, 610

Primauté 147, 155, 161, 170, 267, 313, 315, 323, 471, 494, 539, 542, 561-562, 567, 570, 582, 594-595, 597-598, 600

Principe d'attribution 50, 82, 138, 273-277, 351, 534

Procéduralisation 112, 356, 358, 362, 408, 525

Proportionnalité (principe) 16-17, 23-24, 26, 28, 31, 50-51, 57-58, 62-64, 80-90, 92, 98, 106, 124, 135-136, 156, 176, 185, 193, 235, 241, 249-252, 265, 269, 277, 281-282, 298, 308-309, 315, 318, 321-322, 342, 351-352, 354, 356, 358, 360, 362-368, 374-375, 382-389, 395-396, 406, 408, 421, 425, 443, 445, 469, 490, 495, 501, 507, 509, 529, 533-536, 551, 564, 596

— **Proportionnalité fédérale** 85, 88-90, 249, 258, 262, 322, 364, 389, 534

— **Proportionnalité libérale** 89-90, 249, 258, 322, 364, 534

R

Rapprochement des législations : Voir harmonisation

Reconnaissance mutuelle 28, 267, 300-301, 322-329, 332-334, 336-337, 339, 514

S

Séparation des pouvoirs

— horizontale 115, 169

— verticale 116, 122, 169, 174, 416, 429, 435

Subsidiarité

— subsidiarité ascendante 12, 19, 27, 35-36, 38, 46, 69-70, 75, 92, 94, 107, 115-116, 121, 252, 257, 373, 447, 466, 474, 480, 494, 537, 539, 540, 547, 576-577, 596, 607, 612-613

— subsidiarité descendante 12, 19, 26-28, 35-36, 46, 72, 77, 79-80, 92-93, 201, 252, 257-258, 263, 266-267, 292, 294, 299-301, 304, 326-328, 331-332, 336, 341, 447, 458, 464, 531, 576

— Subsidiarité-efficacité 40, 67, 94, 255, 353, 368, 370, 372-373, 376, 379, 403, 406-408, 423, 435, 466, 470, 474, 482, 494-495, 498-499, 503-505, 507-509, 511-513, 517, 519, 531-532, 536, 539, 552, 556, 577, 581-583, 595, 611, 616

— Subsidiarité fonctionnelle (horizontale) 19-22, 37, 352, 376-379, 392-396

— Subsidiarité-proximité 40, 44, 67, 93-94, 241, 301, 304, 306, 338, 341, 353, 361-362, 366, 368-370, 372-373, 376, 378-379, 406-407, 420, 424, 434-435, 470, 482, 486, 494-499, 505, 509, 511, 531, 556, 577, 582, 611, 616

— Subsidiarité territoriale (verticale) 20-21, 27, 29, 37, 93, 352, 377, 379, 392, 396

Souveraineté 8, 30, 38, 54, 59, 79, 100, 141, 153, 165, 169, 172, 174, 202-203, 205, 208-217, 221, 224-228, 230, 232, 237-239, 242, 245, 261, 272, 308, 316, 344, 347, 431-432, 436, 474, 483, 499, 591

T

Traité d'Amsterdam 7, 58, 110, 112, 128, 134-136, 351, 358, 361, 380, 387, 389, 435-436, 464, 517, 525

Traité de Lisbonne 20, 24-26, 47, 58-59, 87, 91-94, 98-99, 102, 105, 110, 124, 126-127, 130, 134, 137-138, 151, 174-175, 183, 185, 208-209, 217, 235-236, 240, 245, 253, 275, 301, 303, 310, 324, 348, 358, 362, 392, 398-399, 401, 415-416, 421, 423, 468, 476, 490, 497, 500, 538, 542, 544, 548, 611

Traité de Maastricht 7, 9-11, 15, 20, 26, 34, 42, 44, 47, 53, 57, 69, 90-96, 105, 109, 122, 134, 143, 186, 206, 230, 234-236, 243, 253, 270, 275, 285, 293, 300-303, 322, 336, 338, 350-355, 357, 363-365, 375, 378, 382-384, 387, 390, 398, 403, 408, 421, 425, 455, 460, 490, 608, 614-615

Traité de Rome 42, 94, 120, 322, 325, 417, 541

Tribunal constitutionnel fédéral d'Allemagne : voir Cour constitutionnelle fédérale allemande

Tribunal fédéral suisse 44, 49, 104, 122

U

Uniforme (application) : Voir application uniforme du droit de l'Union

Uniformisation 327, 330, 539, 590

Union de droit (Communauté de droit) 484,

Union douanière 7, 37, 133, 236, 399, 418, 578, 587

Union économique et monétaire 7-8, 37, 73, 87, 231, 454, 496

Table des matières

SOMMAIRE……2
INTRODUCTION GÉNÉRALE……4
PREMIÈRE PARTIE. LE POTENTIEL FÉDÉRALISTE DU PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ : UN INSTRUMENT FÉDÉRAL ENCOURAGEANT……42
Titre I. Un principe fédéral……47
Chapitre I. Un principe de droit constitutionnel fédéral……49
Section 1. La consécration juridique du principe de subsidiarité……53
Paragraphe 1. La consécration constitutionnelle de la subsidiarité……53
A. La consécration textuelle……53
1. La consécration explicite de la subsidiarité dans la Constitution suisse……54
a. La subsidiarité suisse……54
b. Les spécificités de la subsidiarité suisse par rapport à la subsidiarité européenne……57
2. La consécration implicite de la subsidiarité dans la Constitution allemande……59
a. La subsidiarité allemande……60
b. Les spécificités de la subsidiarité allemande par rapport à la subsidiarité européenne……62
B. La consécration prétorienne……64
1. La jurisprudence de la Cour suprême du Canada……65
a. La consécration récente du principe de subsidiarité par la Cour suprême……66
b. Les spécificités de la subsidiarité canadienne……68
2. La jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis……72
a. La subsidiarité dans l'intégration négative……73
b. La subsidiarité dans l'intégration positive……77
Paragraphe 2. L'acception large de la subsidiarité……80
A. La subsidiarité de l'article 5 TUE……82
1. La subsidiarité de l'article 5.3 TUE……82
a. La subsidiarité *stricto sensu*……82
b. La subsidiarité *lato sensu* : la proportionnalité, composante de la subsidiarité……83
2. La proportionnalité de l'article 5.4 TUE……85
a. La proportionnalité, complément de la subsidiarité……85
b. La proportionnalité, concurrente de la subsidiarité : la proportionnalité fédérale……88
B. Les autres manifestations de la subsidiarité……90
1. Le caractère tacite de la subsidiarité……90
a. La pré-existence du principe de subsidiarité dans les traités……90
b. La présence implicite de la subsidiarité dans les dispositions du traité actuel……91
2. La dynamique de la subsidiarité……92
a. La subsidiarité descendante : le principe de proximité……93
b. La subsidiarité ascendante : une logique similaire à la clause de flexibilité……94
Section 2. Le contrôle juridictionnel du principe de subsidiarité……96
Paragraphe 1. La question du gardien de la subsidiarité……96

A. Le contrôle politique de la subsidiarité : une dimension confédérale……..……..97
1. Le contrôle des Parlements nationaux……..……..98
a. Un contrôle politique……..…98
b. La dimension confédérale……..…100
2. La théorie de la nullification de J. Calhoun……..……..……101
B. Le contrôle juridictionnel du principe de subsidiarité : une dimension fédérale……..……102
1. L'importance d'un contrôle juridictionnel dans le règlement des litiges fédéraux…..……103
2. La Cour de justice en tant qu'arbitre fédéral des conflits de compétence……105
Paragraphe 2. La question de l'impartialité du juge fédéral……106
A. La nature politique de la subsidiarité à l'origine d'un self restraint judiciaire……107
1. Le self restraint des juges fédéraux……..……107
2. La retenue de la Cour de justice……..……109
a. Le contrôle de la subsidiarité « procédurale »……..……..109
b. Le contrôle de la subsidiarité « matérielle »……..……112
B. Self restraint judiciaire ou activation de la subsidiarité ascendante……115
1. La tendance bien connue des juges fédéraux à favoriser l'échelon fédéral……116
2. La tendance centralisatrice de la Cour de justice : une instrumentalisation typiquement fédérale?……..……..…117
CONCLUSION DU CHAPITRE I……122
Chapitre II. Un principe de droit administratif fédéral……124
Section 1. Le principe de subsidiarité au fondement de l'administration indirecte……..……127
Paragraphe 1. L'administration indirecte……127
A. La compétence d'exécution de principe des États, expression tacite de la subsidiarité…. 128
1. Le principe de l'administration indirecte……..……..…128
a. Le principe : l'administration indirecte……..……..……129
b. L'exception : l'administration directe……..……132
2. Le rattachement de l'administration indirecte au principe de subsidiarité……134
a. Les traités de Maastricht et d'Amsterdam……..135
b. Le traité de Lisbonne……..137
B. Administration indirecte et fédéralisme d'exécution……..……..…139
1. Le fédéralisme d'exécution en Allemagne……140
2. Le fédéralisme d'exécution en Suisse……..;……141
Paragraphe 2. Le principe de subsidiarité juridictionnelle……143
A. La compétence juridictionnelle de principe des juges nationaux……144
1. Le juge national, juge européen de droit commun……..……145
a. L'absence d'une consécration textuelle du principe de subsidiarité juridictionnelle…..……145
b. La compétence première des juridictions nationales……..……..146
2. Les compétences subsidiaires de la Cour de justice……..148
a. La fonction contentieuse limitée de la Cour de justice……148
b. L'absence d'une véritable Cour suprême fédérale……..151
B. Le renvoi préjudiciel, une manifestation de la subsidiarité juridictionnelle……..……..153

1. L'importance du renvoi préjudiciel dans la bonne exécution du droit de l'Union……153
2. Une forme de fédéralisme coopératif propre au fédéralisme européen……159
Section 2. L'autonomie institutionnelle et procédurale……163
Paragraphe 1. La notion d'autonomie institutionnelle et procédurale……164
A. L'origine de la notion……164
1. Les deux sources de l'autonomie institutionnelle et procédurale……164
a. Un concept doctrinal……165
b. Un concept d'origine prétorienne……166
2. Les deux branches de l'autonomie institutionnelle et procédurale……168
a. La branche institutionnelle de l'autonomie……168
b. La branche procédurale de l'autonomie……169
B. Autonomie institutionnelle et procédurale et principe de subsidiarité……171
1. L'assimilation des principes de subsidiarité et d'autonomie……171
a. L'autonomie institutionnelle et procédurale, expression de la subsidiarité exécutive……172
b. La question de l'autonomie locale et régionale……174
2. La combinaison des principes au contentieux par les parties……176
a. Autonomie institutionnelle et subsidiarité……176
b. Autonomie procédurale et subsidiarité……179
Paragraphe 2. L'encadrement de l'autonomie……181
A. Les principes d'encadrement……182
1. Le principe de coopération loyale……183
a. L'ex-article 10 CE comme fondement du devoir de coopération loyale……183
b. La tension entre le principe de coopération loyale et l'autonomie nationale……185
2. Les principes d'effectivité et d'équivalence……187
a. Le principe d'equivalence……187
b. Le principe d'effectivité……189
B. Le régime différencié des branches institutionnelle et procédurale de l'autonomie……190
1. La préservation de l'autonomie institutionnelle des États……191
a. Une autonomie *a priori* complète……191
b. L'autonomie institutionnelle relativisée par les atteintes ponctuelles de la Cour de justice et du législateur de l'Union……192
2. Des atteintes plus fortes à l'autonomie procédurale des États membres……193
a. Les atteintes à l'autonomie procédurale par la Cour de justice……194
b. Les atteintes à l'autonomie procédurale par le législateur européen……195
CONCLUSION DU CHAPITRE II……197
CONCLUSION DU TITRE I……198
Titre II. Un instrument de fédéralisation……199
Chapitre I. Le fédéralisme comme processus : contribution du principe de subsidiarité au déploiement fédéral de l'Union européenne……202
Section 1. Une Fédération plurinationale en cours d'élaboration……206
Paragraphe 1. L'Union européenne comme Fédération en devenir……207

A. L'Union européenne, entre Confédération et État fédéral……208
1. Un système partiellement confédéral……..208
2. L'impossible État fédéral……212
B. Une Fédération en cours d'évolution……217
1. Le caractère processuel du fédéralisme……218
2. La théorie de la Fédération……220
Paragraphe 2. L'Union européenne comme Fédération plurinationale……222
A. Une Fédération d'État-nations……224
B. L'importance du « plurinationalisme »……226
Section 2. Les vertus fédéralisantes du principe de subsidiarité……..228
Paragraphe 1. La subsidiarité comme outil de fédéralisation……229
A. Une Méthode pédagogique……..230
1. Une propédeutique de l'approche fédérale……230
2. Un correcteur de la répartition des compétences……233
B. Un élément structurant du fédéralisme……236
1.Un moyen de contourner la question de la souveraineté ou d'en relativiser l'importance…….237
2.Un moyen de démocratiser l'Union européenne……240
Paragraphe 2. Les valeurs partagées par la subsidiarité et le fédéralisme……..243
A. La limitation du pouvoir……244
1. La prise en charge du groupe……..244
2. Le souci de l'individu……247
B. La recherche de l'équilibre……252
1. Ambiguïté et indétermination au coeur du principe de subsidiarité et du fédéralisme……..253
2. La dynamique de la subsidiarité au service de la dialectique fédérale……256
a. L'exemple des Cours suprêmes des États-Unis et du Canada……258
b. L'exemple de la Cour constitutionnelle allemande……261
CONCLUSION DU CHAPITRE I……263
Chapitre II. Le potentiel fédéraliste insuffisamment exploité du principe de subsidiarité……..264
Section 1. Les tentatives discrètes d'un rééquilibrage des compétences dans la jurisprudence post-Maastricht……..267
Paragraphe 1. Vers un partage plus équilibré de l'exercice des compétences dans l'Union……269
A. Une approche plus respectueuse à la faveur d'une revalorisation des compétences partagées consécutive à la consécration du principe de subsidiarité……270
1. L'interprétation régressive des compétences exclusives de l'Union dans le domaine des compétences externes……..271
2. L'interprétation restrictive de la clause de flexibilité……273
B. Le renforcement du contrôle juridictionnel des principes d'attribution et de subsidiarité : le domaine de l'harmonisation pour le bon fonctionnement du marché intérieur……276
1. Le contrôle de la base juridique : une prise en compte effective du principe d'attribution des compétences……277

2. Le renforcement du contrôle de subsidiarité : une évolution encourageante mais insatisfaisante……..280
Paragraphe 2. L'influence tacite du principe de subsidiarité dans le domaine des libertés de circulation…….283
A. Les enseignements de l'arrêt *Keck* en matière de libre circulation des marchandises……..285
1. La jurisprudence *pré-Keck* ……286
2. L'arrêt *Keck* ……288
B. Les enseignements de l'arrêt Schindler dans la libre prestation des services……293
1. L'arrêt *Schindler*……294
2. La jurisprudence *post-Schindler*……..297
Section 2. Les instruments indirects de la subsidiarité descendante……..299
Paragraphe 1. Le principe du respect de l'identité nationale : une prise en compte hésitante de l'autonomie nationale……..301
A. L'identité nationale au service de l'autonomie……302
1. Les affinités électives entre la subsidiarité et le respect de l'identité nationale…… 303
2. L'identité nationale, un moyen de prendre en compte l'autonomie nationale…… 306
B. L'identité nationale, instrument de réalisation de la Fédération plurinationale : une reconnaissance « contrainte » de la vocation fédérale de l'Union……..310
1. La nécessaire prise en compte des droits fondamentaux……312
2. L'identité nationale, un droit des États membres……316
Paragraphe 2. Le principe de reconnaissance mutuelle : une prise en compte timide de la diversité dans l'Union……322
A. La reconnaissance mutuelle au service de la diversité sur le marché……324
B. Vers un « fédéralisme compétitif » dans l'Union européenne : les limites du modèle à travers l'exemple de la liberté d'établissement……330
CONCLUSION DU CHAPITRE II……336
CONCLUSION DU TITRE II……..338
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE……340
SECONDE PARTIE. LE DÉVOIEMENT FONCTIONNALISTE DU PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ : UNE INSTRUMENTALISATION FONCTIONNELLE INDÉPASSABLE……..342
Titre I. Le principe de subsidiarité réduit à un principe fonctionnel……347
Chapitre I.Une instrumentalisation fonctionnelle du principe de subsidiarité au niveau législatif.350
Section 1. L'approche de la Commission : une conception instrumentale du principe de subsidiarité à l'origine d'une dérive fonctionnelle……353
Paragraphe 1. La dépolitisation du principe de subsidiarité……354
A. La réduction du principe de subsidiarité à une technique légistique : la dépolitisation par la procéduralisation……356
1. L'appauvrissement légistique du principe de subsidiarité……357
2. La dérive procédurale……359

B. La dépolitisation du principe de subsidiarité par son assimilation au principe de proportionnalité……362
1.Un moyen de *juridiciser* le principe de subsidiarité……364
2.Un moyen habile de désamorcer la logique *désintégrationniste* du principe de subsidiarité….366
Paragraphe 2. L'instrumentalisation fonctionnelle du principe de subsidiarité à des fins de légitimation de l'action européenne……368
A. Le fonctionnalisme par le haut : la légitimation par l'efficacité et la rationalité…….370
1. La mise en avant du test de l'efficacité comparative dans la détermination de l'échelon compétent : la subsidiarité-efficacité……..370
2. La mise en valeur de la qualité de la législation européenne : efficacité et rationalisation dans le processus normatif de l'Union……..373
B. Le fonctionnalisme par le bas : la légitimation par la proximité……..375
1. La résurgence paradoxale de la subsidiarité-proximité……376
2. L'apparition surprenante d'une subsidiarité « fonctionnelle » ou « horizontale »…….379
Section 2. L'approche de la Cour de justice : une conception minimaliste du principe de subsidiarité……381
Paragraphe 1. Une approche prudente du principe de subsidiarité……..…383
A. La clarification du régime juridique du principe de subsidiarité : rétroactivité et proportionnalité……383
1. Le refus d'admettre la rétroactivité du principe de subsidiarité……..384
2. Le refus d'assimiler les principes de subsidiarité et de proportionnalité……..……386
B. Subsidiarité et libertés de circulation: l'impossible champ d'application de l'article 5.3 TUE..389
1. Le refus d'ériger la subsidiarité en justification des mesures restrictives des libertés de circulation……..……390
2. Le refus de consacrer une forme de subsidiarité horizontale……393
Paragraphe 2. L'insertion du principe de subsidiarité dans le registre fonctionnel traditionnel de la jurisprudence……395
A. Un principe technico-fonctionnel : le prisme des compétences
1. Un moyen de légitimer la compétence de la Cour de justice……396
2. L'expertise de la Cour en matière de répartition et d'exercice des compétences……..398
B. Un principe économico-fonctionnel : le prisme de l'efficience……..……402
1. La subsidiarité comme principe d'efficience : l'apparente neutralité……403
2. La promotion de la subsidiarité-efficacité dans la jurisprudence de la Cour de justice…..…406
CONCLUSION DU CHAPITRE I……..……..408
Chapitre II.Une instrumentalisation fonctionnelle du principe de subsidiarité au niveau exécutif.410
Section 1. De l'administration indirecte à l'administration partagée : la fin du modèle du fédéralisme d'exécution dans l'Union européenne ?……..…..……415
Paragraphe 1. La remise en cause de l'administration indirecte……417
A. L'administration indirecte, un modèle menacé depuis toujours……417
1. Une menace plus grande pour l'exécution normative……417
2. Le fonctionnalisme des institutions européennes……..……420

a. Les velléités de la Commission européenne en matière d'exécution……421
b. Le laxisme de la Cour de justice face aux débordements du législateur de l'Union…..……424
B. L'article 291 TFUE issu du traité de Lisbonne : le dépassement du fédéralisme d'exécution par la subsidiarité……..……..……428
1. La fausse alternative du fédéralisme américain dans l'exécution centralisée du droit de l'Union……..429
2. Les limites du fédéralisme d'exécution germanique : vers une administration partagée…..433
Paragraphe 2. L'administration partagée, un nouveau champ d'action pour le principe de subsidiarité ?……439
A. L'administration partagée validée par la pratique……..……440
1. De l'administration indirecte à la co-administration……..……440
2. De l'administration directe à la co-administration……443
B. La subsidiarité comme principe efficient : l'instrumentalisation du principe……448
1. La question controversée de l'application du principe de subsidiarité aux compétences d'exécution……..449
a. Le débat quant à l'application de la subsidiarité à la sphère administrative……449
b. La position ambiguë de la Cour de justice……..……..452
2. L'instrumentalisation fonctionnelle du principe de subsidiarité au contentieux : une orientation exclusivement ascendante……..…….. 455
a. La nécessité de distinguer les fonctions d'exécution et de contrôle de la Commission dans le cadre de la co-administration……455
b. La dynamique ascendante du principe de subsidiarité dans le contentieux de la co-administration……..……458
Section 2. L'instrumentalisation par la Cour de justice du principe de subsidiarité juridictionnelle en fonction des intérêts de l'Union……..……..……466
Paragraphe 1. La subsidiarité juridictionnelle ascendante au service de l'uniformité d'application du droit de l'Union : la protection juridictionnelle effective comme moyen……..468
A. L'activation de la subsidiarité juridictionnelle ascendante dans le cadre du renvoi……469
B. La protection juridictionnelle sous l'angle de l'effectivité : objectif ou moyen?……..…..472
Paragraphe 2. La subsidiarité juridictionnelle descendante et l'objectif de protection des justiciables : une instrumentalisation préjudiciable du droit au juge……475
A. La protection juridictionnelle effective comme « objectif » : l'obstacle persistant de la jurisprudence *Plaumann*……475
B. Une instrumentalisation critiquable de la subsidiarité juridictionnelle……..……478
CONCLUSION DU CHAPITRE II……..485
CONCLUSION DU TITRE I……486
Titre II. Le principe de subsidiarité réduit à un instrument d'intégration……487
Chapitre I. La centralisation au niveau normatif……490
Section 1.Le critère de l'efficacité au coeur de l'article 5. 3 TUE : le biais centralisateur de la subsidiarité législative……..……..494

Paragraphe 1. Une conception partiale de la subsidiarité en droit de l'Union : la subsidiarité-efficacité favorable à l'intervention du législateur européen……495
A. L'appréciation par les objectifs de l'Union européenne……496
1. L'exclusion des objectifs démocratiques ou éthico-politiques des dispositions de l'article 5.3 TUE……497
2. Le rôle déterminant de l'objectif du marché intérieur……499
B. La justification de l'action européenne par les effets……503
1. Le rôle central des effets pour la subsidiarité-efficacité : entre effectivité et efficience……504
2. La présomption des effets négatifs de l'action étatique sur le marché intérieur……508
Paragraphe 2. Le contrôle partiel de la Cour de justice sur le respect de la subsidiarité……511
A. La subsidiarité-efficacité, obstacle indépassable à l'approfondissement du contrôle juridictionnel……512
1. La défaillance du test de l'efficacité comparative : un raisonnement circulaire……512
2. L'aptitude étatique à atteindre l'objectif visé : une *probatio diabolica*……519
B. Une lecture prétorienne du principe de subsidiarité orientée : l'inéluctable centralisation des législations nationales……524
1. Une jurisprudence arrangeante à l'égard de la motivation du législateur : l'inopérance confirmée de la subsidiarité en tant que principe visant à protéger l'autonomie……525
2. Le contrôle juridictionnel du principe de subsidiarité, un moyen efficace de légitimer la centralisation des législations nationales……530
Section 2. Le critère de l'uniformité des conditions d'application au coeur de l'article 291.2 TFUE : le biais centralisateur de la subsidiarité exécutive……536
Paragraphe 1. L'application uniforme du droit de l'Union : une expression de la subsidiarité-efficacité……539
A. L'uniformité comme critère de répartition des compétences d'exécution : vecteur de la subsidiarité ascendante……540
B. L'article 291.2 TFUE comme réservoir de la compétence d'exécution des institutions de l'Union pour assurer une application efficace du droit de l'Union……544
Paragraphe 2. Un contrôle juridictionnel lacunaire de la subsidiarité exécutive : vers une centralisation accrue de l'exécution du droit de l'Union……547
A. La défaillance du contrôle juridictionnel du législateur de l'Union……548
1. Le contrôle restreint de la condition d'exercice de la compétence d'exécution : la retenue de la Cour dans l'appréciation de l'uniformité des conditions d'exécution……548
2. Le contrôle superficiel de la motivation du législateur à la lumière de l'article 291.2 TFUE…..551
B. L'existence de certains garanties dans le contrôle de la Commission : la Cour garante du contrôle des États membres sur les actes d'exécution……553
CONCLUSION DU CHAPITRE I……556
Chapitre II. La centralisation au niveau procédural……557
Section I. De l'autonomie procédurale à la subsidiarité juridictionnelle……559
Paragraphe 1. Les limites du principe d'autonomie procédurale……559
A. Les limites juridiques……560

1. Un malentendu doctrinal : la théorisation hâtive d'un principe longtemps absent de la jurisprudence……560
2. Un paradoxe jurisprudentiel : une reconnaissance *expressis verbis* tardive de l'autonomie procédurale……562
B. Les limites conceptuelles……..565
1. La confusion fréquente entre autonomie institutionnelle et procédurale……..565
2. L'impasse de l'autonomie procédurale : l'empiètement croissant sur le droit procédural des États membres……568
Paragraphe 2. Le dépassement des limites : la subsidiarité juridictionnelle……570
A. Un nouveau paradigme……571
1. De l'autonomie à la compétence procédurale d'exécution……571
2. Du principe d'autonomie procédurale au principe de subsidiarité……574
B. La dynamique du principe de subsidiarité juridictionnelle……577
1. Le caractère réversible et bidirectionnel du principe de subsidiarité……577
2. Une expression de la subsidiarité-efficacité……581
Section 2. L'activation de la subsidiarité juridictionnelle ascendante à la faveur du principe d'effectivité……583
Paragraphe 1. L'emprise croissante de la Cour sur les modalités procédurales……585
A. Un encadrement renforcé……..586
1. La généralisation……586
2. L'intensification……588
B. La remise en cause de certains postulats de départ……592
1. L'existence de voies de droit nationales suffisantes……592
a. La création par la Cour d'une voie de droit européenne……;……592
b. La création par la Cour d'un standard de protection communautaire……594
2. L'atteinte à l'autorité de la chose jugée……597
a. Une jurisprudence *a priori* respectueuse de l'autorité de la chose jugée……..597
b. Des atteintes croissantes……..599
Paragraphe 2. La préemption par la Cour de l'exercice de la compétence procédurale……601
A. L'octroi de mesures provisoires……602
B. Le droit à réparation en cas de violation du droit de l'Union par un État membre……606
CONCLUSION DU CHAPITRE II……610
CONCLUSION DU TITRE II……611
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE……612
CONCLUSION GÉNÉRALE……614

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

Anaëlle MARTIN

L'instrumentalisation du principe de subsidiarité, un révélateur de la nature juridique de l'Union européenne

Ecole doctorale des sciences juridiques | ED 101
Université de Strasbourg

Résumé

Du fait de son ambiguïté fondatrice, de ses connotations politiques et de son caractère relativement récent, le principe de subsidiarité, expressément consacré dans l'ordre juridique de l'Union européenne par le traité de Maastricht, fait l'objet d'une instrumentalisation par de nombreux acteurs à des fins souvent contradictoires mais néanmoins cohérentes avec la nature juridique de l'Union. Si à l'évidence, sa consécration dans le droit primaire visait, à l'instar de celle du principe de proportionnalité, à rassurer les États membres et les citoyens européens de ce que l'action de l'Union se limiterait au strict nécessaire, le principe de subsidiarité était cependant porteur d'une charge quelque peu subversive en raison de sa dynamique potentiellement ascendante et de sa signification implicitement fédérale. Appliquer la subsidiarité, pour les institutions européennes qui sont les gardiennes de son respect, revient presque toujours à justifier l'intervention de l'Union au regard des objectifs de l'action envisagée et, partant, à disqualifier l'action des échelons inférieurs. Pour autant, et de façon assez paradoxale, l'instrumentalisation de la subsidiarité ne s'inscrit pas tant dans une dimension fédérale que fonctionnelle tant il est vrai que le fédéralisme cherche à promouvoir des valeurs comme l'autonomie et la diversité, ce que la subsidiarité, malgré les apparences, ne permet pas de garantir. Présentée comme un instrument de fédéralisation de l'Union européenne, la subsidiarité n'est, en réalité, qu'un instrument d'intégration puisqu'elle n'a jamais su s'extraire de la matrice fonctionnaliste qui caractérise la construction européenne depuis toujours.

Subsidiarité - Fédéralisme - Fonctionnalisme - intégration - rôle du juge - partage des compétences - marché intérieur - centralisation - autonomie - diversité

Résumé en anglais

Due to its founding ambiguity, its political connotations and its relatively recent character, the principle of subsidiarity, expressly enshrined in the legal order of the European Union by the Treaty of Maastricht, is being instrumentalized by many actors for purposes that are often contradictory but nevertheless consistent with the legal nature of the European Union. While its consecration in primary law, like that of the principle of proportionality, was obviously intended to reassure Member States and European citizens and ensure that the Union's action would be limited to what is necessary, the principle of subsidiarity was nevertheless somewhat subversive because of its potentially ascending dynamic and its implicitly federal content. Applying subsidiarity, for the European institutions which are the guardians of its observance, almost always means justifying the Union's intervention with regard to the objectives of the envisaged action and, therefore, disqualifying action by the lower levels of government. Paradoxically, however, the instrumentalization of the principle of subsidiarity is not so much « federal » as « functional », since federalism seeks to promote values such as autonomy and diversity, which subsidiarity, despite appearances, does not guarantee. Usually presented as an instrument of federalization of the European Union, the principle of subsidiarity is in reality an instrument of integration since it has never been able to extricate itself from the functionalist matrix that has always characterized the construction of Europe.

Subsidiarity - Federalism - Functionalism - integration - role of the judge - sharing of competences - internal market - centralization - autonomy - diversity